

---

Alma Mater Studiorum – Università di Bologna

DOTTORATO DI RICERCA IN

\_\_\_\_\_SCIENZE GIURIDICHE\_\_\_\_\_

Ciclo \_\_\_ 30° \_\_\_

Settore Concorsuale: \_\_\_ 12/H3 \_\_\_\_\_

Settore Scientifico Disciplinare: \_\_\_ IUS/20 \_\_\_\_\_

TITOLO TESI

PROPUESTA DE CONSTRUCCIÓN JURÍDICA DE LOS BIENES  
DIGITALES O INFORMÁTICOS/ PROPOSTA SULLA  
COSTRUZIONE GIURIDICA DEI BENI DIGITALI O  
INFORMATICI

Presentata da: \_\_\_ Jose Antonio Castillo Parrilla \_\_\_\_\_

**Coordinatore Dottorato**

**Supervisore**

\_\_\_ Andrea Morrone \_\_\_

\_\_\_ Giovanni Sartor \_\_\_

**Esame finale anno 2018**

---

Für meinem doktervater

A mi familia

A mis amigos

A Nazaret

---

“La nuevalengua estaba pensada no para extender,  
sino para disminuir el alcance del pensamiento,  
y dicho propósito se lograba de manera indirecta  
reduciendo al mínimo el número de palabras  
disponibles”. George Orwell, 1984

---

“Lo sviluppo continua fino ai nostri giorni per il fatto che nuove entità e situazioni vengono attratte nell’orbita del diritto, e se non vogliamo rinunciare, come pensavano i romani, alla sistematizzazione di tali entità, dobbiamo riconoscere che sono cose”

Biondo Biondi, I beni, 1956

“The New Economy is one where the economics of digital goods importantly influence aggregate economic performance”

Danny Quah, Digital Goods and the New Economy, 2003

---

## Agradecimientos - Ringraziamenti

Quisiera comenzar dando las gracias al Real Colegio de España en Bolonia, que tuvo a bien aceptar mi solicitud para realizar el Doctorado en la Universidad de Bolonia hace ya cuatro años, por su apoyo y la posibilidad de disfrutar de una etapa sin duda inolvidable de mi vida. A su Rector, don José Guillermo García-Valdecasas, al Profesor Juan José Gutiérrez Alonso, a la dottoressa Antonella Cacciari. Gracias a mis compañeros de promoción, a todos y cada uno de ellos, por todo lo que he podido aprender de ellos a lo largo de este tiempo, y a todos los que componen la grande y creciente familia de don Gil.

Este trabajo tiene su origen en una investigación inicial sobre los “objetos informáticos” comenzado a raíz de una inquietud después de ayudar en su investigación sobre la ocupación, el hallazgo y el tesoro del Profesor Klaus Jochen Albiez Dohrmann, Catedrático de Derecho civil de la Universidad de Granada. Ese trabajo inicial, y la curiosidad y el entusiasmo transmitidos durante estos años por el Profesor Albiez son la chispa que dio lugar al trabajo que aquí presento, y lo que me hizo elegir el “camino universitario”. Gracias, pues, por su capacidad de transmitir entusiasmo y curiosidad no ya sólo por el Derecho civil, sino por el conocimiento. Y gracias por su ejemplo, por su apoyo y por su cariño. Por resumir, gracias por ser “doktervater”, ahora y siempre.

Grazie al mio relatore, il Professor Ordinario di Filosofia del Diritto Giovanni Sartor, grazie per l'incoraggiamento iniziale per lo studio di una tematica veramente interessante, malgrado io credevo che fosse finita con un piccolo saggio di non più di 40 pagine cinque anni fa. Grazie ai Professori Alberto de Franceschi, Alberto Musso, Giorgio Spedicato, e Angelo Riccio, per i suoi consigli e la provizione di articoli ed informazione utile a questo studio.

Grazie alla Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Bologna, al Centro Interdipartimentale di Ricerca in Storia del Diritto, Filosofia e Sociologia del Diritto e Informatica Giuridica, al Professor Andrea Morrone e al dottore Antonio Chiusolo per tutto il supporto sia academico che burocratico.

---

Gracias a la Profesora Maria Luisa Palazón Garrido, por su inestimable ayuda en la revisión del texto en italiano, por su amable y constante disposición y ánimo, y a los doctores Antonino di Maio y Giulio Messori, por su ayuda en la traducción de algunos de los términos y expresiones, por su disposición y por su apoyo personal.

Gracias a los Profesores Sergio Cámara Lapuente, Agustín Madrid Parra, Leonardo Pérez Gallardo, Francisco Oliva Blázquez, Reyes Sánchez Lería, Gemma Minero Alejandro, Teresa Rodríguez de las Heras, Javier Plaza Penadés, Javier Valls Prieto y Juan Jesús Martos García, por sus trabajos, por su amabilidad y su disposición en todo momento.

Gracias igualmente a los Profesores Paula Castaños Castro, Juan Pablo Murga Fernández, Jose Manuel Macarro Osuna, Jose Miguel Martín Rodríguez, Mar Soto Moya, Carmen Fernández Díaz y Marta Fernández Cabrera, por todo lo logrado y todo lo que queda.

Gracias a los Profesores de la Universidad de Granada Francisco Pertíñez Vílchez y Daniel Casas Agudo, Francisco Bombillar Sáenz, José Antonio Navarro Fernández, Belén López Insua, Rosa García Pérez, Luis Mochón López y Antonio Martín León por su amistad, sus consejos y su confianza.

Dicen que los últimos serán los primeros, y estas páginas no pueden terminar sin dar las gracias, y un abrazo, a mis amigos, a Elena, a Diego, a Javi, a Antonio, a Rafa, Rocío, a Nurdín, a Carmen, Alicia, a Laura, a Macarena, a Luís, a Fran, a Dani, a Jose David, a Alberto, a Pedro y a Edelmira. Gracias por hacer honor a esa frase que dice que los amigos son la familia elegida.

Gracias a mi familia, por su apoyo y su cariño incondicional, por su tesón y por su buena cara ante el mal tiempo.

Y gracias a Nazaret, por ayudarme a poner punto final a este trabajo, y punto y seguido a mi vida. Gracias por estar, y por haber estado siempre ahí.

---

## Abreviaturas

|  |          |
|--|----------|
| - <i>Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch</i>   | ABGB     |
| - Asociación de Profesores de Derecho Civil  | APDC     |
| - <i>Bürgerliches Gesetzbuch</i>   | BGB      |
| - Código Civil Español   | CC-ESP   |
| - <i>Codice Civile del Regno d'Italia</i>  | CC-ITH   |
| - <i>Codice Civile Italiano</i>  | CC-IT    |
| - <i>Codice di Procedura Civile</i>  | CPC      |
| - Código Penal Español   | CP-ESP   |
| - <i>Codice Penale Italiano</i>  | CP-IT    |
| - Comunidad Económica del Carbón y del Acero   | CECA     |
| - Propuesta de Reglamento relativo a una normativa común de compraventa europea ( <i>Common European Sales Law</i> ) | CESL     |
| - Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional  | CNUDMI   |
| o <i>United Nations Commission on International Trade Law</i>  | UNCITRAL |
| - Marco Común de Referencia ( <i>Draft Common Frame of Reference</i> )   | DCFR     |
| - Iniciativa Europea de Comercio Electrónico   | IECE     |
| - <i>Electronic Data Interchange</i>   | EDI      |
| - Estrategia de Mercado Único Digital Europeo  | EMUDE    |
| o <i>Digital Single Market Strategy</i>  | DSMS     |
| - Ley de Contratos del Sector Público  | LCSP     |
| - Ley modelo de las Naciones Unidas sobre Firma Electrónica  | LMFE     |
| - Ley modelo de las Naciones Unidas sobre Comercio Electrónico   | LMCE     |
| - Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y del Comercio Electrónico                                       | LSSICE   |
| - Mercado Único Digital Europeo  | MUDE     |
| o <i>European Digital Single Market</i>  | EDSM     |

---

|   |         |
|---|---------|
| - Mercado Único Europeo   | MUE     |
| - Propuesta de Código Civil (elaborada por la APDC)                           | PCC     |
| - Sentencia de la Audiencia Provincial  | SAP     |
| - Sentencia de la <i>Corte di Casazione</i> (Italia)                          | SCC     |
| - Sentencia del Tribunal Constitucional                                       | STC     |
| - Sentencia del Tribunal Superior de Justicia                                 | STSJ    |
| - Sentencia del Tribunal Supremo  | STS     |
| - Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea                      | STJUE   |
| - Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea                               | TFUE    |
| - Texto Refundido de la Ley para la Defensa de los Consumidores<br>y Usuarios | TRLDGCU |
| - Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual                          | TRLPI   |
| - Unión Europea   | UE      |



---

## Contenido

|   |     |
|---|-----|
| Abreviaturas .....  | 7   |
| 1. La Rivoluzione Digitale .....  | 12  |
| 1.1. La strategia del Mercato Unico Digitale Europeo come ultimo esponente della<br>recezione giuridica della Rivoluzione Digitale .....                                    | 12  |
| 1.2. Primi passi nell'informatica e internet .....  | 21  |
| 1.3. Rivoluzione Intellettuale, rivoluzioni tecnologiche e Rivoluzioni dell'Informatica<br>30   |     |
| 1.4. La Rivoluzione Digitale e il cyberspazio .....   | 53  |
| 1.5. L'economia digitale e il rischio d'impoverimento del consumatore .....   | 61  |
| 2. La recepción jurídica de la revolución digital en la Unión Europea .....   | 79  |
| 2.1. La Ley modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico .....  | 79  |
| 2.2. La iniciativa europea en materia de comercio electrónico. El antecedente "1.0" de<br>la EMUDE.....   | 86  |
| 2.3. La Directiva 2000/31/CE, y su transposición a los ordenamientos español e<br>italiano <sup>94</sup>  |     |
| 2.4. La CESL y la Directiva 2011/83 .....   | 95  |
| 2.5. Las propuestas de Directiva 634 y 635/2015 .....   | 101 |
| 3. Del comercio electrónico al mercado digital.....   | 112 |
| 3.1. Concepto y clases de comercio electrónico.....   | 112 |
| 3.2. Los principios del comercio electrónico .....  | 119 |
| 3.2.1. Los principios de equivalencia funcional y no discriminación .....   | 120 |
| 3.2.2. El principio de no alteración del Derecho preexistente.....  | 121 |
| 3.2.3. El principio de neutralidad tecnológica.....   | 123 |
| 3.2.4. Los principios de buena fe y libertad contractual, y el principio de libre<br>prestación de servicios de la sociedad de la información.....                          | 124 |
| 3.3. La evolución del comercio electrónico a través de sus conceptos nucleares:<br>mensajes de datos, servicios de la sociedad de la información y contenidos digitales ... | 126 |
| 3.3.1. Los "mensajes de datos" .....  | 131 |
| 3.3.2. Los "servicios de la sociedad de la información" .....   | 142 |
| 3.3.3. Los "contenidos digitales" y su evolución expansiva .....  | 150 |
| 3.3.3.1. Antecedentes y situación actual .....  | 150 |
| 3.3.3.2. El concepto de contenidos digitales en la propuesta de Directiva 634/2015 y<br>sus sucesivas propuestas de modificación en 2016 y 2017 .....                       | 164 |
| 3.3.3.3. El contrato de suministro de contenidos digitales .....  | 176 |

---

|        |  |                                      |
|--------|--|--------------------------------------|
| 3.3.4. | Mensajes de datos, servicios de la sociedad de la información y contenidos digitales. Una visión comparada diferencias.....          | 185                                  |
| 3.4.   | Los principios del comercio electrónico y el concepto de contenidos digitales..  | 193                                  |
| 3.4.1. | Contenidos digitales y principio de equivalencia funcional.....  | 194                                  |
| 3.4.2. | Contenidos digitales y principio de no alteración del Derecho preexistente...  | 196                                  |
| 3.4.3. | Contenidos digitales y principio de neutralidad tecnológica.....   | 198                                  |
| 4.     | Las teorías de las cosas y los bienes. Reflexiones desde una óptica italo-española.....  | 200                                  |
| 4.1.   | Importancia de la categoría jurídica de los bienes y ámbito de la investigación.   | 200                                  |
| 4.2.   | Primera descripción de los bienes y su normativa en Europa en el contexto de la Revolución Digital .....                             | 206                                  |
| 4.3.   | Bienes, cosas y objetos.....   | 215                                  |
| 4.4.   | Cualidades jurídicas de los bienes.....  | 223                                  |
| 4.4.1. | Individualidad o autonomía.....  | 224                                  |
| 4.4.2. | Extrañeza al sujeto y a las actividades .....  | 229                                  |
| 4.4.3. | Aptitud para ser objeto de derechos (vs objeto de apropiación) .....   | 231                                  |
| 4.4.4. | Valor económico o utilidad .....   | 233                                  |
| 4.4.5. | Unidad de destino económico .....  | 237                                  |
| 4.5.   | Algunas clasificaciones de los bienes .....  | 240                                  |
| 4.5.1. | Bienes muebles e inmuebles .....   | 241                                  |
| 4.5.2. | Bienes inmateriales e incorporeales.....   | 245                                  |
| 4.5.3. | La electricidad entendida como bien.....   | 255                                  |
| 4.5.4. | La información entendida como bien. Los datos .....  | 263                                  |
| 5.     | I beni informatici o beni digitali come categoria giuridica necessaria davanti allo sviluppo del Mercato Unico Digitale Europeo..... | 278                                  |
| 5.1.   | La recezione giuridica della Rivoluzione Digitale. Conseguenze giuridiche fondamentali.....  | 278                                  |
| 5.2.   | Definizione “funzionale” dei beni come passo previo alla sua adattamento all’ambiente digitale.....                                  | 292                                  |
| 5.3.   | Materialità, immaterialità ed informaticità come caratteristiche dei beni in senso giuridico .....                                   | 299                                  |
| 5.4.   | Classificazione dei beni a seconda dell’influenza su di loro del cyberspazio. La mobilità informatica dei beni .....                 | 303                                  |
| 5.5.   | Beni digitali. Una proposta di concetto .....  | 307                                  |
| 6.     | Concluisoni. È tutto un guscio vuoto? .....  | 312                                  |
| 7.     | Bibliografía .....   | <b>¡Error! Marcador no definido.</b> |
| 7.1.   | Normativa (por orden cronológico).....   | 318                                  |

---

---

|        |  |     |
|--------|--|-----|
| 7.1.1. | Histórica o derogada .....                       | 318 |
| 7.1.2. | Vigente .....                                    | 318 |
| 7.1.3. | Proyectada .....                                 | 321 |
| 7.2.   | Fuentes doctrinales (por orden alfabético) ..... | 322 |
| 7.3.   | Informes y documentos institucionales .....      | 333 |
| 7.3.1. | Naciones Unidas.....                             | 333 |
| 7.3.2. | Unión Europea .....                              | 334 |
| 7.3.3. | Otros.....                                       | 337 |
| 7.4.   | Jurisprudencia .....                             | 337 |
| 7.4.1. | Unión Europea .....                              | 337 |
| 7.4.2. | Italia .....                                     | 338 |
| 7.4.3. | España .....                                     | 338 |

---

## 1. La Rivoluzione Digitale

### 1.1. La strategia del Mercato Unico Digitale Europeo come ultimo esponente della recezione giuridica della Rivoluzione Digitale

Il 6 maggio 2015 è stata pubblicata la comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale Europeo e al Comitato delle Regioni intitolata “una strategia per il Mercato Unico Digitale in Europa” (DSMS). Tale documento prevede un pacchetto di ambiziose misure di regolamentazione destinate a creare un Mercato Unico Digitale connesso che funzioni con fluidità e abbia risultati simili al Mercato Unico Europeo. Riguardo a questa comunicazione la Commissione stima che il conseguimento degli obiettivi fissati genererà, a partire dal 2019<sup>1</sup>, fino a 250.000 milioni di euro di ulteriore crescita.

Secondo la Commissione, lo slancio politico e la creazione del cosiddetto Mercato Unico Digitale sono giustificati dalla crescente importanza di internet e dalle tecnologie di informazione e comunicazione in tutti i settori della società e dell'economia, a tal punto che “l'economia mondiale si sta velocemente trasformando in digitale”<sup>2</sup>. In questo modo si sono introdotti cambiamenti che stanno generando la Rivoluzione Digitale a tutti i livelli e c'è chi solleva apertamente la necessità di rivalutare le norme del Diritto contrattuale al fine di fornire una risposta adeguata alle sfide già presenti sul tavolo (DE FRANCESCHI, 2016, 4, TWIGG-FLESNER, 2016, 46). Tali riflessioni sono sostenute, in generale, anche tra gli economisti che si sono occupati di analizzare la Rivoluzione Digitale. Secondo Carlota PÉREZ (2004, 20), “il totale spiegamento dell'enorme potenziale di ricchezza generato che segue ogni Rivoluzione Tecnologica necessita, a volte, un adeguato quadro socio-istituzionale. Il quadro esistente, creato per gestire la crescita

---

<sup>1</sup> JUNKER, J. C., “Estratto degli orientamenti politici per la Commissione europea – Un nuovo inizio per l'Europa: la mia agenda in materia di impiego, crescita, equità e cambiamento democratico” (15 Luglio 2014). Priorità n. 2: Un mercato digitale connesso. En DSMS (2015,2).

<sup>2</sup> DSMS (2015, 3).

---

in base all'insieme delle precedenti tecnologie è inadeguato per quelle nuove". Più precisamente, uno degli obiettivi dell'EMUDE è di sfruttare al meglio il potenziale di crescita dell'economia digitale europea<sup>3</sup>.

Dobbiamo anticipare che il motore di questo lavoro si basa sull'opinione meno rassicurante riguardo al modo di intraprendere l'adattamento istituzionale (o, recezione giuridica della Rivoluzione Digitale) che scaturisce dall'insieme dei progetti normativi sorti nell'ambito dell'EMUDE: va esplorata una reinterpretazione di determinati concetti e schemi dell'attuale Diritto contrattuale (soprattutto tenendo conto della sua progressiva e inarrestabile europeizzazione) per essere certi di dare una risposta adeguata alle sfide poste dalla Rivoluzione Digitale; tuttavia, malgrado l'importanza e il significato che ha, non giustifica una valutazione ex novo del Diritto contrattuale, dei suoi principi e delle sue categorie<sup>4</sup>. Come anche riconosce chi appoggia la detta rivalutazione del Diritto contrattuale per quanto concerne i temi digitali, esiste il rischio che la volontà di una rapida risposta<sup>5</sup> alle sfide tecnologiche della Rivoluzione Digitale crei più problemi che soluzioni (DE FRANCESCHI, 2016, 4; TWIGG-FLESNER, 2016, 47). Per questo crediamo che invece di avventurarsi nella riscrittura ex novo del Diritto contrattuale che, nelle sue parti essenziali, ha resistito già a varie rivoluzioni tecnologiche di grande importanza, è necessario valutare una reinterpretazione di quelle categorie che ne

---

<sup>3</sup> *Cfr.* in questo senso, la Comunicazione della Commissione sulla revisione intermedia della DSMS [COM (2017) 228]: "Il completamento del Mercato Unico Digitale dell'UE ha anche bisogno di un ambiente giuridico stabile e trasparente per stimolare l'innovazione, lottare contro la frammentazione del mercato e consentire a tutti gli operatori di sfruttare le nuove dinamiche di mercato a condizioni eque ed equilibrate. Un ambiente giuridico stabile e trasparente creerà quel senso di affidabilità che è essenziale per ottenere la fiducia imprese e consumatori". Anche il Commission Staff Working Document su questa comunicazione [COM (2017) 228 SWD, 4]: "The digital revolution, if well managed, offers the opportunity to strengthen Europe's economy and society...".

<sup>4</sup> La dottrina che è favorevole a un cambiamento riconosce, per una questione di principio, che prima di introdurre nuove regole si debba valutare fino a che punto quelle esistenti offrano soluzioni ai nuovi problemi (TWIGG-FLESNER, 2016, 43), sebbene necessitino di adattamenti. La precauzione menzionata è condivisa da tutti. Il punto di divergenza è se abbiamo veramente raggiunto la situazione che esige una rivalutazione delle categorie tradizionali di obbligazioni e contratti che per tutto il secolo sono state utili a causa dei cambiamenti tecnologici o manca solo un mero adattamento alle attuali sfide in campo tecnologico.

<sup>5</sup> COM (2017) 228, 2: "Gli eventuali ritardi creerebbero una situazione in cui i cittadini sono meno tutelati e impossibilitati ad utilizzare collegamenti migliori, più rapidi e meno costosi e ad accedere ad una maggiore quantità di contenuti online".

---

hanno bisogno, così come (e questo pare evidente) disegnare specifiche leggi sulla responsabilità contrattuale ed extracontrattuale di cui necessita il mercato digitale che vogliamo costruire. In questo senso, condividiamo le parole di MADRID PARRA (2013, 314), secondo le quali basta che esista una norma di applicazione generale che riesca a proporzionare sicurezza giuridica.

Di particolare importanza è la categoria dei “contenuti digitali” quale fondamento della costituzione normativa del Mercato Digitale Europeo e, collegato a questa, la categoria dei “beni” e dei “servizi” come fondamento del sistema giuridico patrimoniale e, pertanto, del Mercato Unico Europeo. Tutto questo a sua volta ha a che fare con l’importanza centrale dell’informazione (e il suo veicolo principale del mondo digitale, i dati) nella società dell’informazione, al tal punto che la proposta della Direttiva 634/2015 del 9 dicembre ammette la possibilità di consegnare “dati personali o di altro tipo” come controprestazione equivalente al denaro in un contratto di fornitura di contenuti digitali. Il ragionamento sarà il seguente: se i contenuti digitali sono “dati prodotti e forniti in formato digitale” (art. 2.11 Dir. 2011/83<sup>6</sup>; art. 2.10 Prop. Dir 634/2015) e i dati a loro volta sono percepiti come beni oggetto di possibile traffico giuridico, i beni digitali sono una nuova categoria di beni propri del mondo digitale? Il nome “contenuti digitali” è adeguato o, poiché sono beni, dovrebbe parlarsi di “beni digitali”? In quanto beni, sono uguali ai dati e ai contenuti digitali? Ammesso che si considerino beni dei contenuti digitali, sono corretti gli sviluppi che realizza l’articolo 2.1 della proposta di Diritto 634/2015 nell’includere nella categoria dei contenuti digitali tali tipi di servizi online?<sup>7</sup> Nel corso di questo lavoro si cerca di dare risposta a questa e a quella questione che riguarda l’adeguata recezione giuridica della Rivoluzione Digitale

---

<sup>6</sup> Direttiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo, del 25 ottobre 2011, sui diritti dei consumatori, per il quale si modificano le Direttive 93/13/CEE del Consiglio e 1999/44/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio e si deroga la Direttiva 85/577/CEE del Consiglio e la Direttiva 97/7/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio.

<sup>7</sup> Il 1 giugno 2017 il Consiglio della UE ha presentato emendamenti al testo della proposta 634/2015. Una delle modifiche proposte concerne il concetto di contenuti digitali così importante da proporre l’articolo 2.1. Così, l’emendamento a questo articolo fa la distinzione tra contenuti digitali (mantenendo la definizione dell’articolo 2.1 della proposta 634/2015) e servizi digitali (specificati nei paragrafi 2.1b e 2.1c della proposta 634/2015).

---

nello spazio UE e, in particolare per quanto concerne il nostro oggetto di studio, la migliore costruzione possibile di un Mercato Unico Digitale.

Tornando alla tradizionale dicotomia beni/servizi, sebbene si tratti di categorie riconosciute in tutti gli ordinamenti giuridici, si possono osservare sfumature diverse tra gli Stati della UE in merito alla definizione di uno o l'altro termine. Queste differenze non solo possono rendere difficile l'unificazione progressiva del Diritto delle obbligazioni e dei contratti a livello della UE<sup>8</sup>, ma sono ugualmente un ostacolo normativo in vista della costituzione di un Mercato Unico Digitale Europeo dovuto, tra gli altri motivi, alla dimensione transnazionale di internet. Alla luce di quanto esposto, è opportuno dedicare seri sforzi all'elaborazione di un concetto giuridico di "beni" che sia omologabile in tutti gli Stati della UE e che accolga le nuove realtà economiche sorte agli albori della Rivoluzione Digitale (beni informatici o beni digitali) in modo da raggiungere non solo un'effettiva unificazione del Diritto delle obbligazioni e dei contratti (poiché il Diritto dei contratti permette, in definitiva, lo scambio di prestazioni che, a loro volta, possono essere suddivise, sostanzialmente, in beni e servizi), bensì anche una costruzione armonica del tanto desiderato Mercato Unico Digitale. L'obiettivo di questo lavoro è un po' più modesto: intendiamo mettere in rilievo la necessità di costruire una categoria giuridica chiamata "beni informatici" (o, se si vuole, "beni digitali"), che accolga le nuove realtà di rilevanza economica nate dalla Rivoluzione Digitale in modo da rispettare gli schemi tradizionali del Diritto privato, consapevoli che la Rivoluzione Digitale, sebbene sia importante, non giustifica il ripensamento *ex novo* di questi schemi. Tutto ciò lo facciamo esaminando a fondo le proposte della Direttiva e la normativa vigente che riguarda il Diritto digitale così come la definizione della categoria "beni" o "cose" nell'ordinamento spagnolo e italiano. Sebbene pensiamo che sia un primo passo necessario, si tratta, evidentemente, di uno studio incompleto nella misura in cui debba realizzarsi un esame approfondito riguardo la concezione giuridica dei beni nei diversi ordinamenti della UE, come

---

<sup>8</sup> Gli intenti di unificazione del Diritto dei contratti all'interno della UE sono ormai noti (PECL, DCFR, CESL...).

---

oggi, così come nella storia. Non sembra che questa sia una materia di competenza di una tesi di dottorato, bensì un lavoro di approfondimento.

La citata dimensione transnazionale di internet solleva, d'altra parte, interessantissime sfide relativamente alla creazione di norme che, tuttavia, hanno cercato in un certo senso di essere ignorate al meno a livello della UE attraverso una strategia di armonizzazione normativa completa nel quadro della DSMS. Un aspetto particolarmente rilevante della Rivoluzione Digitale è che fa saltare in aria gli schemi spazio-temporali propri dello spazio fisico e, quello che è più importante a tale scopo, che disciplinano la produzione e l'applicazione delle norme<sup>9</sup>. Non si sbaglia quindi affermando che nel mondo virtuale, conosciuto come cyberspazio, il tempo e lo spazio non esistono; almeno non come li percepiamo nello spazio fisico. Se i confini di internet si diluiscono, mentre il mondo intero continua ad essere diviso in Stati e sono questi ad ostentare la facoltà di produrre e applicare norme (sebbene occasionalmente la concedono ad entità sovranazionali), quale ente sarebbe competente per la creazione delle norme e quale invece la Corte che ne assicuri l'adempimento? Questa già relativamente vecchia sfida di internet<sup>10</sup> risulta nuovamente schivata nel 2016 quando la UE disegna una strategia di armonizzazione normativa riguardo alle questioni relative al MUDE, come se lo spazio UE fosse l'unico nel quale le suddette sfide abbiano avuto luogo. Questo comportamento non può essere rimproverato all'Unione, poiché urge, come ben dice la DSMS, l'UE deve disegnare norme basiche prima che altri, a proprio beneficio, fondino le basi del funzionamento del mercato digitale nella UE attraverso di

---

<sup>9</sup> Cfr. SALVAT MARTINREY y SERRANO MARÍN (2011, 85) in relazione alla globalizzazione come fenomeno che riduce il peso politico degli Stati. Tuttavia, a nostro avviso, questa riduzione del peso politico degli Stati dovuta alla globalizzazione non mette in discussione la sua competenza come produttori e applicatori di norme, cosa che si accade per il cyberspazio.

<sup>10</sup> Cfr. IECE, che già nel 1997 riconobbe il "carattere mondiale" del commercio elettronico e che già chiedeva un consenso mondiale della normativa riguardo al commercio elettronico "dato il carattere essenzialmente transnazionale del commercio elettronico" (p.5); CALVO CARAVACA y CARRASCOSA LÓPEZ (2001, 14); TOSI (2015, 9); MESSORI (2016, 13). *Vid.* anche su questo problema, per quanto riguarda alla sicurezza informatica, la Comunicazione della Commissione sulla revisione intermedia dell'attuazione della DSMS (COMMISSIONE, 2017, 15): "Gli attacchi informatici sono in aumento e le misure per affrontarli si scontrano spesso con il problema che, sebbene gli attacchi informatici abbiano spesso una dimensione transfrontaliera, le competenze in materia di applicazione della legge conoscono rigorosi limiti nazionali".



---

condizioni generali e pratiche commerciali. Tuttavia, tale necessità e urgenza non devono oscurare completamente la sfida giuridica che la comunità internazionale ha davanti a sé. La DSMS cerca, secondo il piano europeo, di raggiungere un'armonizzazione normativa minima che riduca le barriere alla crescita economica e sociale che offre la Rivoluzione Digitale attraverso la creazione e lo sviluppo di un Mercato Unico Digitale Europeo.

Un Mercato Unico Digitale, per usare le parole della commissione, è “quello in cui è garantita la libera circolazione di merci, persone, servizi e capitali e nel quale le persone e le imprese possono accedere facilmente alle attività e esercitarle in linea con le condizioni di competenza, con un alto livello di protezione dei dati personali e dei consumatori, indipendentemente dalla nazionalità o dal luogo di residenza”<sup>11</sup>. Possiamo affermare con certezza che MUDE sia la proiezione del Mercato Unico Europeo nell'ambito del commercio elettronico (tanto quello diretto che quello indiretto), conosciuto oggi come mercato digitale.

Il Mercato Unico Europeo trova le sue origini remote nel Trattato di Parigi del 18 aprile 1951, nel quale si costituiva la Comunità Economica del Carbone e dell'Acciaio (CECA), “basata su un mercato comune, obiettivi comuni e istituzioni comuni” (cfr. Art 1 Trattato CECA). Questo trattato cristallizza per la prima volta la volontà del Ministro degli affari esteri francesi Robert Schumann<sup>12</sup> di creare l'Europa passo a passo, partendo da una “solidarietà di fatto” il cui primo passo fu il superamento dell'antagonismo franco-tedesco relativo a tutta la produzione del carbone e dell'acciaio con la volontà di estenderla a tutti i paesi dell'Europa. Sebbene il Trattato CECA si riferisca a un settore molto concreto del mercato (produzione del carbone e dell'acciaio), è importante sottolineare, ai fini del nostro

---

<sup>11</sup> EMUDE (2015, 3).

<sup>12</sup> L'Europa non potrà farsi in una sola volta, né sarà costruita tutta insieme; essa sorgerà da realizzazioni concrete che creino anzitutto una solidarietà di fatto. L'unione delle nazioni esige l'eliminazione del contrasto secolare tra la Francia e la Germania: l'azione intrapresa deve concernere in prima linea la Francia e la Germania. A tal fine, il governo francese propone di concentrare immediatamente l'azione su un punto limitato ma decisivo. Il governo francese propone di mettere l'insieme della produzione franco-tedesca di carbone e di acciaio sotto una comune Alta Autorità, nel quadro di un'organizzazione alla quale possano aderire gli altri paesi europei. "

---

studio, alcuni suoi articoli, poiché il suo spirito e la sua redazione possano essere intuiti nello sviluppo che si sta sperimentando oggi con il MUDE.

Secondo l'articolo 4 del Trattato CECA:

“All'interno della Comunità sono ritenuti incompatibili con il mercato comune del carbone e dell'acciaio e, in conseguenza, sono aboliti e vietati nei modi previsti dal presente Trattato: (b) le disposizioni e i sistemi che creino, una discriminazione fra produttori, fra acquirenti o consumatori, specie per quanto concerne le condizioni di prezzo o di consegna e le tariffe dei trasporti, come pure le disposizioni e i sistemi che ostacolano la libera scelta del fornitore da parte dell'acquirente.”

Il Mercato Unico Europeo (in un principio conosciuto come mercato comune) appare già come una vocazione generale nel Trattato di Roma, del 25 marzo 1957, nel quale si stabilirono già le quattro libertà basiche: libera circolazione delle persone, dei servizi, delle merci e dei capitali. L'Atto Unico Europeo presuppone un nuovo avanzamento dello sviluppo del mercato comune europeo, che chiama “mercato interno”, inteso come uno spazio senza frontiere interne, nel quale viene garantita la libera circolazione delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali.

Attualmente, il Mercato Unico Europeo è regolato dall'articolo 26, Titolo I, parte terza del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (TFUE) secondo il quale:

“1. L'Unione adotta le misure destinate all'instaurazione o al funzionamento del mercato interno, conformemente alle disposizioni pertinenti i trattati.

2. Il mercato interno comporta uno spazio senza frontiere interne, nel quale è assicurata la libera circolazione delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali secondo le disposizioni dei trattati.”

---

Un altro grande pilastro su cui poggia il Mercato Unico Europeo è il commercio elettronico, inteso come lo scambio di beni e servizi nel quale i mezzi elettronici giocano un ruolo rilevante<sup>13</sup>. Il commercio elettronico si distingue in diretto o indiretto, includendo nel commercio elettronico indiretto quelle transazioni realizzate attraverso mezzi elettronici relativi a beni tangibili o servizi del, chiamiamolo, “mondo fisico”, in modo che la consegna del prodotto o la prestazione di servizi (diciamo, l’ultima fase dell’*iter* contrattuale) abbiano luogo *offline*. Il commercio elettronico diretto fa riferimento, invece, a quelle transazioni che non solo si sviluppano attraverso i mezzi elettronici, ma anche che hanno come oggetto del contratto beni e servizi informatici, in modo che tutto il processo di contrattazione avvenga attraverso i mezzi elettronici (DE MIGUEL ASENSIO, 2011, 823). Il MUDE, in realtà, è la proiezione del commercio elettronico nell’ambito del Mercato Unico Europeo, e sta avendo un’importanza economica ogni volta maggiore sia a livello della UE che a livello internazionale. La Commissione stessa si rammarica del fatto che l’Europa abbia il comando dell’economia digitale, ma in realtà non sta ottenendo gli auspicati vantaggi a causa della frammentazione normativa che mette una barriera al libero commercio che invece non esiste nel mercato fisico<sup>14</sup>. Parafrasando l’articolo 4 della CECA, possiamo dire che esistono ostacoli alla libera scelta di beni e servizi digitali da parte del consumatore europeo.

La DSMS si basa su diverse azioni interdipendenti che si possono adottare solo a livello UE per raggiungere l’efficacia che si vuole<sup>15</sup>, e si basano su tre obiettivi: (1) migliorare l’accesso dei consumatori e delle imprese ai beni e servizi in linea con tutta Europa; (2) creare le condizioni adeguate per far sì che le reti e i servizi digitali prosperino; e (3) sfruttare al massimo il potenziale della crescita economica digitale europea. Tra i mezzi proposti dalla Commissione nel quadro di questi obiettivi si trovano la riduzione delle differenze in materia contrattuale e di proprietà intellettuale, evitare il blocco geografico dei contenuti in linea con la UE, la

---

<sup>13</sup> Il professore Giovanni SARTOR (2012, 7) definisce il commercio elettronico come la realizzazione degli scambi commerciali utilizzando la rete telematica (*cf.* IECE, 1997, 7).

<sup>14</sup> EMUDE (2015, 3) y Cons. 17 CESL.

<sup>15</sup> EMUDE (2015, 3).

---

riduzione degli oneri relativi all'IVA o la lotta contro i contenuti illeciti presenti in internet. Vale la pena sottolineare l'aspetto di cui ci stiamo occupando vale a dire le Proposte della Direttiva 634/2015, del 9 dicembre, relativa a determinati aspetti dei contratti di fornitura di contenuti digitali; e 634/2015, del 9 dicembre, relativa a determinati aspetti dei contratti di compravendita in linea con altre vendite di beni a distanza. Si può dire che la prima si riferisce a contratti di commercio elettronico diretto mentre la seconda si riferisce a contratti del commercio elettronico indiretto.

Ci troviamo, in ultima analisi, all'ultimo passaggio nella trattazione giuridica della Rivoluzione Digitale. Ovviamente, non di minor importanza, poiché la volontà di ridurre le barriere in materia contrattuale e di proprietà intellettuale implica una serie di cambiamenti di grande entità all'interno di istituzioni ben consolidate negli Stati membri nonostante la volontà dichiarata dalla Commissione di non interferire più del necessario con i poteri sovrani. Questa situazione, e l'opportunità che ci viene presentata come europei, chiede di valutare in modo riflessivo quale possa essere la migliore via per avanzare non più nell'integrazione europea in materia di commercio elettronico, bensì nell'adeguata recezione giuridica dei recenti cambiamenti tecnologici e sociali a cui abbiamo assistito negli ultimi due decenni.

Tutto ciò trascende EMUDE stessa, sebbene sia certo che la terremo presente dato che è l'ultimo e principale input a livello europeo in vista della recezione giuridica della Rivoluzione Digitale. Nonostante le misure presentate in questo quadro e quelle necessarie presenti a breve periodo, è fondamentale una profonda riflessione riguardo alle categorie giuridiche con le quali abbiamo operato molto tempo addietro e i loro adattamenti ai principi della Rivoluzione Digitale (che non costruiscono *ex novo*). Tra queste categorie giuridiche si sottolinea la concezione relativa ai beni o cose. La riflessione che si presenta qui vuole essere un primo punto di partenza in vista di questo processo generale di riflessione e riadattamento, che si deve realizzare a livello europeo e in relazione con l'intero ordinamento giuridico. In questo modo, i "parchi normativi" che ora stiamo sviluppando nel quadro del EMUDE potranno non essere necessari nel medio periodo ed essere sostituiti con un

---

paradigma giuridico duraturo nel tempo, che risponda adeguatamente (e a livello globale) alle sfide poste dalla Rivoluzione Digitale.

Il salto qualitativo comincia, comunque, intorno alla prima metà del XX secolo (nel 1951 si commercializzava l'UNIVAC I per gli uffici del censimento nordamericano e nel 1953 si installava la *General Electric*), sebbene i suoi effetti si cominceranno a notare a partire dalla fine del secolo, grazie allo spopolamento dei *personal computer*, la creazione del *World Wide Web* o la diffusione della posta elettronica. Dedicheremo le prossime pagine alla breve spiegazione dello sviluppo di questo processo durante gli ultimi decenni tramite l'esposizione di carattere obbligatoriamente introduttivo, ma necessario per contestualizzare l'approccio che desideriamo sviluppare in questo studio.

## 1.2. Primi passi nell'informatica e internet<sup>16</sup>

Se volessimo introdurre parlando della “Preistoria di internet” dovremmo collocarci nel 1642, anno in cui Blaise Pascal creò la prima calcolatrice (la “pascalina”), applicando il principio delle ruote di ingranaggio. La “pascalina” digitava in ordine i numeri in una serie di otto ruote in modo che, quando una ruota completava il giro, la seguente ruotava per un decimo di giro e così successivamente. Il sistema è identico a quello dei contachilometri che fino a pochi anni fa utilizzavano tutti i veicoli. Successivamente, nel 1673, Gottfried Wilhelm Leibnitz migliorò la “pascalina”, costruendo la prima calcolatrice capace di sommare, sottrarre, moltiplicare, dividere e fare radici. Bisognerà attendere più di un secolo per un nuovo sviluppo nella “Preistoria di internet”, concretamente nel 1801, quando Joseph-Marie Charles Jacquard ideò un telaio capace di riprodurre automaticamente campioni di tessuti leggendo le informazioni codificate in biglietti di carta rigida con fori perforati.

---

<sup>16</sup> Questa sezione si avvale dei lavori di ÁLVAREZ HERNANDO, J. e SAN JOSÉ CABEZUDO, R. (2012); CASANOVAS, P. (2003); LEINER, B. M. *et al.* (sf); LEVINE *et al.* (1999); MARTÍNEZ, R. y GARCÍA BELTRÁN, A. (sf); O'REILLY, T. (2005); SALVAT MARTINREY, G. y SERRANO MARTÍN, V. (2011); SARTOR, G. (2012); y VELASCO, J. J. (2014).

---

Il precursore (teorico) diretto del computer attuale è, invece, la macchina analitica ideata da Charles Babbage nel 1835. Malgrado non si sia mai arrivato a costruire la macchina analitica, il suo funzionamento poneva le basi dell'informatica intesa come tecnica<sup>17</sup>. La macchina combinava la tecnica delle schede perforate e le quattro operazioni aritmetiche con decisioni basate sui risultati intermedi delle sequenze di calcolo, che rimanevano immagazzinati internamente. Qui si possono già osservare le quattro funzioni basiche dell'informatica: ingresso di dati (*input*), trattamento e immagazzinamento di dati, e uscita dati (*output*) automatica associata agli elementi di una macchina. Babbage, inoltre, intendeva il "programma" quale insieme di istruzioni che controllano le operazioni di un computer<sup>18</sup>. La macchina analitica di Babbage fu corretta successivamente da Ada Augusta Byron, ritenuta la prima programmatrice della storia.

Un nuovo salto ci colloca nel 1890, quando Hernan Hollerith disegna la prima macchina tabulatrice, per il calcolo del censo nordamericano di quell'anno (concludendolo in meno di 3 anni). Il sistema era composto da un lettore automatico di schede perforate, un classificatore e una tabulatrice per sommare e stampare i risultati. La società *Computing-Tabulating-Recording Machine Company* fondata da Hollerith nel 1911 dà origine alla rinomata IBM. Occorre citare, già entrati nel XX secolo, il lavoro di Claude Elwood Shannon, che nel 1937 dimostrò che fosse possibile applicare la logica booleana ai sistemi di commutazione mediante sistemi a relé. La logica booleana riconosce tre operazioni basiche: Y, O e NO. Due anni dopo, nel 1939, Konrad Zuse sviluppò il primo computer digitale programmabile appositamente costruito con relé per aumentare il processo di calcolo di ingegneria; e George Stibitz disegnò la calcolatrice di relés atta a realizzare operazioni aritmetiche con numeri complessi.

---

<sup>17</sup> Secondo il Dizionario RAE, con il termine informática si intende l'insieme delle conoscenze scientifiche e tecniche che rendono possibile il trattamento automatico dell'informazione per mezzo dei computer (voce "Informatica", 3ª accezione). Il Dizionario della Reale Accademia della Lingua Spagnola (Real Academia de la Lengua Española) si può consultare online col seguente link: <http://dle.rae.es/?w=diccionario>.

<sup>18</sup> Da confrontare con l'articolo 97 TRLPI, secondo cui "s'intende come programma di computer qualsiasi di indicazioni e istruzioni destinate ad essere usate, diretta o indirettamente, in un sistema informatico per realizzare una funzione o compito o per ottenere un determinato risultato".

---

L'ultimo traguardo di ciò che abbiamo chiamato con certa leggerezza "Preistoria informatica" è costituito dal calcolatore universale Mark I, che entra in funzione nell'Università di Harvard nel 1944, composto da 3000 relè elettromagnetici, ruote dentate e un sistema di organi elettromeccanici. Il Mark I poteva realizzare tutte le operazioni aritmetiche basiche, oltre a funzioni matematiche quali logaritmi e seni. Disponeva di un dispositivo di informazione (per mezzo di schede perforate), di unità aritmetica, unità di controllo e unità di uscita dati. In altre parole, era in grado di realizzare le funzioni fondamentali dell'informatica: ingresso dati, trattamento e immagazzinamento di dati e uscita dati. Inoltre, poteva prendere un numero limitato di decisioni, per cui è considerato il primo computer. Invece, tutta la sua tecnologia era elettromeccanica, come quella di tutti i dispositivi trattati fino ad ora.

Se volessimo stabilire il punto di inizio che ci possa introdurre alla "Storia dell'informatica", questo sarebbe l'integrazione dell'elettronica e del sistema binario nei computer. L'ENIAC (Electronic Numerical Integrator and Calculator), sviluppato per l'esercito degli Stati Uniti da John Presper Eckert e John William Mauchly, dell'Università di Pennsylvania, e messo in commercio nel 1946. La velocità di lavoro dell'ENIAC era notevolmente superiore a quella del Mark I, poiché la massa di un elettrone è nettamente inferiore a quella di qualsiasi elemento meccanico, di modo che le operazioni realizzate potevano alterare lo stato del circuito (che utilizzava tubi a vuoto con tecnologia basata su diodi e triodi) in milionesimi di secondo. I relés del Mark I, invece, potevano essere aperti e chiusi in un centesimo di secondo, ma era molto difficile ridurre questo tempo, trattandosi di dispositivi meccanici. In questo modo, un'ora di lavoro dell'ENIAC equivaleva a una settimana di lavoro del Mark I. E' giusto, invece, riconoscere, che la prima volta che furono usate l'elettronica e il sistema binario non fu su un computer, ma su una calcolatrice, chiamata ABC (Atanasoff-Berry Computer), creata nel 1939 da John Vincent Atanasoff y Clifford Berry (Università dell'Iowa), con l'idea di aiutare gli studenti laureati a risolvere equazioni differenziali. Invece, la calcolatrice non era preparata per essere programmata per cui non si può parlare di computer.

Nel 1949 la *Eckert-Mauchly Corporation* creò il primo computer binario automatico (BINAC, *Binary Automatic Computer*), introducendo già l'uso di diodi

---

semiconduttori e cinte magnetiche, e capace di effettuare trasmissioni di segnali interni in parallelo. L'anno seguente, John Von Neumann progetta l'EDVAC (*Electronic Discrete Variable Automatic Computer*), incorporando la già conosciuta "architettura Von Neumann" (che, essenzialmente, si basa nell'immagazzinamento di dati e programmi in una memoria di lettura-scrittura, diretti indicando la posizione ma senza dare valore al tipo, eseguiti in sequenze e presentati in codice binario). Successivamente, nel 1951 la *Eckert-Mauchly Corporation* introduce in commercio l'UNIVAC I (*Universal Automatic Calculator*) per il censimento nordamericano e, due anni dopo, l'UNIVAC I è installato nella *General Electric*. Si tratta del primo uso civile del computer. Da questo momento, l'informatica inizia a svincolarsi (almeno nel modo assoluto in cui era usato fino ad allora) dai progetti scientifico-militari. Nel 1953 l'IBM produce anche il suo IBM 701, di cui esistono 19 unità.

L'avvio dell'uso civile dei computer segna un punto di svolta nella storia informatica, poiché da allora non si tratterà più di progetti a scopo esclusivamente militare, ma, il computer inizierà ad essere installato in Università, laboratori di ricerca, enti ufficiali, abitazioni... fino ad arrivare al momento attuale, in cui l'informatica è parte della vita quotidiana della maggior parte della popolazione. La tecnologia applicata ai computer cambierà. Negli anni '50 s'inizieranno ad utilizzare i transistor (sviluppati dai laboratori Bell), ciò ebbe come conseguenza la riduzione della grandezza del circuito e un aumento della flessibilità. Iniziarono ad essere utilizzati nuclei di ferrite, nastro magnetico e tamburi magnetici nei dispositivi di immagazzinamento. Negli anni '60 si incrementò l'uso dei chips nei computer e ciò non solo ne ridusse le dimensioni, ma anche i costi di costruzione ed il consumo del pc, aumentandone contemporaneamente l'affidabilità. La progressiva riduzione delle dimensioni dei computer avviene parallelamente alle proprie funzionalità, alla popolarità, alla frequenza d'uso sempre più ampio per strati di popolazione ... fino ad arrivare al momento attuale.

Se l'uso civile dei computer segna un punto di svolta nell'importanza sociale degli stessi e le conseguenze giuridiche che tutto ciò comporta, la crescente importanza non si può studiare a margine della nascita e sviluppo di internet. L'uno



---

e l'altro aspetto formano un tutt'uno indivisibile dal punto di vista sociologico e successivamente giuridico: la Rivoluzione Digitale.

Oggi giorno internet è uno strumento di dimensioni mondiali che permette la diffusione delle informazioni in lungo e in largo per tutto il pianeta, indipendentemente dalla collocazione geografica in cui si trovi, che inizia ad essere a un certo punto irrilevante (non in vano si comincia a parlare sempre più ampiamente di cibernazione). E' utile strumento di collaborazione e lavoro congiunto tra parti che possono incontrarsi di nuovo, anche se molto distanti fisicamente, indipendentemente dalla loro ubicazione geografica in una situazione in cui conta, sempre meno, il tempo. E, finalmente, costituisce un utile strumento di lavoro e un grande deposito di informazioni a cui si può accedere da qualsiasi parte del pianeta. Si è trasformato, anche, in un grande mercato parallelo e in una grande "piazza del popolo", in cui le persone realizzano transazioni economiche, interagiscono socialmente, si conoscono, conversano, discutono... Tutto questo insieme di relazioni sociali è così reale come quelle che avvengono fuori dal contesto di internet e perciò lo sono anche le conseguenze. La peculiarità è che si producono con maggior frequenza ed intensità di quelle che si producono in un ambiente fisico. Il fatto stesso che si producano in un ambiente in cui il concetto tradizionale di frontiera-Stato brilla per la sua assenza, (anche se iniziative quali il geo blocco dei contenuti tentano di proiettare le frontiere statali nelle relazioni o nelle attività virtuali) le carica di una complessità molto maggiore. Gli ordinamenti giuridici sono costituiti su una base statale, al massimo infrastatale o internazionali per mezzo di Trattati, ma non si può negare la presenza di frontiere nella loro costruzione e nel funzionamento. Internet costituisce la base di tale paradigma: sembrerebbe che ognuno di noi, quale internauta, si affacci a un contorno parallelo in cui le situazioni non scorrono negli schemi spazio-temporali vigenti fino ad oggi (e vigenti per i regolamenti giuridici, per gli ordinamenti giuridici). Si molto discusso in merito all'adeguata risposta giuridica rispetto a questo fenomeno, invece, fino ad oggi la regolamentazione di tutto ciò che è relativo a internet non ha potuto staccarsi dal paradigma giuridico statale, sebbene si siano tentate iniziative per contribuire ad una regolamentazione il più possibile armonica dei fenomeni giuridici in relazione con

---

internet, tra cui si denotano, *ad.ex.*, il modello di legge delle Nazioni Unite per il commercio elettronico o la strategia per il Mercato Unico Digitale dell'Europa.

Ma, come iniziò tutto? J. C. R. Licklider, il primo direttore della *Defence Advance Research Projects Agency* (DARPA) degli Stati Uniti parlò per la prima volta nel 1962 di una “rete galattica”, composta da un insieme di computer interconnessi lungo tutto il pianeta, in modo da poter accedere velocemente a programmi e dati da qualsiasi parte del mondo. Tale possibilità teorica fu eseguita per la prima volta nel 1965, quando Lawrence G. Roberts e Thomas Merrill riuscirono a connettere un computer nel Massachusetts con un altro in California attraverso una linea telefonica a bassa velocità. La tecnologia non era, senza dubbio, adeguata ma si dimostrò che l'idea teorica di Licklider era tecnicamente possibile.

Nel 1967 nel corso di una conferenza Roberts espone la sua idea della futura “ARPANET”, che si materializzerà solo due anni dopo, unendo come primi nodi il *Network Measurement Center* de UCLA e lo *Stanford Research Institute* e incorporando successivamente l'Università della California a Santa Barbara e l'Università dell'Utah. Nel 1970 si sviluppa il protocollo iniziale di ARPANET, conosciuto come *Network Control Protocol* (NCP), che si completò nel 1972, permettendo agli utenti di iniziare a sviluppare applicazioni. Durante i primi anni '70 si iniziò ad utilizzare la posta elettronica a partire dai lavori di Ray Tomlinson, che sviluppò il *software* basico d'invio e lettura di messaggi di posta elettronica. Nel 1971 Tomlinson inventò la conosciuta @, utilizzando questo simbolo per superare l'utente, dal computer in cui è la casella di posta. Inoltre nel 1971 si produceva il primo microprocessore, l'Intel 4004. In soli due anni, il 75% del traffico di ARPANET si sarebbe condotto per mezzo di posta elettronica. Ancora non possiamo parlare di internet e nemmeno di ciber spazio, ma dobbiamo tenere presente che ARPANET e la posta elettronica sono l'embrione di internet esattamente come lo conosciamo oggi.

Il salto da ARPANET a internet si produce grazie a Robert Kahn, della *Bolt Beranek and Newman* (BBN) e Vint Cerf, dell'Università di Stanford. Kahn sviluppò un programma conosciuto come “internetting”, che pretendeva di passare da un sistema strutturale quale ARPANET (che, essendo l'unica rete non necessitava

---

della correzione di errori da parte a parte nell'invio dei messaggi) a un altro a struttura aperta quale internet. Perciò svilupperà insieme a Cerf una nuova versione del Protocollo NCP di ARPANET: il Protocollo di Controllo di Trasmissione / Protocollo di Internet (TCP/IP), che usiamo ancora oggi.

Malgrado l'uso della posta elettronica per lo scambio di informazioni prima in ARPANET e poi in internet fosse rivoluzionario e il mezzo più importante di comunicazione durante la prima decade, in tale contesto sarebbe difficile teorizzare sull'esistenza di un contorno cibernetico parallelo (cyberspazio). Internet (e la posta elettronica come suo principale strumento) non è altro che un mezzo di comunicazione rapido che permette uno scambio veloce di informazioni. Oggi, l'uso della posta elettronica, lungi dalla sparizione, si è trasformato, invece, in un mezzo praticamente imprescindibile. Invece, l'uso che oggi si fa di internet fa sì che ci poniamo l'esistenza e il modo più conveniente di trattare l'intorno parallelo. In altre parole, internet, da mezzo di comunicazione, è passato ad essere un ambiente in cui comunichiamo.

A marzo del 1989 si produce un altro importante evento nella storia di internet: il disegno di Sir Tim Berners-Lee della World Wide Web, concepito come sistema di informazione distribuita capace di allacciare tra se contenuti stabilendo un'organizzazione accessibile dell'informazione che ne permettesse la condivisione. Berners-Lee, fisico della formazione, lavorò nel CERN in due occasioni, in cui osservò la necessità di organizzare l'informazione, che non era immagazzinata in altro luogo. Con l'idea di organizzare l'informazione e raggrupparla in un'unica interfaccia di accesso riscattò il principio che aveva sviluppato durante la prima permanenza nel CERN in 1980 chiamata "Enquire". La World Wide Web si basava su tre pilastri che restano ancora oggi: il linguaggio HTML (*HiperText Markup Language*), il protocollo HTTP (*Hipertext Transfer Protocol*) e le URLs (*Uniform Resource Locator*). Il primo server web fu la stazione di lavoro che usava proprio Berners-Lee nel CERN, dove in agosto del 1991 fu pubblicata la pagina di informazione sulla World Wide Web, il linguaggio HTML e come condividere le informazioni. Il successo, malgrado si trattasse di una risorsa riservata al CERN, fu tale che nel 1992 c'erano già 26 server. In aprile del 1993 il CERN decise di rendere

---

pubblico e gratuito l'accesso al web. Nello stesso anno apparve Mosaic, uno dei primi motori di ricerca che permettevano di processare il codice del web perché gli utenti potessero interagire con il contenuto e navigare nelle pagine web per mezzo di ipervincoli o collegamenti. Negli anni successivi si ha un'esplosione del numero di server, e ciò costringe a organizzarli. Sorgono directory quali Yahoo nel 1994, anno in cui, anche, la Casa Bianca pubblica la sua prima web. La World Wide Web richiese un iter che ebbe conseguenze inimmaginabili e valse al suo inventore il primo premio "Reggina Isabella d'Ingegneria" nel 2013.

Negli anni '90 si concentrano, come vediamo, gran parte dei fondamenti dell'attuale funzionamento e importanza di internet. I fatti che trattiamo di seguito, così come quelli fino ad ora narrati, vogliono essere d'esempio per collocare questo studio nel suo contesto. Nel 1995 nascono due aziende oggi tanto conosciute: E-Bay ed Amazon. Nel 1996 viene lanciato il primo server di posta gratuita, Hotmail, essendo acquisito l'anno prima dalla Microsoft. Nel 1997 nasce Google ed inizia la conosciuta bolla delle Dot-com, che scoppierà quattro anni dopo. Nel 1999 un gruppo di professionisti del settore delle TIC fecero conoscere le loro idee sull'impatto di internet su imprese e consumatori attraverso il conosciuto "Cluetrain manifesto"<sup>19</sup>, composto da 95 tesi che nel corso del tempo hanno dimostrato la loro validità e delle quali proponiamo quali esempi lampanti le seguenti:

"1. I mercati sono conversazioni.

6. Internet fa ciò che è possibile per instaurare conversazioni tra essere umani che semplicemente erano impossibili nell'era dei mezzi della comunicazione di massa.

7. La struttura ipertestuale sovverte le gerarchie.

9. Le conversazioni in rete rendono possibili nuove e potenti forme di organizzazione sociale e di scambio di conoscenze.

---

<sup>19</sup> Disponibile su: <http://personal.us.es/mbmarquez/textos/cluetrain.pdf>. Ultimo accesso, 24 febbraio 2016.

---

10. Quale risultato i mercati diventano più intelligenti, più informati, più organizzati. La partecipazione al mercato interconnesso fa che anche le persone cambino in modo radicale.”

Già nell’ultima decade degli anni ’90 e agli inizi del nuovo millennio entriamo nella conosciuta “web 2.0”. Il termine fu coniato da Tim O’Reilly nel 2004 durante la prima “Conferenza web 2.0”. Mentre la web 1.0 era di tipo unidirezionale e verso il basso, vale a dire, pensata come vetrina informativa di qualsiasi genere (vendita di prodotti o servizi, istituzionale, accademica...), la web 2.0 permette all’utente di conversare, condividere, classificare e soprattutto dare contenuto alla propria web costituendosi, al tempo stesso, in comunità virtuali (reti sociali). Alcuni esempi della web 2.0 sono Wikipedia (2001), reti sociali quali myspace (2003), Linked-in (2003), Facebook (2004), twitter (2006), aggregatori di contenuto come YouTube (2005), e iniziative quali *software* liberi (nel 2005 nasce OpenOffice) o le licenze *creative commons*. Dopo aver detto di queste e altre piattaforme, possiamo parlare di contesto parallelo la cui entità e importanza non è equiparabile a quella tradizionale, parafrasando la prima tesi del Cluetrain manifesto, entrambi sono costituiti da conversazioni. Se ci soffermiamo nel termine stesso “reti sociali” ci rendiamo conto che queste sono sempre esistite, non essendo altro che strutture di gruppi di persone collegate da relazioni o interessi (ÁLVAREZ HERNANDO et al., 2011, 40). La differenza è che tali reti nascono, si sviluppano e interagiscono tra loro in un contesto virtuale. Se i mercati (luoghi) sono conversazioni e queste possono intrattenersi attraverso, per mezzo del web, inteso come piattaforma, possiamo anche affermare che anche i contesti (luoghi) sono conversazioni. Detto in altre parole, le reti sociali, in generale, la web 2.0, mostrano come le tesi proposte dal Cluetrain Manifesto sono applicabili oltre l’ambito prettamente commerciale, costituendo una vera rivoluzione sociale di cui ancora stiamo costituendo le conseguenze giuridiche.

---

### 1.3. Rivoluzione Intellettuale, rivoluzioni tecnologiche e Rivoluzioni dell'Informatica

Quando parliamo di Rivoluzione Digitale facciamo riferimento al cambiamento tecnologico e sociale sviluppatosi a partire dall'irruzione di un tipo di tecnologia relazionata con l'informatica (concretamente dal passaggio dalla tecnologia analogica, meccanica ed elettronica alla tecnologia digitale) nella vita quotidiana, evoluzione della quale abbiamo dato un breve accenno nel paragrafo precedente, così come delle sue conseguenze economiche. In un brevissimo arco di tempo i contratti riguardanti quello che attualmente inizia a conoscersi come "contenuti digitali" sono diventati un elemento chiave per moltissime imprese (SCHULZE, 2016, 127), i telefoni cellulari sono già più numerosi degli abitanti del pianeta<sup>20</sup>, le reti sociali sono un contesto quotidiano dove relazionarsi, o le piattaforme online di compravendita di prodotti si sono convertite nei nuovi "affari quotidiani", specialmente tra le generazioni più giovani, abituate a vivere permanentemente connesse a internet... Tutto ciò spinge un gran numero di studiosi ad azzardare cambiamenti di enorme portata in economia, nella società e nel Diritto (specialmente nel Diritto dei contratti, dovuto al ruolo centrale che gioca nell'economia di mercato). Conviene, nonostante tutto, essere prudenti nelle proposte di cambiamenti normativi, siccome non sembra che l'importantissima portata della Rivoluzione Digitale (su questo non c'è dubbio) possa giustificare una rielaborazione *ex novo* dei principi del Diritto contrattuale per quanto concerne, esclusivamente, temi digitali relazionati coi consumatori. Le sfide che lancia la Rivoluzione Digitale non possono essere affrontate da una prospettiva strettamente nazionale, ma internazionale o, almeno, europea. Una prospettiva europea terrà conto delle condizioni e del potenziale economico del mercato unico. Per tutto ciò, non sorprende che la costruzione del MUDE figuri tra le dieci priorità dell'attuale Commissione (SCHULZE, R.; STAUDENMAYER, D., 2016, 19-32). Tuttavia, l'operazione di

---

<sup>20</sup> Verso la fine del 2015 il numero di linee mobili ha raggiunto il numero totale degli abitanti del pianeta oltrepassando, naturalmente, il numero di abitanti in molti paesi (Ericsson Mobility Report, 2015, 6), e attualmente si situa intorno ai 7,6 mila milioni, dato che il 55% delle nuove sottoscrizioni sono per smartphones. Il totale delle sottoscrizioni per internet a banda larga raggiunge attualmente i 4,6 mila milioni (Ericsson Mobility Report, 2017, 4).

---

questa strategia normativa per affrontare a breve o medio termine le sfide della Rivoluzione Digitale non deve lasciare da parte la necessità di un profondo dibattito riguardo il riadattamento dei nostri paradigmi giuridici (senza abbandonarli né riscriverli da zero) all'economia digitale, il che passa necessariamente tramite una profonda comprensione delle caratteristiche di questa rivoluzione tecnologica, ancora in fase di assestamento<sup>21</sup>.

Una rivoluzione tecnologica presuppone l'irruzione in un breve lasso di tempo di un insieme di tecnologie, prodotti, industrie e dinamiche nuove, capaci di scuotere le fondamenta dell'economia e di promuovere un'ondata di sviluppo a lungo termine che, inoltre, sia capace di diffondere i suoi effetti al di là delle frontiere delle industrie e dei settori economici dove questa si è formata (PÉREZ, 2004, 32)<sup>22</sup>. Questi effetti si consolideranno (e richiederanno una risposta giuridica d'accordo con la rilevanza dei cambiamenti) passate un paio di decenni dall'irruzione delle prime manifestazioni della rivoluzione tecnologica in questione. Secondo questa economista, una rivoluzione tecnologica favorisce un ciclo di crescita economica o "grande ondata di sviluppo", di 50 o 60 anni e si divide in due grandi periodi, separati da una fase d'intervallo. Nel primo periodo ("di installazione") le nuove tecnologie irrompono in un'economia già matura e con evidenti segni di esaurimento. Questo primo periodo sarebbe diviso, a sua volta, in due metà: una prima fase ("di irruzione"), nella quale le nuove tecnologie e i nuovi prodotti, supportati dal capitale finanziario, mostrano il loro potenziale futuro irrompendo nel mondo ancora modellato dal paradigma economico e tecnologico anteriore (assemblaggio della fase di irruzione della nuova rivoluzione con la fase di maturità di quella antica). La seconda metà del periodo di installazione corrisponde alla "fase di frenesia", dove il capitale finanziario avalla le nuove tecnologie e i loro modelli commerciali, producendo forti tensioni strutturali tra il vecchio e il nuovo. Segue un

---

<sup>21</sup> Abbiamo già detto in precedenza che la EMUDE propone un insieme di norme per affrontare le sfide della rivoluzione digitale da un punto di vista europeo, ma questo non deve eludere il necessario dibattito che la comunità internazionale deve affrontare riguardo alle sfide giuridiche profonde che presuppone la rivoluzione digitale, e tra queste, la mancata conoscenza degli schemi spazio-temporali classici da parte del contesto digitale.

<sup>22</sup> *Cfr.*, SALVAT MARTINREY e SERRANO MARTÍN (2011, 26) relazionato con la Rivoluzione Digitale, per i quali "l'elemento decisivo non è quindi la sola emergenza di una tecnologia, ma l'applicazione di questa ai processi produttivi e all'attività economica in generale con le corrispondenti conseguenze sociali e culturali".

---

“intervallo di riassetamento”, normalmente una bolla finanziaria seguita da una recessione, per arrivare al “periodo di decollo”, che si divide in una prima fase (chiamata “di sinergia”), dove si verificano tutte le condizioni per la fioritura completa del nuovo paradigma tecnologico e una seconda fase (“di maturità”), dove il paradigma tecnologico presenta già segni di esaurimento e la nuova rivoluzione bussa alla porta<sup>23</sup>. Costituisce una sfida di grande difficoltà delucidare in maniera nitida il punto concreto dentro questo schema in cui si trova la Rivoluzione Digitale, dato che il passaggio da una fase all’altra spesso è continuo e invisibile per coloro che la vivono (PÉREZ, 2004, 89). In queste pagine cerchiamo semplicemente di spiegare la rivoluzione digitale in qualità di rivoluzione tecnologica con l’obiettivo di sottolineare quelle che sono le caratteristiche più importanti al fine di stabilire un piano d’azione normativa che favorisca la migliore recezione giuridica possibile della stessa; concentrati, fondamentalmente, nell’adattamento del concetto giuridico di beni al contesto digitale.

La Rivoluzione Digitale è stata classificata, come avevamo già accennato, come la terza rivoluzione industriale dell’umanità (essendo la “prima” la rivoluzione agricola e la “seconda”, le due rivoluzioni industriali dei secoli XVIII e XIX)<sup>24</sup>, o come la quinta rivoluzione tecnologica degli ultimi due secoli e mezzo (prima rivoluzione industriale, 1771; Era del vapore e delle ferrovie, 1829; Era dell’acciaio, dell’elettricità e dell’ingegneria pesante, 1875; Era del petrolio, dell’automobile e della produzione di massa, 1908; Era dell’informatica e delle telecomunicazioni, 1971)<sup>25</sup>. L’una e l’altra “enumerazione” rispondono all’importanza che si pretende dare alla Rivoluzione Digitale come processo storico, le cui conseguenze definitive sono ancora da vedere. Le due rivoluzioni informatiche, e specialmente la Rivoluzione Digitale, non sono mere rivoluzioni tecnologiche come quelle a cui abbiamo presenziato durante gli ultimi due secoli e mezzo, dato che quest’ultima ha dato luogo a un nuovo contesto sociale ed economico (il cyberspazio), il quale trascende ampiamente le conseguenze di qualsiasi delle rivoluzioni tecnologiche

---

<sup>23</sup> *Vid.* PÉREZ, 2004, 65-93.

<sup>24</sup> DE RIVA (2016, 4). MESSORI (2016, 11), seguendo FLORIDI (2012, 2) classifica la Rivoluzione di Internet come la quarta rivoluzione dell’umanità.

<sup>25</sup> PÉREZ (2004, 35).



---

vicine e aiuta a parlare della Terza Gran Rivoluzione dell'umanità<sup>26</sup>. D'altra parte, in quanto alla rivoluzione tecnologica, cercheremo di far vedere come, seguendo il paradigma proposto da Carlota PÉREZ (2004), la Rivoluzione Digitale sia, in realtà, la sesta (e non la quinta) rivoluzione tecnologica dal 1770. In questo senso, ciò che l'autrice identifica come "Rivoluzione Informatica" sarebbe, infatti, la quinta delle rivoluzioni tecnologiche dal 1770 e la prima delle tre Rivoluzioni Informatiche (Rivoluzione Elettronica – 1971 / 1997; Rivoluzione Digitale – 1989 in avanti, con un grande sviluppo a partire dal 2004 e il web 2.0; Rivoluzione Quantica, in arrivo).

Al di là del "numero" che si voglia dare a questa rivoluzione non vi è dubbio che si tratti di un grande salto di qualità nell'evoluzione sociale. Sebbene sia vero che gli effetti di una rivoluzione tecnologica si propagano gradualmente dal nucleo alla periferia (PÉREZ, 2004, 36), non è da meno il fatto che in questo caso nucleo e periferia si trovino fortemente connessi grazie, precisamente, agli strumenti tecnologici della propria Rivoluzione Digitale. Questo ci porta a un'altra riflessione: i cambiamenti a cui conduce questa rivoluzione sono di una portata molto più grande di quella delle cinque rivoluzioni tecnologiche precedenti degli ultimi due secoli e mezzo. La Rivoluzione Digitale, inoltre, ha portato con sé un nuovo spazio di interazione sociale ed economica, il cyberspazio o terza realtà. Da qui che non si tratta, secondo noi, solo di una rivoluzione tecnologica, sebbene ogni rivoluzione tecnologica rechi cambiamenti sociali.

Prima di addentrarci nell'analisi della Rivoluzione Digitale, conviene, rispetto alla riflessione riguardo la necessità della creazione di una categoria giuridica di beni che accolga alcune delle nuove realtà tecnologiche, ricordare anche se pur

---

<sup>26</sup> Parlando di "Gran Rivoluzione" vogliamo porre l'attenzione sulla portata delle conseguenze sociali ed economiche che la Rivoluzione Digitale comporta e distoglierla in questo modo dai progressi tecnologici; sebbene sia vero che ogni rivoluzione tecnologica finisca per provocare cambiamenti sociali di enorme portata. Nello stesso senso, SALVAT MARTINREY e SERRANO MARÍN (2011, 30 e 46): "non è la stessa cosa affermare che la denominata Società dell'Informazione e la rivoluzione che la accompagna sia paragonabile per le sue dimensioni alla Rivoluzione Industriale, o considerare, addirittura, che sia solo un passo verso l'interno di questo processo che è stato chiamato modernità, come lo sono state la Seconda Rivoluzione Industriale o altri processi analoghi" (...) "le nuove tecnologie non si limitano solo a dominare su ciò che è naturale, ovvero, a riprodurlo generando una realtà che essendo naturale appare mediata nel riprodursi dalla macchina (società industriale), bensì adesso ciò che fanno è produrlo direttamente generando una realtà nuova (società dell'informazione, che genera informazione a partire da informazioni)".

---

brevemente un movimento intellettuale che gettò le basi delle nostre società e, inoltre, contribuì alla creazione di una nuova categoria di beni fino a questo momento sconosciuta. Parliamo dell'Illustrazione e dei beni immateriali.

Il XVIII secolo portò con sé non solo le Rivoluzioni Industriali, ma anche l'Illustrazione, che potremmo chiamare senza temere equivoci, la “Rivoluzione Intellettuale”. L'Illustrazione, in quanto Rivoluzione Intellettuale, sul piano giuridico dà luogo, in un primo momento, a permessi regali per la diffusione di opere scritte: quelli conosciuti come privilegi di stampa (MARCO MOLINA, 1994, 123). Non a caso, nel Diritto anglosassone si continua a parlare di *copyright* o di *royalties*. È importante riferirsi al salto di qualità che ha comportato la teoria dei beni immateriali. Il germoglio lo si può trovare nelle riflessioni di Immanuel KANT. La logica che ispirò in origine la regolazione di quello che oggi conosciamo come proprietà intellettuale era molto più vicina ai diritti della personalità (fondamentalmente, libertà di espressione e libertà di informazione) che al diritto patrimoniale (diritto delle cose, proprietà), poiché si riferiva alla richiesta al potere regale (che agiva come censore) della libertà per diffondere idee o racconti attraverso gli unici mezzi fino a quel momento disponibili: il supporto cartaceo e l'espressione artistica (musica, teatro, ecc.). L'aspetto più critico si riconosceva quindi nel supporto cartaceo, poiché aveva subito un importante impulso grazie alla stampa (POZZO, 2005, 8)<sup>27</sup>, il che comportò un'importante accelerazione nella diffusione della conoscenza. Di fatto, se non fosse stato per questa “nuova tecnologia” non sarebbe sorta la necessità di ideare una finzione giuridica come quella di applicare la dualità platonica anima/corpo alle opere di ingegno (*corpus mysticum / corpus mechanicum*).

La stampa non solo comportò un importante salto di qualità nella misura in cui grazie ad essa potevano prodursi copie di un'opera a un costo molto più basso e in

---

<sup>27</sup> Nel 1452 GUTEMBERG comincia l'edizione di quella conosciuta come la Bibbia Gutenberg. Appena poche decadi più tardi vennero concessi i primi privilegi: nel 1479, Stephan DOLD, Georg REYSER e Johann BECKENUG accordarono con l'arcivescovo di Würzburg di stampare un piccolo breviario delle sue diocesi; nel 1481 viene concesso dal Duca di Milano un privilegio di sei anni per la stampa di “Sforziad”, di Johannes SIMONETTA; e nel 1486, la Serenissima Repubblica di Venezia concede il primo privilegio per la pubblicazione di un libro, il *Rerum venetarum ad urbe conditia opus*, di Marcus Antonius COCCIUS SABELLICUS (AMSTRONG, 1990, 3).

---

tempi più brevi. Comportò, forse come conseguenza di questo, un forte salto di qualità: “Il” libro smetteva di essere in unica copia, potendo riprodursi in tante copie quante fossero possibili in quel momento, identiche nel contenuto. Per quanto la stampa di libri non smettesse di essere un lavoro artigianale e richiedesse tempo, infrastrutture e denaro; paragonandola con l’elaborazione manuale dei libri nei monasteri il costo di riproduzione degli esemplari era considerevolmente minore. Questioni economiche a parte, potrebbe affermarsi che le opere scritte si distaccano da quella pittoriche, dove fino ad oggi esiste una correlazione inscindibile tra *corpus mysticum* e *corpus mechanicum*. E si distaccano, precisamente, nel senso che da questo momento comincia ad essere possibile (e sempre di più, fino ad arrivare alla situazione attuale) parlare de “La” opera scritta e gli esemplari dell’opera, sebbene nei primi tempi la produzione di dette opere continuasse sotto l’impulso e il controllo del potere pubblico.

Il salto di qualità che permette di iniziare a parlare di beni immateriali si produce con le riflessioni di KANT, FICHTE e REIMARUS. In quest’ epoca, il paradigma regnante continua ad essere la concessione di privilegi regali, il quale destinatario non era l’autore, bensì il tipografo-libraio, che era obbligato a esibire il libro dinnanzi l’autorità amministrativa, responsabile tanto della censura quanto dell’ottenimento di privilegio dell’opera. Durante il XVIII secolo si assiste ad un cambio di tendenza e i beneficiari dei privilegi di stampa cominciano ad essere gli autori. Si può così osservare nel famoso Statuto della Regina Anna, del 1710, che costituì un vero passo avanti in questo senso (art. 8), o nel Reale Ordine del 22 marzo 1763 del Regno di Carlo III in Spagna, dove viene detto che “da qui in avanti non si conceda a nessuno privilegio esclusivo per stampare alcun libro, bensì allo stesso autore che lo abbia composto”. È d’interesse evidenziare le riflessioni di Immanuel KANT riguardo a che cosa sia un libro nella sua opera *La metafisica dei costumi* (1797). KANT, contrariato rispetto alle copie dei libri senza il permesso del loro autore (“pirata” come sostiene), realizza le seguenti riflessioni:

“Un libro è uno scritto (qui è indifferente se sia stato prodotto con la penna o coi caratteri mobili, su molti o pochi fogli) che rappresenta un discorso tenuto da qualcuno al pubblico per mezzo di segni visibili (...). Uno scritto non è

---

immediatamente designazione di un concetto (...) bensì un discorso al pubblico, ovvero lo scrittore parla pubblicamente per mezzo dell'editore (...).

La causa dell'apparente legalità di una, a prima vista, tanto evidente illegittimità, qual è l'editoria pirata consiste nel fatto che il libro è da una parte un prodotto artistico corporeo (*opus mechanicum*), che può essere imitato (da colui che si trova in possesso legale di un suo esemplare) e con ciò dispone di un diritto reale; d'altra parte però il libro è anche un mero discorso dell'editore al pubblico, il quale non ha potestà di ripeterlo in pubblico (*prestatio operae*) senza avere il mandato dell'autore, un diritto della personalità, e l'errore consiste nel confondere l'uno con l'altro”<sup>28</sup>.

Come si può osservare, comincia qui un dualismo tra supporto scritto di un'opera intesa quindi come discorso (relazionata, per tanto, non coi diritti regali bensì con i diritti della personalità) e il discorso stesso. Bisogna tenere presente che il modello germanico dei beni/cose ammette come tali solo quelli che sono corporali (art. 90 BGB). Superato il salto della protezione dell'autore attraverso i diritti della personalità alla protezione dell'autore attraverso un nuovo statuto di proprietà (proprietà intellettuale) il discorso, l'idea o meglio la sua forma di espressione, cominciano a considerarsi come un tipo speciale di bene: bene immateriale<sup>29</sup>. Questi, a loro volta, aderiscono alla categoria di beni che, come residui, potrebbe accoglierli: i beni mobili.

Questo breve ripasso mostra come l'Illustrazione ha comportato un cambiamento di paradigma non poco rilevante nel generare, gradualmente e con considerevoli oscillazioni e dubbi, una nuova categoria di beni: i beni immateriali.

Conviene tener presente che lungo il processo evolutivo che è sfociato nell'attuale dualismo *corpus mysticum* / *corpus mechanicum* si sono verificati salti tecnologici importanti nel contesto delle sopra citate rivoluzioni tecnologiche che ogni mezzo secolo contribuiscono al progresso e alla modernizzazione della società

---

<sup>28</sup> In POZZO (2005, 129-133).

<sup>29</sup> Si può osservare una transizione simile (passaggio dal diritto della personalità a “bene” oggetto, per tanto, di possibili diritti di proprietà) nel caso dei dati personali, come vedremo più avanti nel dettaglio (*vid. ZECH, 2016, 51-103*).

---

(PÉREZ, 2004, 31). Se rispetto all'Illustrazione potremmo segnalare che l'elemento chiave è la conoscenza o la sua maggior diffusione e che tale situazione parta dal XV secolo con l'invenzione della stampa; nel caso della Rivoluzione Industriale, l'elemento chiave è costituito dalla tecnica, dai nuovi mezzi di produzione derivati dal progresso tecnologico. Nella società industriale la ricchezza è in relazione con la proprietà dei mezzi di produzione (vapore, ferrovie, acciaio, elettricità, petrolio, automobili...), con la capacità (e i modi) di usare l'energia nei processi produttivi (ingegneria, produzione di massa...), ed è sottoposta, di nuovo, al permesso del potere pubblico per poterli utilizzare: i brevetti. Prova del fatto che non possiamo realizzare un percorso storico lineare è che la prima legge sui brevetti è il denominato Statuto di Venezia, del 1474, che comunque funzionava attraverso i privilegi.

Non possiamo né dobbiamo realizzare un'analisi esaustiva dell'evoluzione delle istituzioni della proprietà intellettuale e industriale, poiché non costituisce il nucleo del nostro studio né apporterebbe novità dato che esistono già numerosi studi a riguardo. Ci interessa sottolineare, tuttavia, che entrambi gli speciali tipi di proprietà hanno in comune l'azione di ricadere su opere di ingegno, in altre parole, beni immateriali. La differenza fondamentale risiede nel fatto che mentre una (proprietà intellettuale) protegge la forma di espressione di un'idea, che non per questo smette di essere un bene immateriale, l'altra (proprietà industriale) protegge la stessa idea indipendentemente da come si arrivi ad esprimerla. In entrambi i casi il supporto è un mero strumento per poter exteriorizzare suddetta idea, suddetto bene immateriale.

I beni immateriali sono, (indipendentemente da che si trovino protetti attraverso norme relative alla proprietà intellettuale o industriale), idee, informazione ("discorso", come direbbe KANT). Tuttavia, non sono informazione ma sono di più, dato che presentano delle qualità specifiche che li distinguono dalla mera informazione nuda (complessità, originalità, bellezza e utilità...). Attualmente e grazie ai mezzi tecnologici sorti dalla Rivoluzione Digitale, l'informazione nuda digitalizzata ha acquisito un valore economico senza precedenti. Questa circostanza non solo ha aperto intensi ed interessanti dibattiti all'interno dell'UE, bensì impone la necessità di trattare i dati come merci o, in altre parole, come una nuova categoria

---

di beni la cui esistenza, sebbene non dipenda interamente dalla RD, ha acquisito una rilevanza economica senza pari grazie ad essa e ha provocato un cambiamento sostanziale nei veicoli contrattuali che servono per lo scambio d'informazione adesso digitalizzata: prima il veicolo contrattuale per lo scambio d'informazione erano i contratti dei servizi (per esempio, di investigatore privato), mentre ora è possibile anche stipulare contratti per condividere dati o addirittura contratti di compravendita di dati.

L'Illustrazione non può intendersi come una rivoluzione tecnologica propriamente detta poiché non è associata a un paradigma tecnologico nuovo capace di favorire cambiamenti nelle fondamenta dell'economia così come un'ondata di sviluppo a lungo termine (PÉREZ, 2004, 32). Sembra, ad ogni modo, che anche l'Illustrazione si sia propagata in forma di cerchi concentrici<sup>30</sup>, partendo dall'Inghilterra per arrivare in Francia, con praticamente un secolo di differenza. Se ammettiamo come certezza che ogni rivoluzione tecnologica che debba considerarsi tale comporti cambiamenti sostanziali nell'economia e nella società (infrastruttura, economica) che termini provocando la necessità di un ripensamento delle impostazioni giuridiche e politiche dominanti fino ad allora (sovrastruttura, giuridica) e che debbano trascorrere varie decadi (o qualche secolo quanto più indietro andiamo nel tempo) tra la rivoluzione tecnologica in quanto tale e la sua cristallizzazione attraverso la costruzione del suo telaio giuridico, si potrebbe considerare l'invenzione della stampa nel XV secolo come la rivoluzione tecnologica che avrebbe dato luogo, secoli più tardi, a l'Illustrazione? Dovranno essere gli storici ad accettare o rifiutare questa affermazione. In ogni caso, l'Illustrazione può essere intesa come rivoluzione in quanto tale se esaminiamo i

---

<sup>30</sup> Secondo Carlota PÉREZ (2004, 36), "il propagarsi del cambiamento accade gradualmente, e si dirige dal nucleo verso la periferia", potendo durare suddetta espansione fino a due o tre decadi in alcuni casi. Se teniamo presente che il tempo del propagarsi di ogni rivoluzione è minore di quello della precedente a causa della sempre maggiore fluidità delle comunicazioni e che l'Illustrazione nacque nel 1670 (se prendiamo come riferimento la data in cui John Locke pubblicò le *Lettere sulla tolleranza* – 1689 – e i *Trattati sul governo civile* – 1690), quando le comunicazioni e le distanze erano considerevolmente più lente di adesso, potremo osservare come lo schema della propagazione concentrica delle rivoluzioni tecnologiche si compia anche nel caso dell'Illustrazione. Risulta quanto meno evidente la similitudine tra alcune delle opere più conosciute dell'Illustrazione francese con le sopra citate di LOCKE (*Il contratto sociale*, Rousseau, 1762; *Trattato sulla tolleranza*, Voltaire, 1763).

---

cambiamenti giuridici ai quali ha dato vita e dei quali interessa sottolineare specialmente, in ragione di questo studio, il paradigma dei beni immateriali.

Il XVIII secolo non è stato solo il secolo dell'Illustrazione, bensì vi inizia anche il periodo delle Rivoluzioni Industriali successive fino al giorno d'oggi. I quasi 250 anni che trascorrono da quando nel 1771 nasce la Prima Rivoluzione Industriale sono stati fino ad oggi raggruppati in cinque o tre rivoluzioni industriali. La classificazione ed enumerazione non è che un modo di strutturare un filo discorsivo attraverso il quale si possa spiegare l'evoluzione tecnologica dell'ultimo quarto di secolo. La tesi delle cinque rivoluzioni industriali (delle quali la "Rivoluzione Informatica" sarebbe la quinta) è sostenuta da Carlota PÉREZ (2004), mentre la tesi delle tre rivoluzioni industriali è stata definita da Jeremy RIFKIN (2011). Entrambe le posizioni concentrano la loro attenzione sui salti tecnologici che si sono verificati in questi due secoli e mezzo. Tuttavia, si tratta di posizioni incomplete per gli obiettivi che ci proponiamo nella misura in cui il primo (PÉREZ, 2004) è stato scritto quando appena ci si affacciava alla propagazione delle conseguenze che l'irruzione del web avrebbe avuto in seguito alla popolarizzazione di massa dell'uso di computer personali e la nascita del denominato "web 2.0"; e la seconda (RIFKIN, 2011) si concentra sulla transizione energetica dai combustibili fossili ai rinnovabili (Rivoluzione Verde). Si tratta di posizioni incomplete poiché la Rivoluzione Digitale non è propriamente (o non solo) una rivoluzione industriale (non a caso la maggior parte di coloro che hanno studiato la denominata Società dell'Informazione parlano di società post-industriale (MASUDA); ovvero, non è l'ultimo anello (o non solo) della catena delle rivoluzioni industriali dal 1771, che la si voglia collocare in terza o in quinta posizione. La Società dell'Informazione o "società post-industriale" (MASUDA, 1984) è caratteristica, rispetto alla società industriale, perché l'elemento produttivo nucleare non sono più le materie prime elaborate (e quindi, l'industria meccanizzata e il consumo di massa); bensì il nucleo della ricchezza ora è l'informazione in quanto tale<sup>31</sup>. Se una società pre-industriale è caratterizzata dal fatto che dipende da materie prime non elaborate (o elaborate a partire da

---

<sup>31</sup> Secondo SARTOR (2012, 2), la produzione di beni a partire da beni passa, nella Società dell'Informazione, alla produzione di informazione attraverso l'informazione. Nello stesso senso si pronuncia LUCCHI (2010, 23-25), che parla dell'economia della conoscenza.

---

conoscenze rudimentali) e una società industriale è caratterizzata dal trattare queste materie prime approfittando tanto di conoscenze specializzate quanto dell'uso di determinate energie (elettricità, carbone, vapore, petrolio...) per produrre beni elaborati, la Società dell'Informazione produce, precisamente, informazione a partire da informazione. A ciò si deve aggiungere l'enorme importanza che ha acquisito in poco più di due decenni (e specialmente nell'ultima) il cyberspazio come luogo di interrelazione sociale, tanto a livello personale quanto a livello patrimoniale.

Tutto questo significa che la Rivoluzione Digitale non deve far parte del contesto delle rivoluzioni tecnologiche dell'ultimo quarto di secolo perché è in qualche modo diversa? Naturalmente no, però un'analisi che si fosse concentrata esclusivamente sull'osservazione della Rivoluzione Digitale come rivoluzione industriale sarebbe stata incompleta per non aver considerato o non aver messo sufficientemente in evidenza due elementi chiave che abbiamo appena segnalato: in primo luogo, l'informazione in quanto tale si converte in merce, in beni oggetto di procedure giuridiche; in secondo luogo, è nato un contesto di incontro, di relazioni sociali e patrimoniali, chiaramente diversificato da tutto quello che fin ora conosciamo: il cyberspazio.

Nel suo lavoro sulle rivoluzioni tecnologiche, Carlota PÉREZ colloca quella che denomina "Era dell'Informatica" come quinta rivoluzione tecnologica. La Prima Rivoluzione Industriale si divide in una prima rivoluzione, sorta in Inghilterra nel 1771 e caratterizzata dalla meccanizzazione dell'industria del cotone, il ferro forgiato e i primi macchinari, e una seconda rivoluzione (era del vapore e delle ferrovie), caratterizzata per il macchinario a vapore alimentato dal carbone. La Seconda Rivoluzione Industriale, ugualmente si divide, secondo l'autrice, in "Era dell'acciaio, dell'elettricità e dell'ingegneria pesante" (dal 1875 in poi) e "Era del petrolio, dell'automobile e della produzione di massa" (dal 1908 in poi). Arriveremmo, infine, all' "Era dell'informatica e delle telecomunicazioni", il cui punto di partenza si collocherebbe nel 1971, anno in cui si produce il primo microprocessore (PÉREZ, 2004). Capiamo, tuttavia, che una data più rilevante per collocare il punto di partenza dell'"Era dell'Informatica" sarebbe il periodo compreso tra il 1949 (anno in cui si sviluppa il primo computer binario, il BINAC) e



---

il 1953, anno in cui si mette in commercio un computer per uso civile per la prima volta (l'UNIVAC I). Tutto dipende dalle tappe che si considerano di maggior importanza al fine della costruzione di un concreto presupposto storico. La tecnologia binaria è la base dell'informatica e di tutto ciò che è arrivato con essa, incluso il contesto digitale. Nello stesso senso, TOFFLER segnalò nel 1971 che “il computer è entrato in scena intorno all'anno 1950. Col suo incomparabile potere di analisi e la trasmissione di dati straordinariamente vari, in incredibili quantità e a velocità che sembrano inverosimili, è diventato una forza di prima importanza dietro alla più recente accelerazione dell'acquisizione della conoscenza<sup>32</sup>”. Per questa ragione intendiamo che la costruzione del primo computer che utilizza la tecnologia binaria e il suo successivo uso civile sia una tappa di maggior rilevanza rispetto allo sviluppo di un dispositivo che usa questa stessa tecnologia due decenni dopo anche se in uno spazio considerevolmente minore. Non si tratta affatto di un progresso trascurabile, ma il punto che pensiamo essere quello di maggior rilevanza come “nascita” dell'era informatica è l'uso della tecnologia che la permette, la tecnologia binaria. Nell'era dell'Informatica l'uso dell'informazione comincia già ad essere di grande importanza. Non a caso è nel 1980 quando Yoneji MASUDA conia l'espressione “Società dell'Informazione”. Tuttavia, è l'unione dell'incremento del valore dell'informazione stessa con la tecnologia dei ricercatori (SHAPIRO e VARIAN, 2001) ciò che ne aumenta il valore e, di conseguenza, la tecnologia denominata “Big Data” ciò che dà luogo al fatto che persino un'informazione d'interesse dubbioso possa arrivare ad avere valore economico. A tutto questo deve unirsi il paradigma del cyberspazio come contesto di relazioni.

Nella sua posizione, RIFKIN sostiene che l'“Era dell'informatica” faccia parte della Terza Rivoluzione Industriale, composta non solo dall'informatica e da internet, ma anche dalla transizione energetica verso le rinnovabili. Uno dei punti chiave della tesi di questo autore è che il disegno di internet (reti nodali, produzione reticolare dell'informazione) possa servire come paradigma da imitare attraverso le energie rinnovabili in modo che ogni edificio possa essere un nodo di produzione di energia rinnovabile per autoconsumo, così come restare connesso a una sorta di “internet di edifici” per convertire l'energia rimanente o nutrirsi in caso di deficit.

---

<sup>32</sup> Cit. di SALVAT MARTINEY e SERRANO MARÍN, 2011, 25.

---

Si tratta, certamente, di una proposta economica degna di essere tenuta in considerazione nella misura in cui le fonti energetiche fossili comincino a scarseggiare ed il paradigma tecnologico di produzione energetica a partire da queste cominci a dare segni di esaurimento<sup>33</sup>. Non a caso, la sua proposta è già stata accolta dal Parlamento Europeo nel 2007<sup>34</sup>. La tesi di questo autore evidenzia cinque pilastri essenziali di quella che denomina come la Terza Rivoluzione Industriale: (1) il passaggio alle energie rinnovabili; (2) la trasformazione degli edifici in micropiante produttrici di energie rinnovabili in loco; (3) lo sviluppo di idrogeno e altre tecnologie di immagazzinamento negli edifici e attraverso infrastrutture volte ad immagazzinare la produzione intermittente di energia; l'uso della tecnologia di internet come paradigma da imitare al fine di realizzare una rete integrata di energia che agisca come internet; e (5) la transizione verso i trasporti alimentati a energia elettrica.

Né l'una né l'altra posizione prendono in considerazione adeguatamente la Rivoluzione Digitale, che deve intendersi dissociata tanto dalla "Rivoluzione Elettronica", quanto dalla "Rivoluzione Verde"; e questo nonostante sia figlia della prima in quanto usa l'informatica come tecnologia di base e si stia producendo parallelamente alla seconda, come ha ricordato in varie occasioni il Ministro di energia, turismo e agenda digitale spagnolo<sup>35</sup>. La Rivoluzione Digitale è ereditaria della Rivoluzione dell'Elettronica, giacché si serve fondamentalmente della tecnologia binaria. Per ammettere questa tesi dobbiamo tener presente che l'irruzione di una nuova rivoluzione tecnologica non presuppone una rottura col paradigma tecnologico precedente, ma può addirittura servirsi di esso e approfittarne<sup>36</sup>, come succede in questo caso. D'altro canto, se ammettiamo la

---

<sup>33</sup> È in questo momento quando, secondo quanto indica PÉREZ, le basi della nuova rivoluzione tecnologica sono disposte a irrompere nella società.

<sup>34</sup> [http://www.ueapme.com/IMG/pdf/EU\\_PARLIAMENT\\_DECLARATION\\_ON\\_ENERGY\\_AND\\_T  
HE\\_ECONOMY\\_final.pdf](http://www.ueapme.com/IMG/pdf/EU_PARLIAMENT_DECLARATION_ON_ENERGY_AND_THE_ECONOMY_final.pdf).

<sup>35</sup> *Ad ex*, nell'introduzione dei numeri 1 e 2 del 2016 della Rivista dell'IEE sulla Rivoluzione Digitale. Si può consultare l'intera conferenza su: <https://www.youtube.com/watch?v=Wxgy9Ed1Sws&t=1445s>.

<sup>36</sup> Secondo PÉREZ (2004, 40), "ogni rivoluzione abbina prodotti e industrie realmente nuovi con altri preesistenti, ridefiniti". I prodotti "nuovi" sono, in questo caso, il web, le reti sociali, il cloud computing, o le piattaforme di negoziazione online. Questi nuovi prodotti si servono della tecnologia

---

descrizione della Terza Rivoluzione Industriale fatta da RIFKIN (*supra*) vedremo che si focalizza principalmente nella denominata “Rivoluzione Verde” o delle rinnovabili, dove internet non è che un mero paradigma di funzionamento da imitare.

Ogni rivoluzione tecnologica (e naturalmente, la Rivoluzione Digitale lo è) apporta un processo di trasformazione profonda che trascende i limiti della stessa tecnologia che la guida. Questo cambio di paradigma permette l’equiparazione di attori giovani e anziani nel processo, dal momento che tutti devono imparare *ex novo*. All’inizio, tutto questo processo può essere percepito in modo traumatico, e incontrare reticenze nei settori consolidati dell’economia; però si presenta anche come uno stupendo ventaglio di opportunità di successo folgorante (“periodo d’installazione”). Abbiamo una moltitudine di esempi nei casi dei primi ricercatori e delle prime imprese tecnologiche e, attualmente, nelle reti sociali o nelle piattaforme di economia collaborativa. Questa tappa iniziale di commozione, anarchia e successi imprenditoriali indiscutibili e fallimenti strepitosi sfocia, dopo due o tre decenni di diffusione della rivoluzione tecnologica e un periodo di intervallo caratterizzato da un collasso derivato da una bolla finanziaria frutto dell’entusiasmo iniziale (“bolla delle .com”, 1997-2000), nella necessità di cristallizzazione del nuovo modello economico sorto dalla rivoluzione tecnologica attraverso la ristrutturazione della cornice normativa stabilita fino a quel momento, con l’obiettivo di approfittare del potenziale dello sviluppo che offre la rivoluzione e che si è già dimostrato efficace (PÉREZ, 2004, 50-53). Risulta difficile definire se ci troviamo alla fine del periodo di installazione (e, pertanto, nuovamente alle porte di una bolla e di un collasso finanziario) o all’inizio del periodo di diffusione (dopo

---

preesistente fino al punto che senza il consolidamento e lo sviluppo di questa non sarebbero potuti sorgere.

Questa autrice segnala più avanti (2004, 55) che “le condizioni favorevoli per lo scoppio della conseguente rivoluzione appaiono quando il potenziale della rivoluzione precedente è vicino all’esaurimento”. Nel caso delle rivoluzioni informatica e digitale risulta più difficile segnalare le prove dell’esaurimento della prima giacché la Rivoluzione Digitale approfitta della tecnologia binaria fino al punto che non sarebbero possibili l’una senza l’altra. Non tanto come prova dell’esaurimento, bensì come cambio di percezione sociale di internet (ricordiamo che ARPANET si sviluppa nel 1967) e della posta elettronica, si può osservare che il web, e specialmente il web 2.0 e le reti sociali, fanno in modo che internet smetta di essere percepito come un mezzo di comunicazione di massa e passi poco a poco ad essere percepito come una realtà parallela (cyberspazio).

---

l'esplosione della bolla delle .com), poiché in uno o nell'altro momento si producono tentativi di cristallizzazione normativa del cambio di paradigma tecnologico. La ragione è la transizione nel 2004 dal web 1.0 al web 2.0. Come abbiamo già detto, è molto difficile analizzare una rivoluzione tecnologica mentre questa si sta producendo. Analisi eccessivamente dettagliate di un processo storico in corso non sarebbero che congetture inutili. Si può ammettere, in ogni caso, che ci troviamo in qualcuno di questi due momenti se ricordiamo le dichiarazioni di JUNKER nell' EMUDE<sup>37</sup> e osserviamo le distinte proposte normative che difende.

Altra prova del fatto che ci incontriamo dinnanzi a una nuova rivoluzione tecnologica è l'appoggio del capitale di rischio ai nuovi progetti imprenditoriali (PÉREZ, 2004, 62) che in questi anni ha raggiunto il suo picco dalla bolla delle punto com (OCDE, 2016, 21)<sup>38</sup>. Per fare solo alcuni esempi, nel 1998, Andy Bechtolsheim, cofondatore del Sun, rilascia un assegno di 100000 dollari per finanziare l'appena nata Google Inc., che riceve comunque finanziamenti dalla Sequoia Capital nel 1999; Facebook riceve nel 2005 un finanziamento di 12,7 milioni di dollari da parte di Peter Thiel, cofondatore di PayPal e investitore "angelo"; nel 2005 Sequoia Capital dà appoggio finanziario a YouTube, che l'anno seguente è acquisito da Google per 1650 milioni di dollari; e nel 2014, Facebook compra WhatsApp per 21800 milioni di dollari. Negli Stati Uniti, gli investimenti di capitale di rischio arrivarono quasi ai 15000 milioni di dollari nel 2014, il suo livello massimo dalla bolla delle punto com, e la percentuale destinata agli investimenti TIC raggiunse il 67%. D'altro canto, un quarto del totale degli investimenti di capitali di rischio si esegue in imprese i quali modelli di affari dipendono essenzialmente da internet (OCDE, 2016, 45). Esistono svariati esempi di successo imprenditoriale folgorante che combaciano con la prima fase di una rivoluzione tecnologica. Bastino quelli qui riportati a modo di breve prova succinta. In ogni caso e tornando agli aspetti giuridici, il problema della cristallizzazione normativa che si

---

<sup>37</sup> "By creating a connected digital single market, we can generate up to EUR 250 billion of additional growth in Europe in the course of the mandate of the next Commission..." (EMUDE, 2015, 3).

<sup>38</sup> Cfr. anche la Comunicazione della Commissione sulla revisione intermedia dell'attuazione della DSMS (COMMISSIONE, 2017, 16): "Sostenere le start up in forte crescita e le imprese in espansione in grado di creare posti di lavoro genera vantaggi in termini sia di innovazione che di occupazione".

---

sta compiendo attraverso l'EMUDE è che avvantaggia i grandi imprenditori e i beneficiari di questi nuovi modelli di affari così come i fabbricanti (/sviluppatori) dei nuovi prodotti, siano questi tangibili o informatici, ai costi di un impoverimento dei consumatori digitali se analizziamo il suo potere proprietario in termini comparativamente funzionali nonostante i benintenzionati obbiettivi dell'EMUDE di espandere la base della domanda di questi nuovi prodotti e modelli di affari gettando delle basi normative che forniscano la sicurezza giuridica sufficiente. Attirano specialmente l'attenzione le riflessioni di MAESTRI (2015, 91)<sup>39</sup> in questo senso:

“Prima dell'arrivo di internet, quando ancora si poteva parlare di equivalenza e simmetria tra proprietà materiale e intellettuale, se si acquistava un libro, lo si poteva leggere più volte, lo si poteva prestare o farne quello che si voleva”.

Il proprietario dei diritti d'autore non avrebbe avuto modo di opporsi all'uso derivato dal suo stesso libro<sup>40</sup>.

Adesso, lo stesso libro in formato e-book è regolato da criteri diversi.

Se il proprietario del libro sostiene che possiamo leggere il libro una sola volta, la normativa sui diritti d'autore lo aiuta e gli permette di applicare questo livello di controllo”.

Un'altra caratteristica sintomatica dell'irruzione di una rivoluzione tecnologica è costituita dalle convulsioni all'interno del panorama politico: “nei partiti politici, tanto di sinistra quanto di destra, si verifica una divisione tra modernizzatori e nostalgici, che a volte conduce a ulteriori divisioni, a riorganizzazioni o a movimenti completamente nuovi” (PÉREZ, 2004, 81). Nel caso della Spagna, la crisi del PSOE o l'irruzione parlamentaria di formazioni nuove come Ciudadanos e Podemos possono rientrare in questo contesto. Non si tratta, inoltre, di una convulsione meramente nazionale se osserviamo il panorama politico europeo ed internazionale. Queste convulsioni di carattere politico non solo hanno a che vedere con l'evoluzione del panorama elettorale o delle grandi preoccupazioni politiche, o con

---

<sup>39</sup> Tener presente comunque le riflessioni di LUCCHI (2010, 65-67) e RIFKIN (2000, 6), sul passaggio da un'economia basata sulla proprietà a un'economia basata sull'accesso.

<sup>40</sup> *Vid.* art. 4 e 5 della Direttiva 2009/24/CE e STJUE del 3 luglio 2012, sull'esaurimento del diritto di distribuzione applicato a programmi di computer.

---

l'evoluzione "verso l'interno" nel XXI secolo dei partiti di sinistra consolidati nel XX secolo (SALVAT MARTINREY e SERRANO MARÍN, 2011, 108). A quest'ultima questione si riferiscono nell'ultima decade del XX secolo FUKUYAMA (1992) e BELL (2000).

Esiste, inoltre, una convulsione di carattere politico sorta agli albori della Rivoluzione Digitale il cui asse non ha a che vedere necessariamente coi grandi obiettivi (o, detto in altro modo, la "distribuzione ideologica" di una massa di popolazione) o con politiche concrete (es: protezione dei minori, ambiente...); bensì col metodo. Parliamo della così chiamata "democrazia digitale" o "teledemocrazia" (PÉREZ LUÑO), la quale non è che l'introduzione delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione nel processo di partecipazione politica della cittadinanza. La questione, e qui ha luogo il dibattito, è con che obiettivi e in quale modo si concretizzi l'irruzione e l'utilizzo degli attrezzi di questa nuova rivoluzione tecnologica in un ambito concreto com'è quello della partecipazione politica. Il voto elettronico in diretta è una forma di "teledemocrazia" nella misura in cui si sono introdotte le TIC nel processo di partecipazione politica (il deputato vota elettronicamente dal suo seggio, invece di alzare la mano o parlare a voce alta; ugualmente al cittadino, al posto di introdurre un foglietto, può spingere un bottone). Tuttavia, sembra evidente che non suppone una gran sfida giuridica aldilà dei vantaggi nell'accelerazione dei procedimenti di votazione. Il voto elettronico remoto, al momento tecnicamente possibile, si suppone un problema giuridico di grande portata, tanto per ciò che si riferisce all'esercizio del diritto di suffragio attivo nell'ambito della LOREG (GONZÁLEZ DE LA GARZA, 2008), quanto per le votazioni nei Parlamenti e nella Camera dei Deputati (GARCÍA-ESCUADERO MÁRQUEZ, 2010). Un aspetto meno problematico ma non per questo meno rilevante è la sempre più numerosa partecipazione del potere pubblico nelle reti sociali per comunicare con la cittadinanza, il che si riflette nell'uso delle reti sociali stesse. Secondo gli ultimi dati della OCDE, in 28 dei 34 paesi della OCDE il Presidente del Governo o il Governo nel suo insieme hanno un account Twitter (lo ha persino la Polizia Nazionale!) e in 21, un account Facebook (OCDE, 2016, 23).

---

La possibilità tecnologica del voto elettronico a distanza ha portato alcuni giuristi a mettere in discussione la necessità della democrazia rappresentativa<sup>41</sup> nella misura in cui è tecnicamente possibile che i cittadini votino elettronicamente le proposte che i loro rappresentanti approvano in Parlamento, e ha portato altri ad allertare sul rischio di manipolazione demagogica dei cittadini (SALVAT MARTINREY e SERRANO MARÍN, 2011, 123-124; JURADO GILABERT, 2013)<sup>42</sup>.

È vero che attualmente godiamo di mezzi tecnologici sufficienti per permettere a grandi masse di popolazione di partecipare direttamente alle questioni pubbliche. In altre parole, la democrazia diretta attraverso il sistema di consiglio aperto non sarebbe più solo possibile in piccole località dove tutti i cittadini che volessero farlo

---

<sup>41</sup> Secondo quanto Felipe González ha riconosciuto, “viviamo una crisi della democrazia rappresentativa in tutte le democrazie occidentali” dovuto alla “rivoluzione dell’informazione, che rende la società infinitamente più orizzontale di quello che era” (Conferenza in onore della commemorazione dei 30 anni del primo Governo del PSOE il 3 dicembre 2012, minuti 43 e 44, disponibile su: [https://www.youtube.com/watch?v=y\\_vfWLaQqUM](https://www.youtube.com/watch?v=y_vfWLaQqUM)).

<sup>42</sup> Per un’analisi approfondita sulle conseguenze, si può consultare la Tesi di Dottorato di JURADO GILABERT sulla Rappresentazione politica nell’era di internet (Università Autonoma di Barcellona, 2017).

Si possono consultare come esempi due notizie pubblicate da eldiario.es in relazione con l’attività di Facebook per valutare la sensibilità ai diversi messaggi politici dei suoi utenti (“Facebook seguirà le conversazioni politiche di 21 milioni di spagnoli fino al 20D”, eldiario.es, 11 novembre 2015; “Come una conversazione di Facebook può cambiare la tua posizione politica”, eldiario.es, 5 agosto 2017). Evidenziamo alcuni paragrafi illustrativi a riguardo:

- “La rete sociale ha annunciato la sua intenzione di usare l’informazione presente nei suoi server per trovare temi chiave della campagna elettorale e stabilire categorie su cosa sia ciò che realmente preoccupa i cittadini prima di decidere il prossimo inquilino della Moncloa. “Valuteremo quante persone uniche interagiranno in conversazioni relazionate con le elezioni”, assicurano in Facebook Spagna. Inoltre si custodirà il registro del “numero di interazioni relazionate con le elezioni” e si presterà particolare attenzione ai “commenti sui temi politici più rilevanti e sui candidati”. Si tratta di sapere di che cosa si parla e quanto spazio occupino queste conversazioni. Per fare ciò Facebook userà il suo accesso a tutte le interazioni politiche” (11 novembre 2015).
- “Utilizzare profili “psicografici” di votanti individuali che si generano attraverso gli interessi che si rendono pubblici nelle reti sociali (...) permette ai gruppi di perfezionare i messaggi perché coincidano coi tipi di personalità dei loro obbiettivi in tempi di campagna elettorale, e sta venendo utilizzato da firme come Cambridge Analytica e AggregateIO per orientare meglio l’elettorato con pubblicità politica (...). Conoscere i profili psicografici dei gruppi è utile ma non solo perché si è capaci di sapere le posizioni che hanno già preso. Si può utilizzare anche per elaborare messaggi diretti specificatamente a questi gruppi, e riuscire a cambiare le loro opinioni in maniera più efficace” (5 Agosto 2017).

---

potrebbero riunirsi per dibattere. La realtà virtuale, come nuovo spazio di interazione sociale (il che vuol dire molto di più rispetto a considerarla un mero mezzo di comunicazione, come abbiamo già visto) dove lo spazio e il tempo non esistono (o non esistono, almeno, per come funzionano nella realtà fisica) permette di riunire una grande quantità di persone in un grande forum virtuale senza nessuna limitazione se non quelle della stessa tecnologia alla quale ognuna di loro abbia accesso (importante è il divario digitale come limite per la partecipazione di tutta la popolazione) o determinate limitazioni intrinseche alla suddetta tecnologia (per esempio, la scadenza per l'approvazione di una determinata legge o azione politica di qualsiasi tipo). Tutto ciò fa sorgere dubbi sulla possibilità a livello sociale (non più tecnologico, la quale risposta sembrerebbe più chiara) di ampliare gli ambiti di partecipazione cittadina diretta nelle questioni pubbliche e fino a che punto, e che rischi apporterebbe. La democrazia rappresentativa non solo trova la sua giustificazione nelle impossibilità tecniche per riunire tutta la popolazione con diritto di voto in un unico forum, ma si appoggia anche su una sorta di “divisione sociale del lavoro”, di modo che l'insieme della cittadinanza delega i suoi rappresentanti pubblici perché decidano riguardo questioni complesse che influenzano tutti. Se potessimo votare tutte le norme ed esecuzioni che diariamente decidono i Parlamentari, avremmo tempo per leggere e capire la trascendenza di tutte e ognuna di esse? Che criteri useremmo per concentrarci in alcune piuttosto che in altre: gusti, interessi, facilità di comprensione? tutto il tempo impiegato in questi compiti prima delegati, da dove lo tireremmo fuori: tempo libero, riposo, lavoro...? Non pretendiamo, esprimendo questi dubbi, di metter in discussione i progressi nella partecipazione cittadina che possono prodursi grazie alla Rivoluzione Digitale; semplicemente lasciare testimonianza, nuovamente, delle incertezze davanti a quello che ci circonda.

La tesi secondo la quale le rivoluzioni tecnologiche si propagano in forma di cerchi concentrici dal nucleo alla periferia potrebbe essere apparentemente contraddetta se osserviamo la simultaneità temporale con cui i fenomeni descritti si sviluppano su scala internazionale. Tuttavia, dobbiamo tener presente che, soprattutto il paradigma tecnologico della Rivoluzione Digitale e le sue conseguenze hanno ridotto sorprendentemente le distanze fino al punto che oggi giorno



---

espressioni come la trasmissione di immagini “in tempo reale” o il “tempo atemporale” (CASTELLS) sono di uso comune. Il cyberspazio, prodotto della Rivoluzione Digitale, non conosce assolutamente i limiti spazio-temporali propri del mondo fisico. La fortissima interconnessione del mondo di oggi, del mondo digitale, favorisce un continuo scambio tra la periferia e il nucleo fino ad oggi impossibile che accelera la “diffusione concentrica” della rivoluzione, questa volta per cause intrinseche alla stessa.

La Rivoluzione Digitale sta allo stesso modo contribuendo alla generazione di una sorta di “cultura comune”. La società dell’Informazione, composta da tutti quelli che hanno la possibilità di accedere a internet (parleremo più avanti della cultura dell’accesso), si regge su dei valori, merci e cultura unici in determinati modelli essenziali e, tuttavia, allo stesso tempo valorizza le differenze. La globalizzazione, intesa come l’intensificarsi delle relazioni sociali ed economiche su scala mondiale così come la mutua interazione di fenomeni geograficamente distanti<sup>43</sup>, ha raggiunto un livello fino ad ora impensabile nella misura in cui possiamo comunicare in “tempo reale” con qualsiasi parte del pianeta purché disponiamo di una buona connessione internet; ovvero, purché possiamo farlo nel cyberspazio. In questo senso, la globalizzazione è una conseguenza, almeno in parte, della Rivoluzione Digitale (SARTOR, 2012, 2<sup>44</sup>; SALVAT MARTINREY e SERRANO MARÍN, 2011, 82). La “riduzione delle distanze” provocata da ciò riduce il peso politico degli Stati; tuttavia, non mette in discussione la loro legittimità come produttori e applicatori di norme (sfida che lancia il cyberspazio, entità virtuale parallela e sovrapposta). L’esistenza di una società con una cultura essenzialmente comune che, tuttavia, rende omaggio alle differenze è stata spiegata da SALVAT MARTINREY e SERRANO MARÍN (2011, 86) attraverso il “paradosso della differenza”: non si mette in discussione la struttura del sistema, ma all’interno di esso si evidenziano le differenze ai fini di costruire soggettività collettive degne di protezione (si può vedere nel caso del multiculturalismo come modello politico di gestione delle differenze; o nel successo che ha suscitato il termine “glocal”). Infine, stiamo

---

<sup>43</sup> *Vid.* voce “Globalización”, Dizionario della RAE. Disponibile su: <http://dle.rae.es/srv/search?m=30&w=globalizaci%C3%B3n>.

<sup>44</sup> Secondo questo autore, lo sviluppo delle TIC prevede il presupposto e il motore della globalizzazione.

---

assistendo a una trasformazione del mercato culturale: in primo luogo, perché questo mercato e soprattutto i suoi prodotti ormai difficilmente si distinguono da altri “non culturali”; e ciò è dovuto al fatto che ora risulta ugualmente redditizio occuparsi del così chiamato “long tail”. Un ambito culturale in cui si sono scatenate non poche controversie è quello della poesia: esiste un’intera generazione di “poeti di internet” che, grazie alle reti sociali, hanno collocato questo genere letterario tra i più venduti, cosa inimmaginabile fino ad alcuni anni fa; il che ha fatto inalberare alcuni tra gli altri che non hanno saputo o voluto servirsi delle possibilità che offre la Rivoluzione Digitale ma che, tuttavia, si considerano più degni di riconoscimento (más “cultura”)<sup>45</sup>.

Qual è, tuttavia, il salto di qualità che prevede la Rivoluzione Digitale rispetto a quelli che si sono già verificati? Nella Società dell’Informazione<sup>46</sup>, la produzione di beni attraverso altri beni diventa una produzione di informazione attraverso altra informazione, in questo modo il successo di una società in questa nuova era è determinato non più dalla quantità di beni materiali prodotti ma dalla capacità di creare ed utilizzare la conoscenza (SARTOR, 2012, 2; SALVAT MARTINREY e SERRANO MARTÍN, 2011: 15)<sup>47</sup>, che, inoltre, subisce un progressivo processo di “privatizzazione” attraverso le limitazioni tecnologiche di accesso (LUCCHI, 2010, 23-24). La rivoluzione informatica non accelera solamente i processi produttivi industriali “tradizionali” bensì trasforma l’informazione stessa in oggetto di produzione. Si potrebbe dire, dunque, che nella Società dell’Informazione la fonte nucleare di ricchezza non si trovi nella capacità di usare la tecnica immediata o intuitiva per produrre alimenti (Società Agricola), né nella maggior capacità di acquisire conoscenze secondarie (ovvero, non intuitive, scientifiche) o di usare ciò a favore di una migliore o maggiore produzione di beni (Società Industriale), ma nell’informazione stessa, nuda. L’informazione acquisisce da sé un valore e così

---

<sup>45</sup> Sufficientemente illustrativo risulta a riguardo l’ articolo di Unai VELASCO nel diario Pubblico intitolato “50 kili di adolescenza, 200 grammi di internet”.

<sup>46</sup> Si noti che ogni Rivoluzione è stata accompagnata da un tipo di Società: così, la Rivoluzione Agricola ha dato vita alla società agricola, la Rivoluzione Industriale alla società industriale e la Rivoluzione Digitale alla Società dell’Informazione (si veda PÉREZ, 2004, 35).

<sup>47</sup> Secondo SALVAT MARTINREY e SERRANO MARTÍN (2011, 24), la Società dell’Informazione è quella società dove l’informazione diventa il fattore decisivo dell’organizzazione economica.

---

anche una rilevanza giuridica di carattere patrimoniale. Tale situazione, cioè, che l'informazione nuda acquisisca una rilevanza tale da usufruire da sé di un valore economico, non sarebbe possibile senza una tecnologia adeguata, capace di rendere accessibile l'informazione in modo quasi immediato e di filtrarla in funzione dei più vari criteri di ricerca. Il valore del Web<sup>48</sup>, dunque, è capace di proporre l'accesso immediato all'informazione, usando la tecnologia digitale come contenitore che permetta all'informazione di arrivare ai consumatori finali (SHAPIRO e VARIAN, 2000, 8). Se ciò era possibile prima grazie alla facilità di accesso attraverso i ricercatori, oggi la tecnologia conosciuta come Big Data<sup>49</sup> permette di trasformare in dati economicamente rilevanti quelli che fino ad ora erano considerati superflui o di scarso valore, purché si incontrino aggiunti in grandi quantità (*raw data*). L'unico requisito è che l'informazione che contiene suddetti dati possa essere tecnologicamente monetizzabile attraverso la sua rielaborazione sintattica<sup>50</sup>. Prova del valore che ha di per sé l'informazione è, precisamente, il Considerando 13 della Proposta di Direttiva 634/2015, del 9 dicembre, relativa a determinati aspetti dei contratti di somministrazione dei contenuti digitali, secondo cui: “nell'economia digitale, i partecipanti al mercato vedono spesso, e sempre di più, l'informazione sulle persone come un valore paragonabile al denaro. Frequentemente, i contenuti digitali non si scambiano per un prezzo, ma per un corrispettivo diverso dal denaro, cioè, permettendo l'accesso a dati personali o ad altri tipi di dati”. Questo ha indotto a ritenere che la Proposta di Direttiva risulterebbe applicabile, *ex art. 3*: “a qualsiasi

---

<sup>48</sup> Anche se useremo indistintamente i termini “internet” e “Web” per fare riferimento allo spazio virtuale, conviene tener presente che internet è, *strictu sensu*, l'insieme di reti di comunicazione interconnesse a livello mondiale attraverso i già menzionati protocolli TCP/IP mentre il Web è il prodotto di suddetta interconnessione.

<sup>49</sup> È conosciuto come Big Data il processo di raccolta di grandi quantità di dati attraverso internet e la sua analisi immediata al fine di stabilire modelli di comportamento o evidenziare l'informazione poco visibile. Possiamo dire, senza paura di sbagliare, che non è che l'applicazione delle conoscenze di statistica al mondo digitale, dove non è necessario trarre una prova rappresentativa della popolazione al fine di scoprire o tracciare certi modelli dato che l'intero universo da esaminare è a disposizione di chi vuole farlo grazie all'impronta digitale che ogni giorno lasciamo quando interagiamo nella realtà digitale.

<sup>50</sup> Intendiamo per rielaborazione sintattica dell'informazione, seguendo ZECH (2016, 54), quella che tratta allo stesso tempo informazioni diverse della stessa categoria per gli effetti desiderati in quel momento. Si contrappone all'elaborazione semantica dell'informazione, dove si analizza il contenuto o il significato di un'informazione concreta in sé e per sé, senza relazionarla con altre informazioni della sua categoria.

---

contratto in virtù del quale il fornitore somministra contenuti digitali al consumatore o si impegna a farlo e, in cambio, si paga un prezzo o il consumatore facilita attivamente un altro corrispettivo non monetario sotto forma di dati personali o di altro tipo di dati”<sup>51</sup>.

Esistono altri due interrogativi che è opportuno risolvere riguardo alle conseguenze della Rivoluzione Digitale. Uno è, se la suddetta rivoluzione ha generato una realtà propria nello stesso modo in cui lo fecero la Rivoluzione Agricola e la Rivoluzione Industriale<sup>52</sup>. Il secondo interrogativo è se si deve distinguere l’informazione come bene poiché gode di valore economico, dai beni informatici. Il valore economico dell’informazione (l’informazione in quanto bene) poggia, come abbiamo visto, sulla capacità di renderla accessibile in maniera quasi immediata. Pertanto, si può dire che l’informazione nuda costituisce una sorta di materia prima che ha visto incrementarsi esponenzialmente il suo valore da quando si è potuta esprimere sotto forma di dati o, detto in altro modo, bits. I beni informazionali sarebbero, dunque, prodotti elaborati a partire dall’informazione come materia prima che grazie alla possibilità di raccogliarli e trattarli in forma di dati hanno sperimentato un considerevole aumento del loro valore. I beni informatici o digitali, sebbene non smettano di essere beni composti da informazione raccolta sotto forma di dato (come tutto il cyberspazio) si differenziano dall’informazione intesa come bene nella sua utilità e per il fatto di trovarsi prigionieri del cyberspazio. In altre parole, un bene informatico non è una mera informazione passiva raccolta in formato digitale (informazione in quanto bene, o bene informazionale), bensì col suddetto bene si possono “fare cose”, è più utile che come mera informazione; e, d’altro parte, sono concepibili come tali solo i beni (e non rappresentazioni di beni) presenti nel cyberspazio.

---

<sup>51</sup> Le rettifiche presentate dal Consiglio del 1 giugno 2017 modificano anch’esse il contenuto di questo articolo, sebbene rimangano sulla linea di pensiero di intendere i dati come beni (*vid. infra*).

<sup>52</sup> A favore, CASTELLS, ECHEVARRÍA EZPONDA, MAESTRI, RIFKIN, SALVAT MARTINREY e SERRANO MARÍN, SARTOR (*vid. bibliografia*). L’IECE (1997, 24) faceva già riferimento alla “nuova realtà virtuale”, sebbene non la definisse né spiegasse le sue caratteristiche.

---

#### 1.4. La Rivoluzione Digitale e il cyberspazio

Riguardo all'esistenza di un ambiente associato alla Rivoluzione Digitale, così come esiste un ambiente rurale (primo ambiente) e un ambiente urbano (secondo ambiente), non è facile dare una risposta priva di critiche o discussioni. Questo si deve al fatto che questo ipotetico ambiente non è immediatamente percettibile o, per meglio dire, immediatamente tangibile. In altri termini, a differenza degli ambienti rurale e urbano, nei quali possiamo camminare, toccare e odorare, l'ambiente virtuale si percepisce solamente attraverso la vista e l'udito. Entrambi gli ambienti (che chiameremo fisici) sono costruiti in base a coordinate a tutti familiari (qui, là, interno, esterno, di fronte, dietro, ora, dopo...) che potremmo chiamare assi spazio-temporali fisici o strutture topologiche e metriche. L'ambiente virtuale, invece, si può equiparare ad una sorta di città globale e a distanza, sovrapposta a case, edifici, paesi, città, nazione e Stati, distruggendo gli assi spazio-temporali fisici. Uno spazio nuovo, costruito per identità virtuali e con i propri assi spazio-temporali. Questa città globale sarà costantemente sovrapposta agli ambienti precedenti (rurale e urbano)<sup>53</sup>, generando nuove forme di interrelazione umana e sociale che si aggiungono a quelle già esistenti e si relazionano con esse, producendo una retroalimentazione costante (SARTOR, 2012, 4) e, a volte, entrando in conflitto<sup>54</sup>. Tale sovrapposizione del cyberspazio genera comunità virtuali di individui senza prossimità fisica (reti sociali): condividono codici, interessi, gusti, età o altre caratteristiche, e la distanza fisica, lungi da non comportare un problema, non è direttamente rilevante rispetto alla capacità di comunicazione; dall'altra parte sono flessibili, nella misura in cui si può entrare o uscire da esse senza sforzo. Questa nuova forma di interazione sociale non sarebbe possibile senza gli attuali mezzi tecnologici, ma lontano dall'essere un mero risultato di questi, contribuisce a una comunicazione più fluida e con questo ad

---

<sup>53</sup> RIFKIN (2000, 25).

<sup>54</sup> SALVAT MARTINREY e SERRANO MARÍN (2011, 90-93) si riferiscono al ciberspazio nei seguenti termini: “un universo virtuale e unico, comune e condiviso annidato all'interno delle società che al contempo affermano la loro differenza e assumono l'unità (...) una nuova realtà sociale e virtuale emergente il cui tratto distintivo è la connessione mediante sistemi di comunicazione, in particolare sotto forma di reti attraverso internet o delle diverse reti sociali associate all'uso di internet. In questa nuova realtà le frontiere si rompono, le distanze spariscono, i simboli si modificano e si creano nuovi modi di espressione (...) una struttura sovrapposta la cui caratteristica essenziale è l'accesso...”.

---

un maggiore progresso tecnologico, che di nuovo ritorna costantemente in una migliore e più stabile costruzione dell'ambiente virtuale. Gli assi del nuovo ambiente non sono lo spazio e il tempo così come li intendiamo nel mondo fisico, ma una rete di nodi connessi tra loro per mezzo delle Tecnologie dell'Informazione e della Comunicazione: non esiste una topologia fisica, bensì una topologia reticolare. Per questo internet non è un mezzo di comunicazione di massa, almeno nel senso tradizionale del termine, in quanto non si rivolge ad una massa intesa, precisamente, come massa, ma ad una sorta di "rete nodale" di popolazione nella quale ogni persona costituisce un'unità di base (CASTELLS parla della Società Rete riferendosi alla Società dell'Informazione, ponendo l'accento all'interconnessione dei nodi d'informazione come elemento chiave).

Nella misura in cui il tempo gioca in modo differente, non è necessaria neanche la metrica degli ambienti fisici ("tempo atemporale"). Sia d'esempio lo sviluppo dottrinale e giurisprudenziale del cosiddetto "diritto all'oblio". Sebbene il diritto all'oblio si relazioni con la protezione dell'onore e dell'intimità, la sua ragion d'essere è differente e immediatamente connessa con la distruzione degli assi spazio-temporali nella Società dell'Informazione e l'interazione osservata tra il mondo virtuale e gli ambienti fisici tradizionali. La sentenza del Tribunale di Giustizia dell'Unione Europea del 13 maggio del 2014 serve da dimostrazione sia della distruzione dei suddetti assi classici, sia delle conseguenze dovute all'interazione tra mondo virtuale e mondo fisico. In sostanza, il processo nasce dall'appello di un cittadino spagnolo a Google affinché cancelli dal suo motore di ricerca i dati relativi a un indulto concesso nel 1999 per degli atti commessi nel 1981, mentre Google nega argomentando che il suo algoritmo si limita semplicemente a collocare in luoghi preferenziali le ricerche più abituali degli utenti e che peraltro si tratta di dati pubblici e certi (pubblicati nella Gazzetta Ufficiale dello Stato). Non entreremo nel merito delle questioni di competenza, né nei dettagli dell'accusa per non sviare dall'oggetto del nostro studio, ma se i dati sono pubblici non si sta violando l'intimità del soggetto e, se sono certi, neanche il suo onore. Cosa porta, poi, un soggetto a sollecitare un attore "neutrale" come un motore di ricerca a censurare determinati dati certi ottenuti da una fonte che chiunque ha il diritto di consultare come, in questo caso, la GU? La ragione di fondo non è altro

---

che, precisamente, la distruzione degli assi spazio-temporali propri del mondo fisico: chiunque ha il diritto di consultare la Gazzetta Ufficiale dello Stato, ma il trascorrere del tempo farà sì che i dati del 1999 o del 1981 siano di poca o nulla importanza dieci anni più tardi (asse temporale fisico) o fuori della città o dell'ambiente dell'interessato (asse spaziale fisico). Se grazie al Web, all'ambiente virtuale, qualsiasi informazione (convertita ora in dato, in bit) è immediatamente accessibile da ogni luogo e, indipendentemente dal tempo trascorso, l'asse spazio-temporale dell'ambiente fisico non è necessario per ammortizzare l'informazione (che ora gode, inoltre, di un valore economico importante) che circola nell'ambiente virtuale e le cui conseguenze hanno effetti sia nel proprio ambiente virtuale sia in quello fisico dovuto all'interazione indicata precedentemente. Come giustamente segnala ECHEVARRÍA EZPONDA (1998, 9), “di fronte all'interazione per prossimità, presenza fisica e concidenza temporale degli spazi sociali tradizionali, le interrelazioni nella Telepolis non richiedono prossimità, presenza, né sincronia tra gli utenti. Nel cyberspazio le interazioni si producono a distanza, in modo asincrono, multidirezionale e per mezzo di rappresentazioni”, le reti telematiche non sono quindi un unico e nuovo mezzo d'informazione o comunicazione, ma un nuovo mezzo d'interazione umana.

Molti dibattiti si sono svolti riguardo ai diritti civili in internet, segnalando come più conosciuti, ad esempio, i conflitti tra il diritto all'onore e alla libertà di espressione e d'informazione (per esempio, la relazione con i messaggi emessi attraverso la rete sociale Twitter), o le sempre più frequenti riflessioni che riguardano la possibilità dei mezzi telematici di mettere in questione l'attuale sistema rappresentativo nella misura in cui tecnicamente sarebbe possibile istituire una sorta di democrazia diretta telematica in modo che i propri cittadini votino le leggi approvate attualmente dal Parlamento attraverso i rappresentanti. I dubbi che genera il suddetto diritto all'oblio (questioni di competenza, legge applicabile, equilibrio tra censura dell'informazione pubblica – per lo meno con gli assi spazio-temporali dell'ambiente fisico – e la buona immagine di una persona che non corrisponde a determinati dati del suo passato...) sono solo un esempio della preoccupazione giuridica nella quale viviamo.

---

Le reti sociali (uno dei grandi pilastri di ciò che è conosciuto come “web 2.0”) si utilizzano a volte come una sorta di “piazza del popolo”, dove la gente si esprime a caldo o a freddo riguardo agli argomenti più svariati<sup>55</sup>. Qualcuno ha detto che, tra le reti sociali, Twitter è l’equivalente del bancone di un bar nell’ambiente virtuale. Certamente, non c’è bisogno di esaminare questa rete sociale per constatare che ciò è vero in molte occasioni. Al bancone del bar non è strano (questioni di educazione e di buone maniere a parte) che durante una competizione sportiva coloro che stanno guardando l’evento si scagliano a piacimento contro l’arbitro, contro qualche giocatore, o contro un pilota di Formula 1 che supera in gara quello per cui tifano. Questi spropositi resteranno diluiti nel tempo e nello spazio fisico: l’indomani nessuno dei clienti del bar si ricorderà probabilmente delle stupidaggini ascoltate il giorno prima, e queste non avranno avuto eco neanche nel bar della strada di fronte. Questi stessi commenti realizzati in un ambiente dove il tempo e lo spazio non ammortizzano l’informazione (non fungono da assi, da metrica dell’ambiente virtuale) combinato con il fatto che si produce un travaso costante di conseguenze tra il mondo fisico (ambienti rurale e fisico) e il mondo virtuale può comportare gravi conseguenze per coloro che si “sfogano” nell’ambiente virtuale allo stesso modo in cui lo fanno nell’ambiente fisico<sup>56</sup>, considerato che l’interessato soffrirà inoltre delle conseguenze più gravi se gli insulti provengono dall’ambiente virtuale, precisamente per la distruzione della metrica spazio-temporale dell’ambiente fisico

---

<sup>55</sup> È interessante ricordare le parole di ECHEVARRÍA EZPONDA (1994, 22) riguardo Telepolis: “L’ambito sociale che più assomiglia oggi all’agora classica è senza dubbio lo spazio televisivo o, in generale, quello dei mezzi di comunicazione (...) Nessuno sano di mente dubiterebbe sul fatto che i mass-media costituiscano per antonomasia lo scenario per la cosa pubblica”. Dobbiamo tenere conto che queste parole furono pronunciate nel 1994, appena un anno dopo l’apertura al pubblico del web e tre anni prima della nascita di Google.

<sup>56</sup> Serva da esempio la notizia seguente: il 25 agosto 2016 il club calcistico Lleida Esportiu rescisse il contratto di un giocatore di 20 anni a causa di alcuni insulti che aveva pubblicato su Twitter, come ad esempio “Negro di merda, muori Hamilton”. La notizia è disponibile al link: <http://www.mundodeportivo.com/futbol/20160825/404190008521/el-lleida-rescinde-contrato-de-un-jugador-por-exabruptos-en-twitter.html>. Ultima consultazione, 24 febbraio 2017.

Non pretendiamo affatto di sminuire la gravità del contenuto di tale messaggio. Questo esempio serve semplicemente per constatare che un commento altrettanto grave e dispregiativo e quindi degno della stessa disapprovazione, raramente avrà delle conseguenze così gravi se pronunciato nell’ambiente analogico, il mondo fisico.



---

(viralità della rete<sup>57</sup>). I dubbi generati dalla cosiddetta democrazia 4.0 o democrazia digitale non sono da meno (*vid. supra*).

Però l'ambiente virtuale non è solo uno spazio d'interazione umana in situazioni come le suddette. È anche uno ambito di interscambio di beni e servizi, vale a dire, un nuovo mercato, capace di generare per se stesso un valore aggiunto, rispondendo alle sue stesse coordinate; senza considerare l'elemento spazio-temporale dell'ambiente fisico. Come abbiamo visto, l'ambiente digitale attinge le proprie ricchezze nella possibilità di accedere in maniera immediata e selettiva all'informazione precisa. Riferisce Javier ECHEVARRÍA che “bisogna ripensare al concetto di proprietà dei mezzi di produzione, degli oggetti prodotti e dei flussi del cyberspazio, come pure i concetti di elaborazione, interscambio, vendita, distribuzione e consumo a distanza”. In altre parole, l'ambiente virtuale, quale mercato parallelo che coesiste e interagisce con il mondo fisico allo stesso modo che in altri ambiti come già abbiamo visto, esige una riflessione in merito alle istituzioni di Diritto patrimoniale, o su come lo sviluppo di questo ambiente influisce su dette istituzioni. La Rivoluzione Digitale ha portato con se nuove forme di comportamento, anche per quanto concerne il traffico economico; contratti informatici, contratti elettronici, priorità degli accessi ai contenuti rispetto allo scaricarli, pirateria informatica, nuove forme di collaborazione, di creare valore, nuovi beni...

Sull'aspetto delle conseguenze della Rivoluzione Digitale vorremmo riflettere più profondamente in queste pagine. Hanno ragione coloro che affermano che l'ambiente virtuale esige una revisione delle categorie giuridiche che abbiamo trattato fino ad ora. Ma come si deve fare? Ciò non riguarda solo il Diritto sulle obbligazioni e contratti come abbiamo già segnalato, anche il concetto stesso di proprietà, la cui importanza diminuisce in favore dell'accesso come nucleo della nuova economia (RIFKIN, 2000, 14), o almeno così appare. Tale istituzione si è evoluta pacatamente a causa di cambiamenti sociali non collegati con la tecnologia (spicca specialmente sia nel Diritto spagnolo che nel Diritto italiano la

---

<sup>57</sup> Si usa questa espressione per riferirsi in modo metaforico alla capacità di una determinata informazione a riprodursi, moltiplicarsi ed espandersi nella rete come un virus.

---

costituzionalità della funzione sociale della proprietà). Segnala in maniera sagace Galgano che si può parlare di proprietà come oggetti su cui la stessa ricade<sup>58</sup>. In ugual senso si pronuncia un'importante Sentenza del Tribunale Costituzionale 37/1987 in una causa relativa, precisamente, alla funzione sociale della proprietà:

“... non è vano aggiungere che la proprietà privata, nella sua doppia dimensione di istituzione e di diritto individuale, ha vissuto nel nostro secolo un cambiamento così profondo che impedisce di concepirla oggi quale figura giuridica riconducibile esclusivamente al tipo astratto descritto nell'articolo 348 del Codice Civile, che i ricorrenti citano a sostegno dell'allegato di incostituzionalità. Contrariamente, il progressivo accorpamento di finalità sociali in relazione con l'uso o sfruttamento di diversi tipi di beni su cui il diritto di proprietà può ricadere ha prodotto una diversificazione del diritto di proprietà in una pluralità di figure o situazioni giuridiche di portata e ampiezza diversa. Da lì si riconosce con una generale accettazione della dottrina e giurisprudenza la flessibilità o plasticità del dominio che si manifesta nell'esistenza di diversi tipi di proprietà dotate di statuti giuridici diversi d'accordo con il tipo di beni su cui ricade il diritto di proprietà”.

Questa riflessione è importante, poiché è necessario ripensare al concetto di proprietà e questa a sua volta si costruisce con sfumature diverse in base all'oggetto sul quale si riversa, vale a dire, il concreto tipo di bene. Ciò vuol dire che l'intero ambiente digitale ha generato nuovi tipi di beni fino ad ora sconosciuti? Quali sono questi beni? Le norme attuali servono a dare spazio ai tipi di beni creati dalla Rivoluzione Digitale? Nel caso di risposta affermativa, in che modo lo fanno? E se non è così, quale dovrebbe essere la risposta del Diritto di fronte a questa nuova realtà: nazionale e internazionale, reinterprestando le categorie esistenti o creandone altre nuove prive di prolisse discussioni dottrinali?

Non sembra che queste domande possano avere una risposta relativamente immediata (come paradossalmente accade con i flussi d'informazione per mezzo

---

<sup>58</sup> GALGANO (2015, 370). Allo stesso modo, VASSALI: “*diversi statuti della proprietà si hanno in corrispondenza dei diversi beni (...) non vi è una sola proprietà vi sono piuttosto delle proprietà*” (SPANGA, 2015, 97).

---

della Rete, trasmessi ora in “tempo reale”) e neppure che le risposte che si offrono godano di pacifica accoglienza. Alle difficoltà stesse di regolare una realtà tecnologica, sociale e patrimoniale fino a poco fa sconosciuta si aggiunge uno sforzo di tipo internazionale, parallelo e giustapposto (oltre che colmo di continui apporti socio-economici) dell’ambiente virtuale rispetto all’ambiente fisico. Non si pretende, riflettendo sull’esistenza dal punto di vista giuridico del cyberspazio, di negare la legittimità nella produzione normativa degli Stati che a questo appartengono. Il dibattito in merito dovrà essere molto più profondo, malgrado si discorra con serietà sulla potestà normativa degli Stati nel “regolamentare il cyberspazio”, essendo questi gli unici che ostentano la sovranità per la produzione normativa e l’infrastruttura giuridica e per farla rispettare (FELDSTEIN DE CÁRDENAS, 2008, 17).

L’uso delle nuove categorie contrattuali e anche delle nuove forme di configurarle insieme ad una nomenclatura relativamente nuova contribuirebbe in questo modo ad evitare lunghi e tediosi dibattiti teorici in merito alla regolamentazione d’istituzioni a lungo corso. Così, per esempio, il contratto di fornitura dei contenuti digitali si costruisce non in relazione all’oggetto del contratto o nucleo dei patti tra le parti, ma sull’oggetto su cui ricade il contratto: i contenuti digitali. Si usa il termine somministrazione in maniera vaga ed impropria, e si crea una categoria nuova, quella dei contenuti digitali, con cui si fa riferimento in modo ampio a tutte quelle nuove prestazioni economiche sorte dalla Rivoluzione Digitale. Questa via è giustificata dall’urgenza di dotare di una regolazione specifica un ambiente (quello virtuale) relativamente carente di norme e dove le tradizionali norme, istituzioni e principi giuridici trovano in molte occasioni applicazione complessa a causa della distruzione spazio-temporale proprio dell’ambiente fisico che abbiamo segnalato.

Non si può negare, certamente, che tale opzione supponga un metodo più facile per dotare tali sfide di nuove regole. Come indica la Commissione EMUDE, se questo non si fa a livello europeo nei prossimi anni ci ritroveremo con il rischio che ognuno dei paesi allacci la propria normativa (che poi si dovrebbe organizzare allo scopo di contribuire alla coesione del mercato unico) con il rischio che

---

l'autoregolamentazione s'imponga con un eccessivo protagonismo. Prima di tutto, l'obiettivo di raggiungere l'ambiente digitale sarebbe ostacolato da ciò di cui già godiamo nell'ambiente fisico: un mercato senza frontiere.

Malgrado gli innegabili vantaggi che darà la regolamentazione in questo senso, conviene iniziare a proporre l'opportunità di studiare le categorie giuridiche tradizionali dal punto di vista funzionale, vale a dire, avvalorando l'utilità che dette categorie forniscono indipendentemente dalle situazioni a cui fino ad ora si sono applicate. In questo modo, attraverso l'interpretazione delle norme ed in accordo con la realtà sociale del tempo in cui si sono applicate e attingendo dal loro spirito e scopo (art. 3 CC), possiamo adattare progressivamente l'insieme dell'ordinamento giuridico alle sfide del nuovo, senza necessità di stabilire una sorta di ordinamento giuridico parallelo, penso all'ambiente virtuale con le conseguenti difficoltà e lacune normative che tutto ciò potrebbe generare. Tuttavia, le difficoltà di tale adattamento non sono minori. Come abbiamo visto, il mercato digitale dovrebbe essere trattato almeno sul piano europeo. Le tradizioni e categorie giuridiche dei diversi paesi della UE, sebbene vicine, sono molto distanti dall'essere omogenee. D'altra parte, le nuove forme di traffici economici generano importanti dubbi sulla qualifica da attribuire ai diversi contratti, il livello di protezione che si deve concedere, quando e come si intendono conclusi, l'interesse dei contraenti nell'ambito digitale sembrano spostarsi verso l'accesso temporale a determinati contenuti a scapito della loro acquisizione... Sono numerose le sfide e ciò richiede umiltà nel nostro proposito.

Di tutte le sfide proposte dalla Rivoluzione Digitale proponiamo di affrontarne una: è possibile parlare di un nuovo tipo di beni che non entri nelle categorie che abbiamo trattato fino ad ora la cui essenza trovi le radici nell'ambito generato dalla Rivoluzione Digitale? In caso di risposta affermativa, di quali strumenti normativi dispongono gli ordinamenti giuridici per dare accogliimento a questa nuova realtà patrimoniale? Come abbiamo detto, la nostra prospettiva di studio deve essere necessariamente umile se pretendiamo di raggiungere delle conclusioni utili. Dobbiamo precisare in tal senso che dobbiamo concentrare la nostra attenzione dal punto di vista geografico nei beni o cose in senso giuridico in due ordinamenti: quello spagnolo e quello italiano; senza omettere la normativa internazionale ed

---

europea nella misura in cui da questi punti di vista si è dato accoglimento o si è recepita la Rivoluzione Digitale. Dal punto di vista materiale o sostitutivo, riversiamo la nostra specificamente sulla categoria dei beni in quanto tali, fatti salvi i dovuti riferimenti alla proprietà e ai diversi statuti. Particolare importanza avrà la proprietà intellettuale e industriale; malgrado l'ottica da cui lavoreremo sia quella della teoria delle cose, intese come realtà metagiuridica con la dovuta attenzione verso il Diritto.

### 1.5. L'economia digitale e il rischio d'impoverimento del consumatore

Se accettiamo la posizione difesa dall'economista Carlota PÉREZ (2004, 19), secondo la quale i frutti della rivoluzione tecnologica si raccolgono dopo almeno due o tre decenni dalla sua esplosione, possiamo affermare che ci troviamo agli inizi di tale raccolta (il World Wide Web fu creato nel 1989 e aperto al pubblico nel 1993)<sup>59</sup>. Con l'apparizione e la popolarizzazione del web a metà degli anni '90, internet è diventato un nuovo spazio per l'esercizio delle attività economiche e lo sviluppo delle attività commerciali e professionali. Più tardi, il web 2.0 ha portato una rivoluzione nel modo in cui gli utenti interagiscono e godono di nuovi servizi così come per l'implementazione di nuovi modelli di business<sup>60</sup> (p.es. piattaforme di contrattazione online, economia di condivisione...).

L'economia digitale è presente in diversi settori come quello bancario, del commercio elettronico, dei trasporti, della pubblicità, dei mezzi di comunicazione,

---

<sup>59</sup> Carlota PÉREZ (2004, 35) situa il punto di inizio della Rivoluzione Digitale nel 1971, con l'annuncio del microprocessore Intel. Abbiamo visto sopra quanto siano più rilevanti gli anni 1949-1953, in cui fu sviluppato e commercializzato per l'uso civile il primo computer IBM. Per quanto riguarda la Rivoluzione Digitale, come abbiamo già detto, pensiamo si tratti di una sorta di "secondo atto" della rivoluzione informatica iniziata negli anni '50. Infatti, la recezione giuridica di questa rivoluzione è cominciata dal 2011-2015 e ci siamo ancora immersi nella sua discussione a livello europeo (Cfr. COMMISSIONE, 2017, 3: "Ondate successive di rivoluzioni tecnologiche hanno trasformato le società e le economie umane apportando benefici a lungo termine sia per quanto riguarda la crescita economica che la qualità della vita. La rivoluzione digitale attualmente in corso può produrre una nuova trasformazione").

<sup>60</sup> Vid. PEGUERA POCH y TARRÉS VIVES (2010, 318).

---

della sanità, dell'istruzione e del lavoro<sup>61</sup>. Per quanto riguarda il lavoro, nei prossimi decenni risulterà fondamentale un'adeguata formazione relativa alle TIC se queste invaderanno qualsiasi settore dell'economia, ragione per cui la grande maggioranza delle strategie politiche legate all'"Agenda Digitale" si preoccupano dell'alfabetizzazione e lo sviluppo di competenze digitali (OCDE, 2016, 40)<sup>62</sup>. Possiamo dire che si tratta di un concetto di carattere trasversale che ha a che fare con lo strumento utilizzato per il flusso economico di beni e servizi: le Tecnologie dell'Informazione e la Comunicazione (TIC). Abbiamo già visto come le TIC stanno trasformando (o hanno trasformato) i modi di interazione sociale e le relazioni personali. Tale trasformazione avviene anche nell'economia. Come abbiamo visto, la EMUDE parte dall'obiettivo principale da parte della Commissione, ossia sfruttare al meglio il potenziale economico del mercato digitale dell'Unione Europea (EMUDE, 2015, 4), cosa che al momento non sta succedendo né nell'Unione Europea (EMUDE, 2015, 3), né in tutti i paesi della OCDE (OCDE, 2016, 15). L'incorporazione nel mondo digitale può permettere a un paese di beneficiare di uno sviluppo sostenibile (OCDE, 2015, 20; EMUDE-2, 2015, 4), al di là che le cifre annunciate da Juncker nell'EMUDE (2015, 2) si materializzino con maggiore o minore precisione. In qualunque caso, si tratta di un'evoluzione inarrestabile nella misura in cui un maggior consolidamento del mercato digitale (aumentando i livelli di cyber sicurezza informatica, sviluppando una normativa comune che consolidi la sicurezza giuridica del consumatore e introducendo un'adeguata rete di telecomunicazioni) porterà a una maggiore quantità di consumatori che ne facciano parte (economia di "rete").

L'economia digitale non ha ancora raggiunto il suo pieno sviluppo. In questi anni, negli Stati Uniti l'investimento di capitale di rischio nel "settore TIC" ha raggiunto il suo massimo livello dalla bolla delle Dot-com (OCDE, 2016, 45). Il ruolo fondamentale del capitale di rischio si verifica durante le prime fasi di tutta la

---

<sup>61</sup> Come tutta la rivoluzione tecnologica che merita di chiamarsi così, trascende le frontiere della tecnologia che l'ha generata (PÉREZ, 2004, 32).

<sup>62</sup> In Spagna esiste, inoltre, un Libro bianco per la progettazione di diplomi universitari nell'ambito dell'economia digitale (Disponibile su: <http://www.agendadigital.gob.es/planes-actuaciones/Bibliotecacontenidos/Material%20Formaci%C3%B3n%20de%20excelencia/Libro-Blanco.pdf>).

---

rivoluzione tecnologica (PÉREZ, 2004, 62), quando le opzioni tecnologiche del precedente paradigma mostrano un esaurimento e il capitale finanziario deve “mutare” per essere vantaggioso. Abbiamo visto prima come il ruolo del capitale di rischio nel settore tecnologico abbia visto due momenti importanti, divisi da una crisi (la Bolla delle Dot-com nel 2000). Tutta questa evoluzione è coerente con lo sviluppo che in astratto disegna Carlota PÉREZ (2004, 66). Teniamo presente, inoltre, che solo dopo il 2004 il web 2.0 ha manifestato tutto il suo potenziale di sviluppo economico. Si tratta, come già abbiamo detto, di un compito difficile, se non impossibile da analizzare in questo momento la fase esatta nella quale ci troviamo, poiché ci troviamo immersi in tutti i processi di cambiamento che comporta la Rivoluzione Digitale. È indubbio, questo sì, che siamo nel momento in cui le norme devono adattarsi alla nuova realtà per sfruttare pienamente tutto il potenziale, non solo economico, bensì anche sociale, politico, eccetera.

La prova che la Rivoluzione Digitale non ha ancora raggiunto la sua fase di maturità è che i mercati a banda larga continuano a crescere grazie a un incremento delle sottoscrizioni a danno della telefonia fissa, il che conferma una tendenza che qualsiasi osservatore attento potrebbe delineare: ogni volta ci sono più utenti di telefonia mobile con connessione a internet e meno telefoni fissi. A giugno del 2014, gli abbonamenti a banda larga fissa e mobile nell’area della OCDE sono aumentati di rispettivamente 344,6 milioni e 983,4 milioni, il che rappresenta una crescita annua del rispettivamente 3,7 e del 14,2% rispetto agli ultimi anni. L’incremento degli abbonamenti a banda larga mobile è quasi quattro volte maggiore dell’aumento degli abbonamenti a banda larga. Con i nostri telefoni mobili possiamo “accedere” praticamente a tutto ciò che CI occorre nel cyber spazio: reti sociali, posta elettronica, Clouds, telefoni o informazioni di tutti i generi. Il traffico totale di internet crebbe del 20% annuo e secondo gli ultimi dati della OCDE, siamo 2900 milioni gli utenti internet in tutto il mondo (ad oggi la popolazione mondiale supera leggermente i 7500 milioni di persone)<sup>63</sup>. D’altra parte, nemmeno il commercio elettronico ha raggiunto il suo apice: le vendite del commercio elettronico rappresentano un 16% del volume totale di fatturazione e il 90% è commercio elettronico tra imprese. Le strategie politiche come EMUDE vogliono incorporare al

---

<sup>63</sup> OCDE (2016, 22).

---

mercato digitale sia i consumatori, sia le PMI, che percepiscono le differenze delle normative tra i paesi e la vulnerabilità informatica come rischi che le fanno essere reticenti (OCDE, 2016, 24), sebbene tali timori si stanno progressivamente riducendo.

Al di là dei dati macroeconomici che abbiamo esposto sommariamente, ci interessa sottolineare due aspetti dell'economia digitale che presuppongono un cambiamento qualitativo riguardo al traffico giuridico della nuova ricchezza: la preponderanza dei servizi rispetto ai beni e dell'accesso rispetto alla proprietà.

In quanto al primo aspetto (l'importanza crescente dei servizi a scapito dell'importanza egemonica che fino ad oggi hanno avuto i beni), il commercio internazionale dei servizi informatici, secondo gli ultimi dati della OCDE, è cresciuto fino a un 30% annuo, ben oltre il commercio internazionale di beni TIC (OCDE, 2016, 47). Un settore nel quale ciò può essere visto con maggiore chiarezza è quello tributario, in particolare la tassazione del commercio elettronico, nel quale i servizi sono tutto quello che si vende sul mercato, ma che non può cadere ai tuoi piedi (RIFKIN, 2000, 120). L'aumento dei servizi rispetto ai beni contribuisce, insieme all'incremento dei contratti riguardo all'accesso o all'uso, alla perdita di visibilità della proprietà nel contesto dell'economia digitale (RIFKIN, 2000, 121). L'aumento dei servizi rispetto ai beni si realizza attraverso la trasformazione dell'offerta contrattuale, che non si focalizza più sulla vendita dei prodotti (circolazione di ricchezza "di beni"), ma sulla tolleranza o l'agevolazione al godimento o all'accesso al servizio o all'esperienza che questi prodotti forniscono (circolazione di ricchezza "di esperienze"). In questo modo, sembra che i beni possano finire "trasformandosi" in servizi, dato che il loro valore risiede sempre meno sull'aspetto fisico o sull'involucro con cui raggiungono il consumatore e sempre più sull'accesso ai servizi che essi forniscono (RIFKIN, 2000, 122-123). D'altra parte, i servizi si sviluppano sempre di più attraverso le relazioni contrattuali di carattere duraturo, anziché prestazioni singole o contratti la cui realizzazione si verifica con uno o più eventi precisi. Quest'ultimo ha a che vedere con lo sviluppo dell'economia digitale nel contesto della "*Network Society*", la quale fa presumere che si tratti di una transizione difficilmente reversibile a causa del basso costo marginale di produzione di contenuti digitali (SHAPIRO e VARIAN, 2000, 3)



---

insieme al fatto che più cresce la rete (vale a dire, maggior numero di collegamenti, o soggetti contraenti ha) maggiore è il suo valore (*cf.* CASTELLS, 2000; RIFKIN, 2000, 134-135). Il valore di una rete è tutto, quindi è più importante poter accedere alla rete che possedere una parte. La crescente importanza dei servizi rispetto ai beni arriva a tal punto che in molte occasioni le imprese regalano determinati beni tecnologici (*hardware*) per poi poter fornire prestazioni di servizi informatici per i suddetti beni (in una relazione, come abbiamo detto, di carattere duraturo). Si può dire, pertanto, che il sistema, che fino ad ora ha regolato lo scambio di merci, sta vedendo una transizione, mentre, sempre più si fonda (almeno dalla prospettiva dei consumatori) sull'accesso a segmenti di esperienza. Il capitalismo attuale è "temporale" (economia di velocità) di fronte al, fino ad ora, dominante capitalismo "materiale" (economia di scala) e la società si fa sempre più interdipendente (*Network Society*) nella misura in cui abbiamo bisogno di competenze specialistiche da parte di altri (RIFKIN, 2000, 135). Queste circostanze, unitamente all'aumento dell'"accesso" quale elemento essenziale dell'economia digitale rispetto alla "proprietà" può presupporre un rischio di impoverimento del consumatore in relazione alla sua situazione "predigitale" o le relazioni contrattuali che non hanno niente a che fare con questa economia.

Rispetto alla transizione dell'era della proprietà all'"era dell'accesso", indica RIFKIN (2000, 14) che "i mercati stanno lasciando spazio alle reti e l'accesso sostituisce sempre di più la proprietà". Per questo autore, la proprietà è diventata qualcosa di obsoleto che non trova posto nell'economia rapida ed effimera del nuovo secolo e il mercato, precedentemente diviso in compratori e venditori, ora si divide in fornitori e utenti<sup>64</sup>. D'altra parte, le relazioni contrattuali puntuali, hanno lasciato spazio a relazioni più a lungo termine come conseguenza della disposizione reticolare della nuova società<sup>65</sup>, che a sua volta suggerisce la necessità di strumenti contrattuali che permettano di generare maggiore sicurezza tra le parti (come succede, per esempio, con modalità contrattuali come il contratto quadro). Lo spostamento dalla proprietà al accesso come nucleo dell'economia non avviene solo

---

<sup>64</sup> Ricordiamo che la proposta della Direttiva 634/2015 regola i fondamenti base del contratto chiamato "fornitura" di contenuti digitali.

<sup>65</sup> Sulla configurazione e funzionamento della "*Network Society*", CASTELLS (2000).

---

per la maggior offerta, in questo senso, per quanto riguarda i contratti informatici<sup>66</sup> (es. licenza di un di *software* invece di “compravendita” di *software*), ma anche degli interessi dei consumatori (RIFKIN, 2000, 16), che non sarebbero più interessati a diventare proprietari, ma a “vivere esperienze”<sup>67</sup>, diciamo, nel poter sfruttare l’uso o accedere al contenuto concreto in ogni momento.

L’ascesa dell’accesso a scapito della proprietà ha luogo con particolare forza con i nuovi prodotti scaturiti dalla Rivoluzione Digitale: i così chiamati “contenuti digitali”. Fatto salvo di analizzare nel dettaglio l’evoluzione normativa per questi innovativi concetti giuridici, possiamo intendere per contenuti digitali i “dati prodotti e forniti in formato digitale” (art. 2.11, Direttiva 2011/83/UE), come programmi informatici, video, audio, documenti di testo, videogiochi ecc. In altre parole, la maggior parte degli oggetti di traffico giuridico scaturiti dalla Rivoluzione Informatica e la Rivoluzione Digitale. La ragione dell’ascesa dell’accesso rispetto alla proprietà come base della nuova economia ha a che fare con la velocità con la quale questa funziona. Non solo possiamo comunicare “in tempo reale”, ma anche che in tempo reale i prodotti che arrivano oggi sul mercato diventano obsoleti. L’obsolescenza programmata non è programmata solo per alcuni anni, ma, a volte, per mesi, settimane, giorni e anche ore (nel caso dei beni esperienziali, come ad esempio video o canzoni, non interessa nemmeno più scaricarli; basta poterli vedere una sola volta, per il tempo che durano). In tale contesto, sembra ragionevole il crescente disinteresse dei consumatori che diventano proprietari di contenuti digitali.

L’accesso come base è importante anche in relazione al cosiddetto divario digitale o la separazione esistente tra chi può usare le TIC e chi no; in altre parole, coloro che possono “accedere” al cyberspazio e chi no (RIFKIN, 2000, 25; SALVAT MARTINREY y SERRANO MARÍN, 2011, 76-78). Ciò che conta, quindi, è accedere a quanti più posti del cyberspazio. Al consumatore digitale non interessa tanto essere proprietario di un film, quanto poter “entrare” nella “sala cinema” che lo proietta nel cyberspazio quante volte vuole. Nel cyberspazio è più

---

<sup>66</sup> Per contratti informatici si intendono quelli il quale obiettivo di traffico è un bene o un servizio informatico, a differenza dei contratti elettronici, dove l’“elemento TIC” consiste nel mezzo di comunicazione tra le parti contraenti indipendentemente dall’oggetto del traffico giuridico.

<sup>67</sup> RIFKIN (2000, 18) afferma che sta cominciando la transizione all’“economia di esperienza”.

---

importante accedere e condividere (esperienze, informazioni, conoscenze) che possedere o essere proprietari. Siamo, quindi, anche di fronte a una transizione delle aspettative contrattuali dei consumatori nella misura in cui l'abbondanza dei prodotti e il loro rapido invecchiamento (obsolescenza programmata) fanno diminuire l'attenzione del consumatore su ognuno di questi, facendo in modo che interessi più "accedere" allo spazio del quale si fruisce che essere proprietari di tutto quanto. Si potrebbe dire che la transizione dalla proprietà all'accesso come base dell'economia tenderà ad essere come una transizione a "economia di velocità" (fruita in tempo reale, accelerato, di vari contenuti alla volta) dalle egemoniche "economie di scala", basate sull'accumulo e dove la proprietà ha un senso.

Il passaggio verso l'"economia dell'accesso" o della velocità non influenza solo gli interessi dei consumatori, ma anche quelli delle imprese. Proliferano spazi di "co-working", forse una delle conseguenze della Rivoluzione Digitale che meglio definiscono la forma grafica della *Network Society* della quale parla CASTELLS<sup>68</sup>. Ugualmente, è sempre meno lo stock di prodotti immagazzinati dalle imprese di distribuzione o al dettaglio, confidando nel buono e rapido funzionamento della rete (un esempio illustrato è la distribuzione su grande scala di insalate e germogli teneri di verdura, la cui vita breve non permette un grande stoccaggio). Tutto ciò può riassumersi nella seguente riflessione di DAVIS e MAYER (1998, 182): "il capitale considerato come un inventario delle capacità deve essere regolato dal capitale all'istante inteso come accesso all'uso delle capacità"<sup>69</sup>.

Tale passaggio all'"economia dell'accesso", tuttavia, è apparente o, almeno, parziale. La proprietà non sparisce, sebbene sia meno visibile nel panorama del traffico giuridico nell'ambiente virtuale. Un programma informatico solitamente si

---

<sup>68</sup> RIFKIN (2000, 50) collega ugualmente il cambiamento dal "modello di ufficio" con la *Network Society* e l'economia dell'accesso: "Negli uffici stanno scomparendo gli spazi privati. L'idea di uffici industriali con pareti che separano un collega dall'altro si adattano bene alla forma gerarchica delle corporate. In un ambiente virtuale, al contrario, lo spazio privato sembra sostituito da quello sociale. I team di progetto che lavorano insieme, condividendo sempre le informazioni, le conoscenze e le capacità hanno bisogno di spazi aperti che stimolino la comunicazione faccia a faccia. Nella nuova disposizione degli uffici, avere uno spazio privato e la capacità di escludere gli altri sono un anatema per i fini aziendali. Nell'era dell'accesso si ha la possibilità di avere accesso immediato e illimitato con gli altri colleghi".

<sup>69</sup> Cit. per RIFKIN (2000, 64).

---

commercializza (e soprattutto, se il contratto si produce interamente nell'ambiente virtuale, diciamo, se non esiste la copia fisica della transizione, ma si scarica) con contratti detti "di licenza d'uso *software*". Quando compriamo un libro in formato fisico, celebriamo un contratto di compravendita, non un "contratto di licenza d'uso del romanzo". Gli sviluppatori del *software*, o l'impresa per il quale lavorano (rispettivamente artt. 10 e 53 TRLPI), sono titolari dello stesso, come così l'autore del libro (sia commercializzato in formato fisico che elettronico), di un videogioco, di una canzone, ecc. Pertanto, non sembra così discutibile l'affermazione che le economie di scala (basate sull'accumulo del capitale) abbiano lasciato posto alle economie dell'accesso, o almeno non del tutto. Dal punto di vista del consumatore, è vero che questi si interessa sempre di più (e che le imprese, soprattutto quelle tecnologiche, lo incentivano) all'accesso o sull'uso dei cosiddetti "contenuti digitali". Però, dal punto di vista dei titolari dei diritti, è ancora pienamente in vigore un sistema di economia di scala, oggi basato sull'accumulo della titolarità dei diritti di proprietà intellettuale o brevetti oppure entrambi (ex art. 104 TRLPI). La differenza è che questo accumulo di ricchezza non circola verso il consumatore digitale, che subisce un impoverimento rispetto al consumatore di prodotti fisici, nella misura in cui debba accontentarsi di accedere ai nuovi prodotti, dei quali non diventerà mai proprietario.

In questo modo, i cosiddetti "contenuti digitali" rimangono legalmente affossati in una sorta di risurrezione della proprietà in mani incuranti, versione "digitale", allora la proprietà continua ad esistere in tutte le sue forme, anche se è sempre meno probabile che sia oggetto di interscambio e questo perché risulta più attraente la possibilità di accesso (economia di velocità, a breve termine) che di proprietà (economie di scala, lungo termine). Se l'informazione è la principale risorsa dell'economia digitale (SARTOR, 2012, 2) dovuto, tra gli altri fattori, al fatto che il web consente l'accesso immediato a quasi tutti i tipi di dati rompendo le barriere spazio-temporali del mondo fisico (SHAPIRO e VARIAN, 2000, 8), e nella nuova economia si migliora l'accesso come asse in detrimento della proprietà che, nonostante continui ad esistere, è sempre meno visibile (RIFKIN, 2000, 85), la forza che definisce la nuova economia rimarrà affossata, il che ci porta a chiederci se non produrremo una sorta di "refeudalizzazione della società" in termini di economia

---

digitale e società dell'informazione nella misura in cui è sempre più difficile ergersi a titolare di un "dominio assoluto" sulle nuove "ricchezze digitali"<sup>70</sup>. Questa riconcentrazione della proprietà (soprattutto quella riferita alla ricchezza scaturita dalla Rivoluzione Digitale) in poche e potenti mani provocherà (e sta provocando di fatto) un pericoloso impoverimento del consumatore, diminuendo il suo potere di proprietà rispetto a quello che ha nel contesto non digitale. Nel 1997 l'Iniziativa europea del commercio elettronico avvertì il rischio della "comparsa di una nuova classe sociale di espropriati e auto-emarginati composta da coloro che non hanno accesso all'informazione e nemmeno la vogliono" RIFKIN (2000, 105), da parte sua, metteva in guardia contro questi pericoli nei seguenti termini:

“Il controllo sui beni immateriali e sulle diverse forme di proprietà intellettuale da alle multinazionali i mezzi per creare potenti reti fornitore-utente e concentrare ancora di più il potere economico con forme completamente nuove. Il cambiamento nei mercati compratore-venditore e la loro sostituzione con fornitore-utente, allo stesso tempo in cui la proprietà ampiamente distribuita si vede sostituita dall'accesso a breve termine al capitale, ai beni e ai servizi, tutto ciò provoca la comparsa di numerosi e preoccupanti problemi economici e sociali.

(...)

Allo stesso modo, come sottolineato da un numero sempre più alto di analisti, Shulman suggerisce che «è necessario revitalizzare la nostra nozione di legge antimonopolista e impedire esplicitamente i monopoli sull'infrastruttura, monopoli che rappresentano la concentrazione di potere più pericolosa che abbiamo mai visto».

---

<sup>70</sup> Cfr. RIFKIN (2000, 113), il quale descrive il funzionamento della proprietà nella società feudale nei seguenti termini: "nessuno poteva rivendicare la proprietà di una terra; tutti avevano un certo diritto su di essa, poiché il re agiva attraverso i fittavoli e i sub fittavoli fino al contadino che la coltivava, ma nessuno aveva il possesso di questa terra".

Qualsiasi utente, accedente, licenziatario d'uso, titolare di diritti, sviluppatore di un programma informatico o qualsiasi altra realtà che fa parte dei cosiddetti "contenuti digitali" può oggi considerarsi titolare di un "dominio assoluto" di questi?

---

MAESTRI (2015, 90-91) illustra perfettamente l'impoverimento del potere di proprietà del consumatore digitale con un esempio quotidiano come l'acquisto di un libro prima e dopo l' "Era di internet":

“prima dell'arrivo di internet, quando ancora si poteva parlare di equivalenza e simmetria tra le proprietà materiali e intellettuali, se si acquistava un libro, si poteva leggere più volte, lo si poteva prestare o fare quello che si voleva.

Il titolare dei diritti di autore non avrebbe avuto modo alcuno di opporsi ad un uso secondario del suo libro<sup>71</sup>.

Oggi, lo stesso libro in formato e-book è regolamentato in modi diversi.

Se il titolare dei diritti d'autore dice che possiamo leggere il libro una sola volta, la legge lo aiuta e permette l'applicazione di questo livello di controllo.”

Può sembrare che l'esempio scelto non sia sufficientemente rappresentativo, che non ci permetta di verificare se effettivamente il consumatore di prodotti digitali è più povero che il consumatore di prodotti fisici. Tuttavia, con questo esempio, possiamo provare che se il centro dell'interesse del consumatore passa dall' "avere" all'"accedere", chi ha e fornisce l'accesso diventa "detentore eterno", mentre il consumatore non cesserà mai di essere eterno precario, richiedente l'accesso a beni di cui non sarà mai il proprietario. Economicamente, ovviamente, i libri elettronici non hanno avuto tutto il successo previsto e la vendita di libri fisici non è diminuito quanto anticipato. Cosa penseremmo se, invece di un libro, parlassimo di programmi informatici? Esiste un rischio di impoverimento del consumatore di programmi informatici o altri contenuti digitali che non abbiano una fisicità come nel caso dei libri? Esiste il rischio che il suddetto impoverimento finisca per consolidarsi nella cosiddetta "economia di accesso" (abbiamo visto che si tratta solo dell'accesso del consumatore, non per i "fornitori", che sono proprietari come nelle economie di scala, ma senza cessare di esserlo non vendendo, ma dando solo "accessi") nella

---

<sup>71</sup> Ora non si può nemmeno in virtù del cosiddetto "Esaurimento del diritto di distribuzione" che discuteremo qui di seguito.

---

normativa giuridica di carattere europeo? Possiamo trovare la risposta nella famosa STJUE *UsedSoft v. Oracle*, del 3 luglio 2012.

La STJUE del 3 luglio 2012 deriva da un confronto tra l'azienda americana Oracle, che si occupa dello sviluppo e la distribuzione di programmi informatici, e quella tedesca UsedSoft, che si occupa della distribuzione di *software* di “seconda mano”<sup>72</sup>. Nei contratti di licenza d’uso di *software* di Oracle figura la seguente clausola: “con il pagamento dei servizi, esclusivamente per le sue attività professionali interne, avrà il diritto di uso indefinito, non esclusivo, non trasferibile e gratuito per tutti quei prodotti e servizi che Oracle sviluppa e cede in base al presente contratto”. Tale contratto di licenza d’uso, pur essendo una licenza d’uso indefinito, per Oracle non è qualificabile come “vendita”. In altre parole, per quanto Oracle firmi “n” contratti di licenza d’uso di tale *software* o di qualsiasi delle possibili copie, manterrà la proprietà del *software* (di questo parleremo più avanti).

UsedSoft acquisisce licenze d’uso del *software* da licenziatari di Oracle e nel 2005 offre promozioni “rivendendo” queste licenze di “seconda mano”. Per tale ragione, Oracle chiama in giudizio UsedSoft davanti alla corte tedesca. Oracle basa la sua argomentazione sulla non trasmissibilità del diritto d’uso del *software*, come specificato nella clausola che abbiamo appena trascritto. Sebbene, in prima istanza l’appello di Oracle riceva risposta affermativa, il ricorso al Tribunale d’appello fa sorgere dubbi al TJUE sulla cessazione del diritto di distribuzione quando si tratta di opere di proprietà intellettuale trasmesse online, come in questo caso (quello che oggi conosciamo come “fornitura di contenuti digitali”). Tra le questioni sollevate alla CJEU, ci interessa evidenziare l'ultima:

“Chiunque abbia acquistato una licenza informatica “di seconda mano” può appellarsi anche al fatto che, ai sensi degli articoli 5, paragrafo 1 e 4, paragrafo 2, la parte iniziale della frase della direttiva 2009/24, l'esaurimento del diritto di distribuzione della copia del programma informatico effettuata dal primo

---

<sup>72</sup> Nel sito web si trova la seguente formula: “*Software* usato? Fino al 30% scontato! A differenza di quasi tutti gli altri prodotti, il *software* non si consuma. Gli acquirenti di *software* usato ricevono esattamente lo stesso prodotto del primo acquirente: a condizioni più vantaggiose. Perché spendere di più per qualcosa che si può trovare a Ud. a un prezzo molto più basso?”. Potete consultare il seguente sito: <https://www.usedsoft.com/es/>.

---

acquirente tramite scaricamento del programma da internet su un supporto dati, con l'autorizzazione del titolare del diritto di fare una copia del programma come "legittimo acquirente" quando il primo acquirente ha cancellato la copia del programma o non la utilizza più?".

La cessazione del diritto di distribuzione può entrare in atto una volta che si è fatta all'interno della UE la prima "vendita" di un esemplare di un'opera di proprietà intellettuale da parte del titolare dei diritti d'autore o con il suo consenso<sup>73</sup>. Pertanto, in primo luogo, si dovrà determinare se la relazione tra Oracle e UsedSoft sia qualificabile come "compravendita" (Cons. 38). Oracle ricorda al TJUE che quelli fatti sono "contratti di licenza d'uso" di programmi informatici di carattere indefinito, non esclusivo e non trasmissibile, e che la messa a disposizione delle copie dei programmi informatici non implica il trasferimento dei diritti di proprietà alle suddette copie. Come vediamo, questo argomento si concretizza in un caso attuale e la cui importanza economica non sembra discutibile la riflessione che abbiamo fatto in precedenza sul possesso (o almeno il tentativo in questo caso) della proprietà da parte degli allora cosiddetti "fornitori di contenuti digitali". Non si tratta, quindi, che la proprietà abbia perso importanza, ma che stia perdendo la capacità di circolazione nella misura in cui le licenze di accesso o utilizzo vengono trasmesse a copie di programmi informatici, ma non la proprietà di tali copie.

In opposizione alla posizione di Oracle, il TJUE considera che: (1) lo scaricamento di una copia di un programma e il contratto di licenza d'uso formano un tutt'uno inscindibile nella misura in cui non serve scaricare le suddette copie se non possono essere utilizzate (Cons. 44); (2) la finalità della messa a disposizione di una copia di un programma e il corrispondente contratto di licenza d'uso risiede nel fatto che il licenziatario possa utilizzare la copia in modo permanente in cambio del pagamento di un prezzo che permetta al titolare dei diritti di ottenere una remunerazione (Cons. 45); e che, pertanto, tutte queste operazioni giuridiche implicano il trasferimento dei diritti di proprietà della copia (o "esemplare", per usare il termine associato alla vendita del libro) del programma (Cons. 46). In ultimo, risulta irrilevante che la copia del programma sia stata messa a disposizione

---

<sup>73</sup> Per quanto riguarda i programmi informatici, ricorda la STIJUE del 3 luglio 2012 al Cons. 36.



---

del cliente tramite scaricamento o su un supporto fisico, poiché in entrambi i casi si starebbe trasferendo il diritto di proprietà della copia (Cons. 47) e che l'articolo 4.2 della Direttiva 2009/24 non fa alcuna differenza tra la forma materiale o immateriale della copia in oggetto (Cons. 55 e 59), deducendo “chiaramente la volontà del legislatore dell'Unione di accogliere, ai fini della tutela prevista dalla Direttiva 2009/24, le copie materiali e immateriali di un programma informatico” (Cons. 58).

Il TJEU, pertanto, per la distribuzione di programmi informatici applica il principio di equivalenza funzionale (*vid. infra*), sia che siano in formato fisico, sia digitale; e ritiene che, ai fini degli effetti del principio di esaurimento del diritto di distribuzione, i contratti di vendita, ovvero contratti in base ai quali una persona trasferisce ad un'altra i diritti di proprietà di un bene materiale o immateriale che le appartengono in cambio di un prezzo (articolo 42). Questa accertata equivalenza funzionale ha diversi limiti alla sua applicazione pratica. In primo luogo, è vincolante solo rispetto ai casi come quello risolto e rispetto al principio di esaurimento del diritto di distribuzione, salvo i casi in cui il criterio possa essere accertato (almeno questo è il nostro punto di vista) nei casi analoghi. D'altra parte, abbiamo potuto vedere come Oracle cercò di far valere (legittimamente, questo senza dubbio) la proliferazione di neologismi contrattuali nell'economia digitale per mantenere la proprietà (ristagno della proprietà di nuove ricchezze derivanti da rivoluzioni Informatiche e Digitali).

C'è chi condivide la concezione limitante del principio di esaurimento del diritto di distribuzione e sostiene l'applicazione della sentenza esclusivamente ai contratti di programmi informatici (MINERO ALEJANDRE, 2016, 505)<sup>74</sup>. Inoltre, la giurisprudenza sia spagnola che europea che dal 2012 si è occupata del principio di esaurimento del diritto di distribuzione è stata particolarmente attenta a non

---

<sup>74</sup> L'autrice ritiene che il criterio stabilito da STJUE il 3 luglio 2012 non debba essere esteso a opere di proprietà intellettuale che non siano programmi informatici: “tale opinione non si basa sulla specificità dei programmi informatici e sulle normative che li tutelano, il che, per lo meno a priori, impedisce un'interpretazione più ampia del principio di esaurimento del diritto di distribuzione e sembra che permetta di mantenere l'interpretazione tradizionale del concetto di vendita, associato all'esistenza del trasferimento di una copia dell'opera su un supporto fisico, per il resto delle opere diverse dai programmi informatici, protetti da copyright”. In merito alle diverse posizioni relative alla applicazione restrittiva o ampia della STJUE del 3 giugno del 2012, CÁMARA LAPUENTE (2014, 100-101).

---

estendere il criterio della STJUE del 3 luglio 2012 oltre i termini della propria sentenza. Così anche per la STS del 1 giugno 2016 (RJ 2328) o per la STJUE del 12 ottobre 2016 (C-166/2015). Nel primo caso, possiamo osservare un'attenzione scrupolosa per il contenuto della STJUE del 3 luglio 2012, in modo tale da applicarla ai casi come quello citato (d'altra parte, giusta, in quanto è limitata all'esecuzione di un mandato giuridico espresso). Nella STJUE del 12 ottobre 2016, al contrario, il TJUE dà un'interpretazione che contraddice parzialmente il criterio del 2012, limitando la possibilità di vendita di copie di programmi informatici in formato fisico rifacendosi al principio di esaurimento nel caso in cui le copie vendute siano originali.

Il caso della STS del 1 giugno 2016 scaturisce da un contratto di licenza d'uso di un programma informatico di carattere indefinito pattuito tra Microsoft e Isatur Servicios. Isatur, in qualità di "licenziataria" sigla un contratto di noleggio dei suddetti programmi con Bitta Comunicación, che a sua volta li mette a disposizione delle società del suo gruppo. Microsoft sporge denuncia per violazione dell'articolo 99 TRLPI in quanto titolare dei diritti d'uso. Bitta, dal conto suo, si oppone sostenendo, tra altri motivi, che l'uso dei programmi rispetta il principio di esaurimento del diritto di distribuzione come interpretata dal STJUE del 3 luglio 2012 poiché sono decaduti i diritti di distribuzione di Microsoft subito dopo la prima vendita nello spazio UE *ex art. 4 Direttiva 2009/24/CE e art. 99 TRLPI*. Sia il Tribunale Commerciale di Gijón, sia la Corte provinciale di Oviedo e successivamente il Tribunale Supremo sono a favore di Microsoft. È interessante citare l'argomentazione del Tribunale e della Corte che è stata superata dalla nuova interpretazione della TJUE. Entrambi gli organi adottano un criterio restrittivo del principio di esaurimento del diritto di distribuzione "in quanto non è possibile confondere gli effetti limitanti che derivano dall'ottenimento della licenza d'uso, come descritti nell'art. 99.c), secondo paragrafo, con quelli della vendita o di altro titolo di trasmissione della proprietà poiché è un presupposto normativo richiesto per la decadenza del diritto d'autore (FJ 1, precedenti del caso, punto 7). Tale interpretazione restrittiva sembrerebbe ragionevole considerando il confronto che l'art. 99 TRLPI stesso fa dei termini "cessione di diritto d'uso" e "prima vendita", in modo che un'interpretazione letterale del precetto potrebbe far intendere che il

---

contratto di licenza d'uso e il contratto di compravendita di programmi informatici siano diversi. In seguito alla STJUE del 3 luglio 2012, tuttavia, non è possibile sostenere tale criterio quando si tratta di licenze d'uso non limitate nel tempo (equiparate quindi a un contratto di vendita con effetto di decadenza). Le ragioni per le quali il TS, infine, si pronuncia a favore di Microsoft sono altre: da un lato, tra le facoltà di cui dispone l'acquirente di una copia di un programma informatico non c'è l'affitto, perché espressamente escluso. Dall'altro lato, Isatur non aveva utilizzato le copie in suo possesso dopo aver affittato a Bitta il programma, essendo questo un requisito essenziale per rendere applicabile il del principio di esaurimento nei casi come quello in questione (STJUE del 3 luglio 2012, Cons. 70).

La STJUE, da parte sua, dal 16 ottobre 2016 risolve le questioni pregiudiziali sollevate nella causa contro Ranks e Vasiļevičs. Tra il 28 dicembre 2001 e il 22 dicembre 2004, questi signori vendettero programmi informatici editi da Microsoft Corp in un mercato informatico. Sebbene non sia possibile determinare il numero di copie vendute o l'importo esatto dei profitti, furono dichiarati colpevoli di un reato di vendita illegale tramite associazione illecita di oggetti protetti da copyright sia in prima istanza sia davanti alla Corte Penale regionale di Riga. Il Senato del Tribunale Supremo lettone, tuttavia, annullò tutta la sentenza rinviando la questione al Tribunale d'Appello perché lo esaminasse, momento nel quale sono stati sollevati alcuni quesiti pregiudiziali in relazione ai poteri dell'acquirente di una licenza di programma informatico, vale a dire che si può applicare il principio di esaurimento qualora il supporto in cui il programma è "rivenduto" non sia l'originale, perché il suddetto supporto originale è stato danneggiato (Cons. 25). Richiamano l'attenzione sulle continue allusioni da parte del TJUE per la realizzazione di una copia illecita (Conss. 46 e 47 in particolare). Se, come dice il TJUE: “nulla ci permette di supporre che (le copie) siano state acquistate e scaricate inizialmente dal sito internet del titolare del diritto” (Cons. 51) sarebbe stato sufficiente rispondere alle domande pregiudiziali sostenendo che la persona che si appella al principio di esaurimento deve essere un acquirente legittimo e che non sia una persona che non ha ottenuto le copie legalmente. Il TJUE, tuttavia, si concentra sul rispondere alle questioni pregiudiziali che aveva formulato in precedenza e afferma che “anche se l'acquirente iniziale della copia di un programma informatico accompagnato da una licenza d'uso

---

illimitata ha diritto a rivendere questa copia usata e la sua licenza ad un sub-acquirente, invece, quando il supporto fisico di origine della copia inizialmente consegnata è danneggiata, distrutta o smarrita, non può fornire a questo subacquirente la sua copia di protezione di questo programma senza l'autorizzazione del titolare del diritto” (Cons. 57; vid. anche Cons. 44). Questo criterio risulta contraddittorio rispetto al STJUE del 3 luglio 2012, nel quale il TJUE considera il contratto di licenza d’uso del *software* a tempo illimitato analogo alla compravendita per non privare il principio di esaurimento di effetti nel contesto dell’economia digitale; a condizione che l'acquirente originale non utilizzi tutte le copie in suo possesso al momento della rivendita. Se esiste, come segnala il TJUE nel 2012 (Conss. 70 e 78) un’equivalenza funzionale totale tra la copia fisica e la copia informatica del programma informatico, la situazione giuridica di un acquirente di una copia di un programma informatico su un supporto fisico o su supporto informatico sono equivalenti (cfr. Cons. 52 STJUE del 12 ottobre 2016). Tuttavia, siamo di fronte a due risposte diverse riferite al formato in cui è stato commercializzato il programma informatico: se è in formato elettronico, ci si potrà appellare al principio di esaurimento del diritto di distribuzione secondo il criterio della *STJUE* del 3 luglio 2012; mentre se è in formato fisico, tale possibilità è ristretta al fatto che la copia oggetto di rivendita sia originale secondo la *STJUE* del 16 ottobre del 2016.

Tutto ciò come può dimostrare che la transizione (apparente) da un'economia di scala o ancorata a una economia di velocità o dell'accesso contribuisce all'impoverimento del consumatore digitale rispetto al consumatore di prodotti "non digitali"? La prima difficoltà che incontriamo è la terminologia contrattuale. Un contratto di licenza d’uso di un programma informatico permette di utilizzare il suddetto programma per un periodo (o per un tempo indeterminato) in cambio di un prezzo; mentre se lo stesso programma informatico venisse commercializzato attraverso la compravendita, il consumatore (o il cliente, poiché la nostra analisi non è limitata al diritto dei consumatori) poteva non solo usarla, ma anche alienarla, in quanto proprietario (art. 348 CC). La licenza d’uso non ha diritti reali, né trasmetterli (GÓMEZ PERALS, 2014,534). In questo senso, sembra ragionevole la posizione difesa da Oracle, in opposizione alla considerazione come compravendita

---

dei contratti di licenza d'uso che stipula. Il TJUE, tuttavia stabilisce un'equivalenza tra la vendita online di programmi informatici (anche se è chiamata "licenza d'uso", a condizione che sia di natura indeterminata) e la vendita di programmi informatici in formato fisico. Sarebbe quindi irrilevante che il programma informatico venga trasmesso tramite download o la consegna di un CD o DVD.

La ragione per cui a priori questa equivalenza produca singolarità è che l'archivio scaricato dal web del fornitore non ha la stessa "entità giuridica" del CD o DVD che funge da contenitore. Anche se in entrambi i casi abbiamo a che fare con la fornitura di contenuti digitali (CÁMARA LAPUENTE, 2014, 112), nel primo caso il file del *software* è un contenuto digitale, mentre nel secondo caso del CD o DVD è un bene mobile (Cons. 19 Direttiva 2011/83/UE). Il caso di programmi informatici come oggetto di rapporti giuridici è più difficile da percepire per la ragione appena spiegata. Tuttavia, non dobbiamo dimenticare che, legalmente, non esiste una grande differenza tra un programma informatico e un romanzo (*cf.* art. 10 TRLPI). Quando acquistiamo un libro stiamo acquistando, in realtà, una esemplare del "libro" scritto da un autore e i cui diritti di sfruttamento appartengono allo stesso autore o, nella maggior parte dei casi, all'editore a cui li ha venduti o ceduti. Se acquistiamo un programma informatico (nel senso del STJUE del 3 luglio 2012) stiamo comprando, in realtà, una esemplare, i cui diritti di sfruttamento appartengono all'azienda che lo vende e non "il programma" stesso, che continua ad appartenere alla suddetta società in quanto titolare dei diritti di sfruttamento e allo sviluppatore in quanto titolare di diritti morali (art. 14 TRLPI). Questa affermazione è altrettanto vera se si tratta di un download tramite il web della società che ha sviluppato o commercializza il programma che se si acquistasse comprando una copia fisica di esso. Accettato questo, non sarebbe necessario parlare di "accordo di licenza d'uso del *software*" per necessità in assenza di una "alternativa contrattuale" valida; salvo che quello che si vuole veramente sia concludere un accordo di licenza d'uso. Tale necessità di cercare una terminologia contrattuale alternativa alla compravendita deriverebbe dalla mancata accettazione di ognuna delle copie di un programma per computer che siano oggetto di licenza d'uso o di contratto di accesso sono equivalenti, parlando praticamente, a una novella. Un contratto di compravendita di *software* sarebbe, cioè, equivalente a tutti gli effetti alla

---

compravendita di un libro: in entrambi i casi si tratta di opere di proprietà intellettuale; e nessuno oserebbe difendere la tesi che chi “compra un libro” stia realmente acquisendo i diritti di sfruttamento dell’opera intesa come bene immateriale. Tenuto conto di ciò, appare ragionevole la posizione del TJUE che equipara il contratto di licenza d’uso del programma di computer alla compravendita (Cons.42).

Che tale posizione non sia circoscritta a qualcosa di aneddótico o applicabile esclusivamente al principio di esaurimento del diritto di distribuzione passa come se la logica del dualismo strutturale delle opere di proprietà intellettuale (*corpus mysticum/corpus mechanicum*) sia pienamente applicabile ai programmi di computer e il resto dei chiamati “contenuti digitali”, indipendentemente che si tratti di formato fisico o formato elettronico. A sua volta, ciò richiede l’esistenza di “copie ed esemplari” di un programma per computer, anche quando dette copie non siano su un supporto tangibile o fisico, ma informatico (beni informatici, che agiscono come contenitori o *corpus mechanicum* del programma nell’ambiente virtuale o cyberspazio). La costruzione giuridica di un concetto di beni informatici permetterebbe che “l’era dell’accesso” rimarrà circoscritta ad una moda economica (equiparabile, salvando le distanze, alla relazione tra affitto e vendita degli immobili), ma eviterei la cristallizzazione in una norma giuridica con la seguente collocazione di impoverimento del consumatore digitale nella misura in cui diminuiscono (quando non si eliminano) le possibilità di trasformarsi in “proprietari digitali”. Giuridicamente, devono rimanere aperte le due vie (proprietario e utente digitale), senza pregiudizio che ciò possa avere interessi economici ma optando per l’utente nel contesto dell’economia digitale. Ciò non sarà possibile, invece, se nell’economia digitale sono tutti servizi (RIFKIN, 2000, 107-136) o se il concetto giuridico di contenuti digitali mischia beni e servizi trattandoli come un tutt’uno (art. 2.1 PD 634/2015). Il Consiglio UE sembra essersi reso conto di ciò negli emendamenti presentati alla proposta dell’1 giugno del 2017.

---

## 2. La recepción jurídica de la revolución digital en la Unión Europea

### 2.1. La Ley modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico

El primer exponente de la recepción jurídica de la revolución de la electrónica lo constituye la Ley modelo de la CNUDMI/UNCITRAL sobre Comercio Electrónico de 1996 (LMCE). Destacan junto con la LMCE, la Ley modelo de Firma Electrónica (LMFE) y la Convención sobre utilización de comunicaciones electrónicas en los contratos internacionales. Prestaremos atención a la LMCE debido a su importancia de cara a nuestro objeto de estudio, sin perjuicio de aludir puntualmente a los demás textos en la medida en que resulten necesarios.

La Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional nace por resolución 2205 (XXI) de 17 de diciembre 1966 con el objetivo fundamental de facilitar el desarrollo del comercio internacional en tanto que factor clave para promover las relaciones de amistad entre los Estados y, por tanto, mantener la paz y la seguridad. El desarrollo del comercio internacional que persigue la CNUDMI busca ser lo más uniforme posible en la medida en que las divergencias fruto de las leyes de los distintos Estados suponen un obstáculo al desarrollo del comercio mundial<sup>75</sup>. Precisamente, la CNUDMI nace como consecuencia de la toma de conciencia por parte de las Naciones Unidas de cara a la reducción de “los obstáculos jurídicos con que tropieza la corriente del comercio internacional”.

Entre los instrumentos de que dispone la CNUDMI para el cumplimiento del objetivo antedicho se encuentran: (1) la posibilidad de coordinar la labor de las organizaciones que realizan actividades relacionadas con el comercio internacional y estimular la colaboración entre ellas; (2) fomentar una mayor participación en las convenciones internacionales y mayor aceptación de las leyes modelo y las leyes uniformes ya existentes; (3) preparar y fomentar la aprobación de nuevas

---

<sup>75</sup> Puede observarse que este argumento se repite sistemáticamente en cualquier documento donde se recoge una estrategia de política normativa a nivel internacional, sean las Naciones Unidas como es este caso o la Unión Europea, como ocurre en la IECE de 1997 o en la EMUDE de 2015.

---

convenciones, leyes modelo y leyes uniformes así como fomentar la codificación de las condiciones, costumbres y prácticas comerciales internacionales; (4) fomentar métodos y procedimientos para asegurar una interpretación y aplicación uniformes de las convenciones internacionales y las leyes uniformes; (5) reunir y difundir información sobre las legislaciones nacionales y su evolución jurídica; (6) colaborar con la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo así como con otros órganos y organismos especializados de la ONU que se ocupen del comercio internacional; (7) y cualquier otra medida que pudiera ser útil a sus fines.

De entre los instrumentos enumerados merece la pena destacar a los efectos de la LMCE la posibilidad de preparar y fomentar la aprobación de nuevas convenciones, leyes modelo y leyes uniformes que tengan que ver con el comercio internacional. Quizá el ejemplo más destacable de la labor de la CNUDMI en cuanto al desarrollo del comercio internacional a través de la preparación y fomento de Convenciones internacionales sobre la materia lo constituya la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa Internacional de Mercaderías (CISG, por sus siglas en inglés, United Nations Convention on Contracts for the International Sales of Goods) de la que actualmente forman parte 88 países, 3 de los cuales se adhirieron en 2017<sup>76</sup>. Sin embargo, no siempre es posible la máxima unificación normativa, que puede lograrse a través de una convención internacional. En estos casos parece preferible conseguir al menos una armonización u ofrecer una guía, un modelo, con que orientar a los países que pretendan implementar una determinada normativa en sus ordenamientos. En otras palabras, un modelo de ley, o “ley modelo”<sup>77</sup>. Debido a las dificultades para lograr una uniformidad en materia de comercio electrónico, materia por lo demás tremendamente novedosa en esos años, se optó por elaborar una ley

---

<sup>76</sup> Los últimos países en ratificar la CISG han sido Fiji (07/06/2017), Costa Rica (12/07/2017) y Camerún (11/10/2017). Información disponible en: [http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral\\_texts/sale\\_goods/1980CISG\\_status.html](http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/sale_goods/1980CISG_status.html)

<sup>77</sup> MADRID PARRA (2013, 304) recuerda las palabras de OLIVENCIA sobre las leyes modelo, afirmando que “constituyen una técnica indirecta de uniformidad. Carecen de valor normativo; no son leyes; más exacta que la expresión “ley modelo” sería la de “modelo de ley”, porque su texto tiene el valor de un ejemplo orientativo, destinado a los legisladores nacionales (...) carece, pues, de vigencia y de todo efecto jurídico; es un formulario, que ofrece a los legisladores un molde para facilitar su labor”. Esta actitud respecto de la recepción jurídica de la entonces Revolución de la Electrónica contrasta con la que inspira las últimas propuestas normativas de cara a la recepción jurídica de la Revolución Digital por parte de la Unión Europea, pues en unos casos son Reglamentos (necesitados de normas nacionales de adaptación) y en otros Directivas de armonización máxima.



---

modelo, con idea de favorecer así una progresiva armonización en la materia y evitar la rigidez que para algunos países podría suponer la adopción de una convención internacional.

La evolución de la tecnología auguraba ya la necesidad de una regulación lo más armonizada posible de los aspectos más importantes de la revolución de la electrónica. No es casualidad que fuese precisamente el comercio electrónico la materia en la que comenzaría a materializarse la recepción jurídica de esta primera fase de las revoluciones tecnológicas relacionadas con la informática, y ello por varias razones. La primera puede intuirse ya: existe una Comisión en las Naciones Unidas encargada específicamente de fomentar el desarrollo uniforme (en la medida de lo posible) del comercio internacional. Por otra parte, téngase presente que el principio de autonomía de la voluntad, que rige con carácter general en el Derecho privado, permitió una más rápida penetración del nuevo paradigma tecnológico en el sector privado; demandándose en la gran mayoría de ocasiones algunas normas generales que permitiesen la adaptación de las ya existentes al nuevo paradigma (MADRID PARRA, 2013, 300)<sup>78</sup>. Por último, medios de comunicación como internet<sup>79</sup> o el correo electrónico han contribuido desde sus inicios a un aumento del comercio internacional en la medida en que son capaces de poner en contacto a partes muy distantes entre sí físicamente. Se comprenderá, por todo ello, que por una parte fuese justamente el comercio electrónico uno de los primeros campos en que tendría lugar la recepción jurídica de la revolución de la electrónica y que, por otra, la CNUDMI haya tenido un éxito especialmente importante en el desarrollo del comercio electrónico (CASTELLANI, 2014, 43). La CNUDMI ha contribuido al fomento de un desarrollo armonizado del Derecho en este sector (lo cual es especialmente importante debido al desafío espacio-temporal que representa el

---

<sup>78</sup> Esta forma de proceder en cuanto a la recepción jurídica de una revolución tecnológica está siendo cuestionado actualmente en relación con la recepción jurídica de la revolución digital, entendiéndose que en esta ocasión se ha producido un punto de inflexión de importancia tal que justifica una construcción ex novo de normas en lo que respecta a los sectores más directamente afectados por la revolución digital (TWIGG-FLESNER, 2016, 43).

<sup>79</sup> Hablamos de internet como medio de comunicación en estos momentos porque no fue hasta algunos años más tarde cuando pudo empezar a hablarse de internet como ciberespacio. El comercio electrónico de entonces se servía de internet en tanto que medio de comunicación, no en tanto que entorno donde trabar relaciones.

---

ciberespacio)<sup>80</sup>, y ha sido una de las primeras instituciones en hacerlo, tanto a través del debate de cuestiones teóricas como a través del diseño de una metodología de trabajo (FINOCCHIARO, 2014, 64).

En 1991 la UNCITRAL comienza a plantearse la necesidad de trabajar sobre los problemas jurídicos del intercambio electrónico de datos. Así, desde el año siguiente comenzarían a debatirse en el Grupo de Trabajo sobre Pagos Internacionales las cuestiones jurídicas derivadas de la creciente utilización del EDI (Electronic Data Interchange). Hasta tal punto se dio importancia a esta materia, que el Grupo de Trabajo pasaría a llamarse al año siguiente Grupo de Trabajo sobre Intercambio Electrónico de Datos. En 1996 y tras cinco años durante los cuales se redactaron las distintas partes de la Ley, se decidió cambiar el título: de “Ley modelo sobre los aspectos jurídicos del Intercambio Electrónico de Datos (EDI) y otros medios conexos de comunicación de datos” a Ley modelo de Comercio Electrónico. De este modo se evitaba que pudiera asociarse el contenido de la Ley modelo a un número limitado de tecnologías como eran las preponderantes en el momento de su elaboración (principio de neutralidad tecnológica).

Pese a su título más amplio, la LMCE gira en torno al intercambio electrónico de datos, no en torno al propio comercio electrónico. Se entiende por dato desde una perspectiva informática, toda información dispuesta de manera adecuada para su tratamiento por una computadora<sup>81</sup>. Este aspecto es importante, si bien lo trataremos en profundidad más adelante: toda la información sita en el entorno virtual no tiene una cualidad sustancial que la diferencie de la información sita en el entorno físico (se trata de información en cualquier caso); sino que a una y otra las diferencia una cualidad accidental: la información en el entorno virtual está canalizada a través de datos informáticos (bits), gracias a lo cual es posible su tratamiento a través de equipos informáticos. Un mensaje de datos es, según el art. 2.a) LMCE, toda información generada, enviada, recibida, archivada o comunicada por medios electrónicos, ópticos o similares, como pudieran ser, entre otros, el intercambio

---

<sup>80</sup> *Vid. supra.*

<sup>81</sup> ZECH (2016, 53) recoge esta misma idea técnica de dato, entendiendo por tal la información codificada legible por la máquina. Para una visión más completa acerca de los datos, SARTOR (2012, 141-197).

---

electrónico de datos (EDI), el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax. El concepto jurídico de “mensaje de datos” es de carácter nuclear, como lo serán igualmente el de servicio de la sociedad de la información o contenido digital, pues delimita el ámbito de aplicación de la LMCE, cuya regulación gira en torno al mensaje de datos, no al comercio electrónico (al que no define).

En cualquier caso, si analizamos la lista ejemplificativa del artículo 2.a) LMCE, parece que nos encontramos en un contexto de web 1.0 donde el entorno virtual aún no es tal e internet es un medio de comunicación más, como puede verse en la Resolución 51/162, que precede al texto de la propia Ley modelo: “Observando que un número creciente de transacciones comerciales internacionales se realizan por medio del intercambio electrónico de datos y por otros medios de comunicación, habitualmente conocidos como “comercio electrónico”, en los que se usan métodos de comunicación y almacenamiento de información sustitutivos de los que utilizan papel...”. En otras palabras, el propio comercio electrónico continúa teniendo lugar en un entorno físico (pues el virtual aún no puede decirse que exista), con la particularidad nada desdeñable de que los medios de transmisión de la información utilizados permiten un más rápido intercambio de datos (de ahí que se observe una mayor necesidad de regularlo), y continúa siendo de carácter bilateral. Podríamos decir que en este momento estamos aún frente a un comercio electrónico de carácter “epistolar” dado el intercambio de paquetes de información (normalmente a través de sistemas de intercambio de datos o de correo electrónico), frente al actual comercio electrónico que, similitudes técnicas aparte (sin perjuicio de los evidentes avances tecnológicos), tiene lugar en el entorno virtual (comercio electrónico “ciberespacial”). Puede comprenderse mucho mejor si analizamos tres situaciones: compraventa de un producto a través de carta postal (*ad. ex*, tras recibir un formulario de suscripción en el buzón de casa), compraventa de un producto a través de correo electrónico y compraventa de un producto a través de una plataforma online (market place). Las dos primeras situaciones son de carácter bilateral, si bien la compraventa a través de correo electrónico puede calificarse de comercio electrónico atendiendo a los medios de comunicación utilizados por las partes. En cambio, la tercera puede explicarse acudiendo a una metáfora: las partes se encuentran, negocian y contratan en un espacio concreto del entorno virtual (la

---

plataforma online o market place) proporcionado por un tercero cuyo papel es justamente ese, proporcionar un espacio para la contratación online. No se trata solamente de que en esta última situación existan ya tres partes, sino que puede hablarse metafóricamente de un entorno. Internet ya no se utiliza sólo como medio de comunicación sino como espacio paralelo donde las personas pueden reunirse y trabar relaciones (personales, patrimoniales...).

Debemos advertir que el uso del correo en la contratación no implica necesariamente que tal situación sea susceptible de ser calificada como “comercio electrónico”, pues para que así sea deberá desarrollarse en el espacio de la Unión Europea y tener lugar entre un particular y un prestador de servicios de la sociedad de la información (Considerandos 18 y 39 de la Directiva 2000/31/CE<sup>82</sup>). En cualquier caso, durante esta primera etapa el comercio electrónico utiliza los nuevos instrumentos tecnológicos como “medios de comunicación” más que como “lugares” funcionalmente equivalentes a determinados espacios del mundo físico, como sí podría afirmarse que ocurre en la actualidad (ej, “tiendas” online, “sitios” web...). La consideración del ciberespacio como un lugar no debería interpretarse como un aval a favor de una suerte de “Ley de internet”<sup>83</sup>. Ahora bien, no por ello carece de importancia jurídica, pues si existe un nuevo entorno con características diferentes a las del entorno físico, existirán igualmente bienes propios de ese entorno que compartan sus características.

---

<sup>82</sup> Según el Cons. 18 de la Directiva 2000/31/CE, “el uso del correo electrónico o, por ejemplo, sistemas equivalentes de comunicación entre individuos, por parte de personas físicas que actúan fuera de su profesión, negocio o actividad profesional, incluso cuando los usan para celebrar contratos entre sí, no constituyen un servicio de la sociedad de la información”.

Por su parte, el Cons. 39 establece que “las excepciones a las disposiciones relativas a los contratos electrónicos celebrados exclusivamente por correo electrónico o mediante comunicaciones individuales equivalentes previstas en la Directiva, en relación con la información exigida y la realización de un pedido, no deben tener como resultado permitir la elusión de dichas disposiciones por parte de los prestadores de servicios de la sociedad de la información”.

De la lectura conjunta de ambos, puede extraerse que no se considera contratación electrónica a los efectos de la Directiva 2000/31/CE (ni, por tanto, tampoco a los efectos de las normativas nacionales de transposición en virtud del principio de interpretación conforme al Derecho de la UE) la contratación entre particulares a través de correo electrónico al no gozar de ninguna especificidad respecto del régimen general de la contratación. Sin embargo, sí debe considerarse contratación electrónica la contratación a través de correo electrónico que tiene lugar entre un particular y un prestador de servicios de la sociedad de la información, pues así se desprende del Cons. 39 de la Directiva (PLAZA PENADÉS, 2003, 423).

<sup>83</sup> Sobre el particular, véase CALVO CARAVACA Y CARRASCOSA GONZÁLEZ (2003, 15-20).

---

Otra de las características que pueden definir a esta Ley modelo es su “voluntad aséptica”: no entra en el Derecho sustantivo aplicable a los contratos, ni habla de contratantes, comprador o vendedor<sup>84</sup>; sino que se limita a establecer reglas aplicables a la información basada en soporte diferente al papel, dejando las consecuencias jurídicas de cada caso en concreto a la relación jurídica de que se trate y el régimen jurídico sustantivo que le resulte aplicable. El centro de imputación normativa (núcleo centrípeto o receptor de normas) lo constituye la información transmitida a través de medios electrónicos en el contexto de actividades comerciales. El Derecho sustantivo de contratos, que sí podríamos entender como un núcleo generador de normas (centrífugo), queda al arbitrio de cada uno de los países en aras de no interferir en su soberanía, quedando solamente limitado al cumplimiento de determinadas reglas, no tanto por tratarse de una u otra categoría contractual, sino porque se den determinadas circunstancias como, en el caso de la LMCE, el empleo de medios electrónicos para la transmisión de la información. Este impulso de abordar una primera regulación a nivel internacional (o regional, por ejemplo, en el contexto de la UE) sobre un tema cuyo funcionamiento y consecuencias aún no son bien conocidos pero que precisa de una normativa urgentemente para evitar la anarquía en el nuevo sector parece haber motivado las nuevas propuestas de Directiva, de 9 de diciembre de 2015.

Quizás el aspecto más influyente de la LMCE haya sido que por primera vez se recogen una serie de principios que han resultado y resultan hoy de gran importancia en el entorno informático y no sólo cuando éste tiene que ver con el comercio electrónico: la no discriminación o equivalencia funcional, la no alteración del derecho preexistente y la neutralidad tecnológica (CASTELLANI, 2014, 44; FINOCCHIARO, 2014, 64). Trataremos más adelante estos principios, pues nos servirán de criterio para valorar si el desarrollo actual de la normativa europea en materia de mercado digital continúa respetándolos<sup>85</sup> o, en cambio, opta por la

---

<sup>84</sup> Espíritu que se repite en normativa ulterior como por ejemplo la Directiva 2011/83/UE (Cons. 19 respecto de la consideración del contrato de suministro de contenidos digitales).

<sup>85</sup> Según MADRID PARRA (2013, 314), cuyas palabras suscribimos plenamente en este sentido “el empleo de los medios electrónicos no requiere que, necesariamente y en todos los casos, se tenga que dictar una norma específica que afecte al régimen jurídico propio de la institución de que se trate.

---

postura defendida por algunos autores (TWIGG-FLESNER, 2016, 47-48), de “soltar lastre” y regular un nuevo fenómeno con nuevos términos y, en definitiva, un nuevo paradigma jurídico.

En el ámbito de la Unión Europea esta Ley ha servido de fuente de inspiración, si bien no se ha seguido de manera estricta ya que la atención del legislador europeo se ha centrado en la protección de los consumidores en el comercio electrónico a nivel europeo (CASTELLANI, 2014, 45). Aún a día de hoy puede observarse esta especial sensibilidad a la hora de desarrollar normas relativas al comercio electrónico. Baste mencionar la Directiva 2011/83/UE, único texto vigente hasta la fecha que hace referencia a los contenidos digitales y al contrato de suministro de contenidos digitales, titulada “sobre los derechos de los consumidores”. Por último, merece la pena destacar que, como ocurre con la propuesta 634/2015 o con la LSSICE, la mayor parte de su regulación gira en torno a un concepto jurídico novedoso definido en el propio texto. En este caso, el mensaje de datos.

## 2.2. La iniciativa europea en materia de comercio electrónico. El antecedente “1.0” de la EMUDE

La Unión Europea no ha sido ajena al enorme potencial de crecimiento económico que representa el comercio electrónico. En 1997 la Comisión presentó la Comunicación titulada Iniciativa europea de comercio electrónico (IECE). En este apartado pretendemos no sólo dar cuenta del contenido de esta primera estrategia a nivel europeo para afrontar los cambios tecnológicos derivados de las Revoluciones de la Informática, sino señalar sus múltiples semejanzas pese a los 18 años que la separan de la EMUDE. Si tenemos en cuenta que la revolución digital no es sino una “segunda escena” de las Revoluciones de la Informática, que comenzaron con la Revolución de la Electrónica en la segunda mitad del siglo XX, parece razonable que podamos identificar dos grandes “recepciones jurídicas”: aquella que pertenece a la Revolución de la Electrónica y que está capitaneada en el contexto internacional

---

Basta con que exista una norma de general aplicación que dé cobertura y proporcione certidumbre jurídica”.

---

por las Leyes Modelo de la UNCITRAL y en el contexto europeo por la IECE, y las Directivas 2000/31 y 1999/93 (sobre comercio y firma electrónicas); y la recepción jurídica de la Revolución Digital, cuyo eje en cuanto a estrategia política a nivel de la UE se encuentra en la EMUDE y de la que comenzamos a ver “frutos normativos” como el Reglamento Europeo de Protección de Datos, el Reglamento Europeo de Firma Electrónica, la Directiva 2011/83<sup>86</sup> o las propuestas de Directiva 634 y 635 /2015, entre otras muchas. Existe, sin embargo, una diferencia fundamental entre una y otra oleada de recepción jurídica al menos en el contexto europeo (más allá del diferente contexto tecnológico y, consecuentemente, la diferente respuesta jurídica), y es que mientras que la IECE aborda los retos del comercio electrónico desde una perspectiva generalista, la EMUDE está, en ciertos aspectos, muy centrada en la protección del consumidor en el mercado digital.

La IECE recoge por primera vez la distinción básica del comercio electrónico, diferenciando entre el comercio electrónico directo (“entrega de bienes intangibles”) y el comercio electrónico indirecto (“pedido electrónico de bienes tangibles”); y reconoce, en estas tempranas fechas, que el comercio electrónico está provocando profundos cambios estructurales y ofrece enormes posibilidades a consumidores y empresas de Europa, al tiempo que permite crear y mantener nuevos tipos de empleo (IECE, 1997, 10)<sup>87</sup>. Señala este documento que se hace necesario abordar un debate

---

<sup>86</sup> La gestación de estos textos e incluso su aprobación ha sido anterior a 2015, por lo que no puede afirmarse que formen parte de la EMUDE strictu sensu. Sin embargo, tampoco puede obviarse que estos textos así como las hasta ahora 35 propuestas normativas que se han elaborado en el marco de la EMUDE forman parte del mismo contexto de recepción jurídica de una revolución tecnológica: la revolución digital.

<sup>87</sup> Estas expectativas se renuevan en la EMUDE (2015, 2): “Creando un mercado único digital conectado, podemos generar (...) cientos de miles de puestos de trabajo, especialmente para los solicitantes de empleo más jóvenes, una pujante sociedad basada en el conocimiento”. Posteriormente, en la Comunicación relativa a la revisión intermedia de la EMUDE (MID-TERM, 2017, 17) podemos leer en un apartado titulado “Capacidades digitales y oportunidades para todos” lo siguiente: “La digitalización, como los avances tecnológicos precedentes, tendrá repercusiones en los mercados de trabajo: algunos empleos serán sustituidos, otros se crearán y muchos se verán transformados. Aunque por el momento es imposible calcular el impacto real, es obvio que una transformación digital tiene que estar facilitada y acompañada por políticas públicas. A lo largo de los últimos diez años, se han creado unos 2 millones de puestos de trabajo de especialistas informáticos en la UE, pero 4 de cada 10 empresas en Europa que necesitaron especialistas informáticos en 2015 declararon haber tenido dificultades para cubrir estas vacantes. El 90 % de los empleos exige ya al menos cierto nivel de capacidades digitales, y esas mismas capacidades son también cada vez más importantes para quienes quieren participar en actividades sociales y cívicas. Europa está mejorando

---

político para aprovechar el potencial del comercio electrónico, evitando la fragmentación normativa y desarrollando una adecuada red de infraestructuras que garanticen el envío de los paquetes solicitados por vía electrónica (IECE, 1997, 3-4; Cons. 17 CESL). La voluntad política y el camino a seguir que se recogen en este documento recuerdan a lo ya dicho respecto de la EMUDE; o, quizás, debamos expresarlo al revés: el contenido de la EMUDE recuerda al que ya se trazó en 1997. Las circunstancias hoy, sin embargo, son diferentes. Este documento fue redactado cuando el comercio electrónico era aún un sector emergente (IECE, 1997, 9), la web aún no había manifestado y desarrollado todo el potencial que hoy conocemos y el comercio electrónico tenía lugar fundamentalmente a través de intercambio de datos y envío de correo electrónico (comercio electrónico “epistolar”). Hoy el comercio electrónico no es un incipiente y prometedor sector, sino una realidad cotidiana cuya importancia económica está fuera de toda discusión y que no ha alcanzado aún su cénit; la web ya no es 1.0 sino 2.0<sup>88</sup>, crece el número de usuarios de internet y la contratación de conexiones de banda ancha, tanto entre usuarios como entre empresas<sup>89</sup>, las redes sociales, las conexiones de internet móvil... y el desarrollo del comercio electrónico en el entorno virtual (ej, plataformas de contratación online, economía colaborativa...) hacen que podamos hablar hoy de un cambio en el

---

sus capacidades digitales, pero el progreso es lento y hay variaciones significativas. En 2016, el 44 % de la población de la UE y el 37 % de su mano de obra tenían niveles insuficientes de capacidades digitales. Un dato preocupante es que casi la mitad de las empresas europeas sigue sin aplicar estrategias para actualizar las capacidades de su plantilla”.

<sup>88</sup> *Cfr.* DE RIVA (2016, 8-9): “El impacto económico de la revolución digital es de tal envergadura que incluso resulta difícil cuantificarlo. Sin la World Wide Web (WWW), por ejemplo, la globalización y la subcontratación no serían tan factibles como lo son hoy. La revolución digital ha cambiado radicalmente la forma en que los individuos y las empresas interactúan. Pequeñas compañías locales tienen acceso a mercados mucho más grandes. Conceptos como los servicios bajo demanda y la caída rápida de los costes de la tecnología hacen posible innovaciones en todos los aspectos de la industria y de la vida cotidiana. Después de las preocupaciones iniciales alrededor del impacto de las Tecnologías de la Información en la productividad, hoy hay pruebas irrefutables de que las tecnologías digitales han aumentado significativamente la productividad y el rendimiento de las empresas. Las economías avanzadas, efectivamente, han demostrado la correlación positiva entre Economía Digital y PIB. Según el World Economic Forum, un aumento de un 10% en el índice de digitalización de un país genera un incremento de un 0,75% en el PIB per capita y un descenso del 1,02% en la tasa de paro.”

<sup>89</sup> Entre 2010 y 2014 aumentó de un 86 a un 95% el promedio de empresas de países de la OCDE que contrataban conexión de banda ancha; y entre 2009 y 2014, de un 70 a un 76% el promedio de empresas con página web (OCDE, 2016, 152).



---

modelo de comercio electrónico: de un comercio electrónico epistolar hemos pasado a un comercio electrónico “ciberespacial”.

La estrategia normativa recogida en la IECE respecto del marco regulador del comercio electrónico se basa en tres principios: (1) regular sólo aquellos aspectos que fuesen estrictamente necesarios (respetando los principios de subsidiariedad – art. 5.3 TUE – y proporcionalidad – art. 5.4 TUE-), y (2) que la regulación se base en las libertades del mercado único europeo (libre circulación de personas, capitales, servicios y establecimiento) y (3) tenga en cuenta las realidades comerciales así como los intereses generales. Respecto del primero de los principios, sí puede observarse un cambio de política normativa en la UE si observamos la última normativa, tanto en vigor como proyectada: las antiguas Directivas de protección de datos y firma electrónica han dado lugar a Reglamentos, y propuestas de Directiva como las de 9 de diciembre de 2015, que son de armonización total. Parece razonable que si, como ya desde 1997 se reconocía, el comercio electrónico es un fenómeno global, se adopten decisiones normativas del mayor espectro posible. Llama la atención, sin embargo, la nueva fórmula de “armonización total” que se ha adoptado para algunas de las propuestas de Directiva. Si lo que se persigue es la “armonización total” (uniformidad, en otras palabras) de un determinado sector en la UE, ¿por qué no elegir un Reglamento?

Entre los retos que señalaba la Comisión en 1997 figuran la necesidad de reducir las tarifas de telecomunicaciones, crear una adecuada infraestructura de banda ancha, reducir las barreras arancelarias y no arancelarias a productos tecnológicos y fomentar la interoperabilidad, especialmente en sectores como los sistemas de pago o las “tecnologías seguras”. Sin embargo, destaca especialmente la intención de aprovechar el buen funcionamiento del mercado único europeo en el sector del comercio electrónico. Cabe recordar que el objetivo global de la EMUDE es la creación de un “Mercado Único Digital Europeo”, entendido como “aquél en el que la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales está garantizada y en el que las personas y empresas pueden acceder fácilmente a las actividades y ejercerlas en línea en condiciones de competencia, con un alto nivel de protección de los datos personales y de los consumidores, con independencia de su nacionalidad o lugar de residencia” (EMUDE, 2015, 3). En otras palabras, proyectar el mercado

---

interior europeo en el sector del comercio electrónico. ¿Quiere ello decir que los objetivos de entonces no se consiguieron y por esta razón se reiteran en la EMUDE? No lo parece, sin perjuicio de que, como reconoce la propia Comisión en la EMUDE, algunos de los objetivos recogidos entonces no se hayan logrado a día de hoy. Antes bien, podemos entender que el hecho de que hayamos efectuado la transición hacia un nuevo tipo de comercio electrónico ha motivado que las intenciones de la Comisión manifestadas hace veinte años se renueven ahora: mismo objetivo, pues, para un contexto tecnológico distinto. Podría verse esta circunstancia como otra confirmación de lo que ya afirmamos en el capítulo anterior: que la Revolución Digital no es sino una suerte de “segunda escena” de las Revoluciones de la Informática, que tuvo su primer acto como Revolución de la Electrónica, contexto en el que debe situarse la IECE de 1997 así como las Leyes Modelo de la UNCITRAL. En cualquier caso, llama la atención la enorme similitud en cuanto a los objetivos e incluso la manera de expresarlos entre la IECE y la EMUDE en relación con las expectativas de empleo (IECE, 1997, 10; EMUDE, 2015, 2), la necesidad de reforzar la confianza y la seguridad en el ciberespacio (IECE, 1997, 5; EMUDE, 2015, 4 y 14), o el potencial económico del cambio de paradigma tecnológico y la conveniencia de abordarlo desde un marco jurídico armonizado (IECE, 1997, 4 y 21<sup>90</sup>; EMUDE, 2015, 4 y 19<sup>91</sup>).

---

<sup>90</sup> “Si queremos que las empresas dedicadas al comercio electrónico aprovechen plenamente las ventajas del mercado único, es esencial evitar contradicciones en la normativa y garantizar un marco legal y reglamentario coherente para el comercio electrónico a nivel de la UE...” (IECE, 1997, 4)

“La elaboración de legislaciones divergentes no sólo es ineficaz dado el carácter transfronterizo del comercio electrónico sino que, además, puede llegar a fragmentar el mercado único e inhibir así el desarrollo del comercio electrónico en Europa.” (IECE, 1997, 21).

<sup>91</sup> “Las empresas se ven obstaculizadas por la fragmentación normativa y las barreras que les hacen más difícil ampliar y operar a través de las fronteras dentro del mercado interior.” (EMUDE, 2015, 19) (*cf.* Conss. 59-61 Directiva 2000/31/CE).

“Una de las razones por las que los consumidores y las empresas no participan más en el comercio electrónico transfronterizo se debe a que las normas aplicables a estas operaciones pueden ser complejas, poco claras y diferentes entre los Estados miembros. Disponer de 28 normativas contractuales nacionales de protección del consumidor distintas disuade a las empresas de participar en transacciones transfronterizas e impide que los consumidores se beneficien de ofertas más competitivas y de toda la gama de ofertas en línea.” (EMUDE, 2015, 4).

No podemos dejar de llamar la atención acerca de la similitud del propósito de una y otra estrategia político-normativa europea con uno de los objetivos que señala la Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 16 de diciembre de 1996 acerca del texto de la LMCE aprobado por la UNCITRAL (GUÍA LMCE, 1998, 2): “Convencida de que la elaboración de una ley modelo

---

La Comisión ofrece una definición sencilla y completa del comercio electrónico: “consiste en realizar electrónicamente transacciones comerciales”, está basada en el tratamiento y transmisión electrónica de datos (texto, imágenes, vídeo, etc) y comprende actividades como el “comercio electrónico de bienes y servicios, suministro en línea de contenidos digitales, transferencia electrónica de fondos, compraventa electrónica de acciones, conocimientos de embarque electrónicos, subastas, diseños y proyectos conjuntos, prestación de servicios en línea, contratación pública, comercialización directa al consumidor y servicios posventa”.

En 1997 el comercio electrónico ya comenzaba a efectuar la transición hacia lo que hoy conocemos, no ya sólo por utilizar redes abiertas en lugar de redes cerradas, sino porque también es en este año cuando nace Google, que revolucionaría el mundo de los buscadores de internet y contribuiría a hacer de la web lo que es hoy, un entorno paralelo virtual (cibespacio). El tránsito de redes cerradas a redes abiertas (internet) no es de una importancia menor, ya que contribuyó a la concepción de internet como un mercado (es decir, un entorno, un espacio), y no tanto como un mero medio de transmisión de información<sup>92</sup>, si bien internet no es

---

que facilite el uso del comercio electrónico y sea aceptable para Estados que tengan sistemas jurídicos, sociales y económicos diferentes podría contribuir de manera significativa al establecimiento de relaciones económicas internacionales armoniosas”.

Más adelante, la Guía para la incorporación al derecho interno de la LMCE se expresa en los siguientes términos, que recuerdan igualmente los objetivos que manifiestan perseguir tanto la IECE como la EMUDE (GUÍA LMCE, 1998, 16-17): “Los principios plasmados en el régimen de la Ley modelo ayudarán además a los usuarios del comercio electrónico a encontrar las soluciones contractuales requeridas para superar ciertos obstáculos jurídicos que dificulten ese empleo cada vez mayor del comercio electrónico (...) Si bien unos cuantos países han adoptado reglas especiales para regular determinados aspectos del comercio electrónico, se hace sentir en todas partes la ausencia de un régimen general del comercio electrónico (...) La diversidad de los regímenes internos aplicables a esas técnicas de comunicación y la incertidumbre a que dará lugar esa disparidad pueden contribuir a limitar el acceso de las empresas a los mercados internacionales.”

Debemos recordar, no obstante, que existen diferencias significativas entre la LMCE y la IECE y la EMUDE: mientras que la primera es un “modelo de ley” emanado de las Naciones Unidas con el que se pretende fomentar y favorecer el desarrollo normativo del comercio electrónico en el mundo, tanto la IECE como la EMUDE son estrategias políticas emanadas de la UE que pretenden diseñar un marco para la producción de normas vinculantes (Directivas y Reglamentos) en el marco de la Unión. La similitud, sin embargo, salta a la vista: existe un convencimiento generalizado cuya manifestación ha sido constante desde la década de los noventa acerca de la conveniencia (necesidad incluso) de acometer la recepción jurídica de un fenómeno transnacional como es el comercio electrónico a través de instrumentos normativos internacionales o que, al menos, contribuyan a favorecer la máxima armonización posible de las normativas nacionales al respecto.

<sup>92</sup> *Cfr.* comparativa que se ofrece en la IECE (1997, 8).

---

(ni entonces ni ahora) el único instrumento en que se apoya el comercio electrónico. Además de las importantes posibilidades que ofrecía el comercio electrónico indirecto, bancos y otras empresas comenzaban a operar a través de internet con éxito, aparecían los primeros agregadores de catálogos y el “comercio entre particulares” a través de la web (IECE, 1997, 8). A pesar de que la web era aún incipiente ya empezaba a ofrecer posibilidades de sustituir el hasta entonces comercio de masas por una oferta de bienes y servicios personalizada a pesar de estar orientada al gran público. Hoy esto es una realidad.

Entre las ventajas del comercio electrónico que anuncia la IECE se encuentran el incremento en el volumen de transacciones, la mayor eficacia empresarial, la reducción de costes y barreras de entrada, la mayor capacidad de elección del consumidor junto con el aumento de productos especializados, la bajada de precios, o el reducido tamaño de las empresas tecnológicas en cuanto a número de trabajadores en contraste con la gran rentabilidad que registran. Prueba de que la Revolución Digital no ha alcanzado aún la madurez es que estos índices continúan mejorando año tras año.

El tercer capítulo de la IECE se refiere a la creación de un marco regulador favorable para el desarrollo del comercio electrónico hacia el año 2000 (la Directiva 2000/31/CE es de 8 de junio de 2000), en el convencimiento de que, si bien la regulación vigente entonces había servido para los negocios de tipo tradicional, era necesario adaptarla al comercio electrónico para (1) generar confianza y (2) asegurar el acceso al mercado único. Para que el comercio electrónico pudiera desarrollarse la Comisión entendió necesario que tanto consumidores como empresas tuvieran confianza en que sus transacciones no serán interceptadas ni modificadas, que el comprador y el vendedor son quienes dicen ser y que los mecanismos de transacción son accesibles, legales y seguros. Para lograr estos objetivos debían superarse ciertos retos que en un contexto de transacciones transfronterizas son más delicados debido a la fragmentación normativa como: la inquietud respecto de la identidad<sup>93</sup> y

---

<sup>93</sup> La IECE reconoce que “las tecnologías seguras, como las firmas los certificados digitales, contribuyen en parte a paliar estos problemas. Las firmas digitales permiten la confirmación inequívoca de la identidad del remitente, y la autenticidad e integridad de los documentos electrónicos”. El 23 de julio de 2014 se publicó el Reglamento 910/2014, relativo a la identificación

---

solvencia de los suministradores, su localización física, la integridad de la información, la protección de la intimidad y los datos personales, el cumplimiento de contratos a distancia, las garantías de abono de los pagos, recursos en caso de error o estafa, o la protección frente a abusos de posición dominante. Llama la atención, también aquí, la similitud del contenido de la IECE y la EMUDE, tanto en las ventajas del comercio electrónico como en la propuesta de armonización normativa como solución a los retos que obstaculizan la consecución de dichas ventajas (*vid. supra*).

Un aspecto en el que la IECE hace particular hincapié es en fomentar la confianza de los consumidores en el comercio electrónico (aspecto sobre el que también incide la EMUDE), así como la necesidad de acostumbrar a la población en general (consumidores, empresas y Administraciones) al uso de las TIC. Además, alerta del riesgo de aparición de una “nueva clase social de desposeídos y automarginados formada por los que no tienen acceso a la información ni la quieren”,<sup>94</sup>.

Las diferencias fundamentales entre la IECE y la EMUDE son, como ya hemos dicho, por una parte la diferencia de método a la hora de la producción normativa (de la “intervención mínima” en lo imprescindible a través de normas europeas se ha pasado a la proliferación de Reglamentos y Directivas de “armonización total”<sup>95</sup>); y por otra que la segunda se centra fundamentalmente en la economía digital desde la perspectiva de la protección de los consumidores; lo cual, no se entiende demasiado bien si tenemos en cuenta que el 90% de las transacciones que tienen lugar en el comercio electrónico se efectúan entre empresas (OCDE, 2016, 21). Sin perjuicio de

---

electrónica y los servicios de confianza para las transacciones electrónicas en el mercado interior, que deroga la Directiva 1999/93/CE de firma electrónica. De nuevo, una muestra de que nos encontramos ante una “segunda recepción jurídica” de las Revoluciones de la Informática, coherente con el hecho de que la revolución digital es el “segundo acto” de las mismas.

<sup>94</sup> Recordemos la transición que desde entonces venimos efectuando de una economía basada en la propiedad a otra basada en el acceso, y los riesgos que esta segunda comporta (*vid. supra* las reflexiones de RIFKIN al respecto en el apdo. 1.5).

<sup>95</sup> No es este el lugar para analizar si se cumplen con estos nuevos métodos los principios de subsidiariedad y proporcionalidad. Ciertamente es, como venimos diciendo, que el comercio electrónico (y el ciberespacio en general) es un fenómeno que desafía la producción normativa anclada en la territorialidad (nacional) de las normas. Se trata, en cualquier caso, de una concepción más amplia que la de 1997 acerca de los objetivos que no pueden ser alcanzados de otro modo más que a través de normativa emanada de la UE, y de una normativa mucho más incisiva que la de entonces.

---

lo acertado o no del enfoque concreto de cada una de las normativas que se desarrollen en el marco de la EMUDE, si en cada una de las actividades de “mercado digital” que se regulen debe estar presente un consumidor, el comercio electrónico entre empresas quedaría huérfano de esta segunda oleada normativa y continuaría rigiéndose por la normativa que se ocupa de la recepción jurídica de la primera ola de las Revoluciones de la Informática (como es el caso de la Directiva 2000/31/CE), al menos en el contexto de la UE.

### 2.3. La Directiva 2000/31/CE, y su transposición a los ordenamientos español e italiano

La Directiva 2000/31/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior fue junto con la Directiva 1999/93/CE, de firma electrónica, uno de los primeros textos normativos que daban acogida en el contexto europeo a la Revolución de la Electrónica. Una y otra se enmarcan en la estrategia política europea de la IECE, que acabamos de examinar.

Puede observarse desde el primer considerando de la Directiva 2000/31/CE que es heredera de la IECE cuando declara que “el desarrollo de los servicios de la sociedad de la información en el espacio sin fronteras interiores es un medio esencial para eliminar las barreras que dividen a los pueblos europeos” y que “el mercado interior supone un espacio sin fronteras interiores, en el que la libre circulación de mercancías y servicios y la libertad de establecimiento están garantizadas”. Dicho de otro modo, con esta Directiva se pretende implementar la lógica del mercado interior europeo a la incipiente sociedad de la información y de este modo conseguir una Unión Europea más cohesionada a través, en este caso, de la regulación armonizada del comercio electrónico y determinadas cuestiones básicas de la sociedad de la información a nivel europeo. En los Considerandos 5, 6 y 7 encontramos un planteamiento que parece ya recurrente sin que ello le reste, sin embargo, importancia: el desarrollo de la sociedad de la información se ve entorpecido por una

---

serie de obstáculos jurídicos que tienen su origen en la disparidad de legislaciones y la inseguridad jurídica que ello genera; resultando conveniente suprimir dichos obstáculos coordinando determinadas legislaciones nacionales y aclarando conceptos jurídicos relativos al comercio electrónico en el mercado interior y que de este modo pueda garantizarse la seguridad jurídica y la confianza de los consumidores.

La Directiva 2000/31/CE ha sido traspuesta a los diversos ordenamientos nacionales, en el caso de España a través de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y del comercio electrónico (LSSICE); y, en el caso de Italia, a través del Decreto legislativo del 9 de abril de 2003, n. 70, de transposición de la Directiva 2000/31/CE.

#### 2.4. La CESL y la Directiva 2011/83

La propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a una normativa común de compraventa europea (CESL) tenía por objetivo la reducción de las diferencias en materia de Derecho contractual entre los Estados miembros entendiendo que éstas suponen un obstáculo tanto para comerciantes como para consumidores que desean emprender actividades de comercio transfronterizo en el mercado interior. Si bien aún no se hace referencia explícita al Mercado Único Digital ni menos se lo distingue como sector específico del mercado interior europeo, podemos observar de nuevo cómo el argumento de la fragmentación normativa entre Estados miembros como obstáculo al desarrollo del mercado interior es una constante en todos los documentos que venimos analizando. Resulta, sin embargo, algo contradictorio que la UE basase su competencia en el artículo 114 TFUE, que se refiere a la aproximación de legislaciones, y que sin embargo el instrumento normativo elegido fuese un Reglamento que proporcionaría un régimen opcional adicional al ordenamiento de cada Estado miembro. La opción de la CESL podría calificarse de estadio intermedio entre la técnica de las leyes modelo de la UNCITRAL y las Directivas y Reglamentos de la UE. En cualquier

---

caso, esta opción, ha sido rechazada y aparentemente sustituida por las propuestas 634 y 635, de 9 de diciembre, que actualizan el contenido de la CESL tras su retirada<sup>96</sup>.

La CESL constituye un conjunto normativo de naturaleza sustantiva potencialmente aplicable a determinados contratos transfronterizos cuyo objetivo es crear dentro de los ordenamientos de los distintos Estados miembros un segundo régimen (Cons. 9 CESL) de Derecho contractual aplicable a dichos contratos (compraventa, suministro de contenidos digitales y servicios relacionados). Este segundo régimen estaría subordinado, de cara a su aplicabilidad, a una doble circunstancia: que lo permitiera la norma de conflicto (contratos transfronterizos de compraventa, suministro de contenidos digitales o servicios relacionados en los que al menos una de las partes (a) tenga su residencia en un Estado miembro y (b) sea empresario) y que las partes designaran la CESL como ley aplicable al contrato.

La CESL ha sido calificada como norma material especial, dado que pese a estar pensada para regular ciertos aspectos de relaciones privadas internacionales da respuesta sustantiva a un supuesto de tráfico jurídico dotado de una regulación previa. En sede de Derecho Internacional Privado se distingue entre autonomía

---

<sup>96</sup> A pesar de que tanto la propuesta 634/2015 como la 635/2015 manifiestan que “se basan en las experiencias adquiridas durante las negociaciones” de la CESL (véase la Exposición de Motivos de ambas – pág. 2 –, que en este párrafo son idénticas), sería un error entender que se trata de un sustitutivo de la CESL partido en dos [vid. CÁMARA LAPUENTE (2016, 10): “De ahí que, en cierta medida, la PDCDig. se pueda presentar como una modesta secuela de la Propuesta de Reglamento CESL aunque ni esa caracterización ni considerar a la Propuesta de Directiva como sucesora del CESL, a la luz del proceso descrito, hacen justicia a ninguno de los dos referidos textos”]. Mientras la CESL pretendía ser un instrumento opcional (cercano, por tanto, a la CISG aunque a nivel de la UE) desarrollado en forma de Reglamento, en este caso se trata de propuestas de Directiva (de armonización máxima, por llamativa que pueda resultar tal adjetivación de una Directiva). Más allá del cauce elegido, tampoco se corresponden con la CESL si tenemos en cuenta el ámbito subjetivo de aplicación, pues estas propuestas de Directiva serían aplicables a la contratación con consumidores, mientras que la CESL habría resultado también aplicable a la contratación en que estuvieran implicados pequeños y medianos empresarios. Tampoco coinciden en el ámbito objetivo, pues la CESL habría resultado aplicable a contratos de compraventa y contratos anejos, sin circunscribirse exclusivamente, como ocurre en el caso de las propuestas 634 y 635 de 2015, al comercio electrónico. El espíritu informador de la CESL tampoco es idéntico al de las propuestas 634 y 635 de 2015, pues la primera buscaba contribuir con avances singulares al acercamiento de la normativa de contratos a nivel europeo; mientras que las propuestas 634 y 635 de 2015, como parte del conjunto de la EMUDE, pretenden allanar el camino normativo para la implantación del Mercado Único Digital Europeo.



---

material y autonomía conflictual. La primera se refiere a las reglas que gobiernan una concreta relación jurídica y que juegan en el campo de las normas dispositivas (no siendo, por tanto, capaces de desplazar las normas de carácter imperativo del ordenamiento que hubiera sido aplicable en defecto de elección por las partes); mientras que la segunda (autonomía conflictual) se refiere a la capacidad de los sujetos para designar la ley aplicable al contrato. La CESL habría jugado en el ámbito de la autonomía material ya que de ser elegida por las partes éstas no estarían haciendo uso de su autonomía conflictual sino que estarían incorporando "por referencia" una ley material que formaría parte de todos los Estados miembros de la UE en igualdad de condiciones, con la regulación de la compraventa en los respectivos Códigos civiles, por ejemplo. No obstante, se crea una suerte de *tertium genus* en la medida en que pese a jugar en el ámbito de la autonomía material, goza de prerrogativas que trascienden dicho ámbito: en los contratos sometidos a la CESL las disposiciones imperativas de ésta, por ejemplo, en materia de Derecho de consumo, serán las únicas aplicables independientemente de que la *lex contractus* contemplara otras con mayor nivel de protección (*cf.* Cons. 12 CESL). La mencionada técnica, desconocida hasta entonces en la ciencia internacionalprivatística, ha sido criticada debido a la enorme complejidad e inseguridad jurídica que genera, además de la discutida necesidad de una nueva regulación de la compraventa disponiendo ya de la CISG y de directivas de la UE en materia de consumidores.

Mención aparte en cuanto a las críticas merece la poco cuidadosa mención y descripción de los contratos a los que la CESL resultaría aplicable, mal repartida entre los artículos 2 y 5. Ha sido criticada la artificiosa distinción entre el contrato de compraventa y el (entonces) contrato de suministro de contenidos digitales, en la medida en que éste último podría haberse subsumido sin problemas en el contrato de compraventa. Debemos tener presente que esta crítica, que juzgamos plenamente acertada respecto del contrato de suministro de contenidos digitales tal y como estaba regulado en la CESL, podría resultar hoy mucho más discutible habida cuenta de la evolución sufrida por esta figura especialmente a raíz de la propuesta 634/2015 y especialmente de la ampliación del concepto de "contenidos digitales", como tendremos ocasión de ver más adelante. Igualmente ha sido criticada la exclusión de

---

los contratos mixtos del ámbito material de aplicación de la CESL por la inseguridad jurídica que supondría ya que no sería difícil detectar un elemento ajeno a los contratos tipificados que hiciera dicho contrato susceptible de ser calificado como mixto de manera que la CESL resultara inaplicable, lo cual resulta mucho más frecuente en el ámbito de la contratación informática donde la práctica totalidad de los contratos son complejos.

La Directiva 2011/83/UE se publica apenas mes y medio después de la publicación de la CESL. Se trata del único texto actualmente en vigor donde se menciona el contrato de suministro de contenidos digitales y donde se define qué debe entenderse por “contenidos digitales”. La Directiva, cuyo objetivo contribuir a la mejora del mercado interior para consumidores y empresas<sup>97</sup>, deroga o modifica otras anteriores en materia de Derecho de consumidores, así como también se aparta en determinados aspectos del proyecto que fuera inicialmente elaborado en 2008 (RALUCA STROIE, 2012, 1-7). Ha sido transpuesta al ordenamiento italiano por el Decreto Legislativo de 21 de febrero de 2014 n. 21, que modifica el *Codice del consumo* (Decreto Legislativo de 6 de septiembre de 2005, n. 206); y al ordenamiento español por la Ley 3/2014, de 27 de marzo, que modifica el TRLGDCU (Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre). Como en los textos anteriormente examinados, se alega que la fragmentación normativa impide un adecuado desarrollo del mercado interior en determinados sectores (entre ellos, las ventas por internet) debido a la inseguridad jurídica que genera y la consiguiente falta de confianza de consumidores y empresarios, lo cual podría solucionarse a través de una armonización normativa en determinados aspectos a nivel de la Unión Europea (Cons. 5 a 7). Debe tenerse presente que, a diferencia de la CESL o de la LMCE, el ámbito al que esta Directiva se circunscribe es al de la contratación con consumidores o B2C (Cons. 8). Se trata, por otra parte, de una Directiva de armonización plena si atendemos al contenido del artículo 4 (CÁMARA LAPUENTE, 2014, 87; DG JUSTICE, 2014, 4) al igual que las propuestas de Directiva 634 y 635 /2015 (arts. 4 y 3, respectivamente). Finalmente, y fiel al estilo que venimos observando, busca ser lo menos invasiva posible en las legislaciones de

---

<sup>97</sup> Cfr. Cons. 5 Dir. 2011/83/UE, que incide nuevamente en la idea de que la fragmentación normativa impide aprovechar el potencial económico del mercado.

---

los Estados miembros, especialmente en lo tocante a determinados aspectos del Derecho de contratos (Conss. 14 y 19).

La Directiva 2011/83 es, como decimos, hoy por hoy el único texto en vigor donde se menciona el contrato de suministro de contenidos digitales, si bien no llega a definirlo. Sí define, en cambio, qué debemos entender por contenido digital (*cf.* art. 2.11 y Cons. 19). Si bien es cierto que, como señala la Guía sobre la Directiva 2011/83 de la Dirección General de Justicia de la Comisión Europea, se trata de una definición amplia que cubre una gran cantidad de situaciones relativas al suministro de datos en formato digital (DG JUSTICE, 2014, 64), puede asemejarse aún a un contrato de compraventa, si bien condicionado por la circunstancia de que el objeto de tráfico no es un bien mueble corporal, sino un “contenido digital”. Esto ha llevado a algunos autores como GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ (2012, 754) a cuestionarse la utilidad de la creación de una figura contractual ad hoc que, en esencia, es asimilable a una compraventa.

Un aspecto interesante a destacar de esta Directiva es el referente a los contratos gratuitos sobre contenidos digitales. Según interpreta la DG de Justicia de la Comisión Europea, los contratos sobre suministro de contenido digital online están regulados por la Directiva 2011/83 a tenor de la distinción realizada en el Considerando 19 (DG JUSTICE, 2014, 64), pese a que no se trata de una alusión explícita como sí ocurre en el caso del artículo 5.b de la CESL (CÁMARA LAPUENTE, 2014, 102). El argumento para entender incluidos los contratos “gratuitos” sobre contenidos digitales es que estos contratos quedan expresamente excluidos de considerarse como contratos de servicios o de compraventa según el Considerando 19, siendo estos contratos los únicos en los que se exige el pago del precio como elemento esencial. Por tanto, si un contrato de suministro de contenidos digitales no debe entenderse ni como servicio ni como compraventa, tampoco resulta exigible el pago de un precio como elemento esencial del mismo (CÁMARA LAPUENTE, 2014, 103). Sin perjuicio de convenir en que efectivamente los contratos llamados “gratuitos” sobre contenidos digitales son regulados por esta Directiva, interesa detenernos en el concepto monetarista o pecuniario del precio que en ella se refleja, muy distante de la práctica habitual, ya que muchos de los

---

contratos que suelen llamarse “gratuitos” no lo son en realidad en la medida en que el consumidor cede a cambio de determinadas prestaciones sus datos personales. Esta concepción amplia de la onerosidad (CÁMARA LAPUENTE, 2014, 104) ha tenido su reflejo en la propuesta 634/2015 (*vid.* Conss. 13 y 14 y art. 3.1) y en las enmiendas presentadas por el Consejo a este texto en 2017 (*vid.* nuevos arts. 2.6 – sobre el precio-, 3 y nota 15). De todo ello interesa destacar el tránsito de entender el precio como contraprestación monetaria exclusivamente (art. 2.6 original propuesta 634/2015) a entenderlo como contraprestación onerosa en sentido amplio, incluyendo la entrega “activa” de datos (personales o no). Este tránsito acerca de la concepción del precio y la posibilidad de “pagar con datos” es fundamental para entender que podamos empezar a hablar en la actualidad de los datos como mercancía o, como los hemos llamado, “bienes informacionales” (*vid. infra*, apdo. 4.5.4.).

La Directiva también establece la necesidad de informar adecuadamente al consumidor acerca de pagos adicionales al precio principal<sup>98</sup> del contrato. En caso de que el consumidor no consienta expresamente estos pagos o de que lo haga porque el comerciante haya utilizado opciones por defecto que el consumidor debe rechazar (como por ejemplo si la casilla se encuentra ya marcada por defecto en la web y el consumidor debe clicar para descartarla), tendrá derecho éste al reembolso del pago adicional (art. 22). Esta previsión resulta particularmente interesante en el caso de los contratos de suministro de contenidos digitales teniendo en cuenta que la mayor parte de éstos son también contratos electrónicos. Igualmente se recogen previsiones específicas en relación con el derecho de desistimiento (art. 16.m), así como la obligación de informar al consumidor sobre la funcionalidad e interoperabilidad del contenido digital (arts. 5.1.g y 6.1.r; y 5.1.h y 6.1.s respectivamente)<sup>99</sup>.

---

<sup>98</sup> DG JUSTICE (2014, 65): “consumers should be clearly informed, up-front and in a prominent manner, about the payment arrangements for these additional purchases before signing up to the main digital product”.

<sup>99</sup> *Vid.* CÁMARA LAPUENTE (2014 y 2016), y apdo. 3.5, sobre el contrato de suministro de contenidos digitales para un análisis más detallado.

---

En resumen, se trata del primer y (por el momento) único texto normativo europeo que menciona el contrato de suministro de contenidos digitales y establece las primeras reglas (escasas y de manera fragmentaria) acerca del mismo. Se trata, además, y esto es importante tenerlo en cuenta, de una regulación que afecta a los contratos entre empresarios y consumidores (*cfr.* art. 1 Dir. 2011/83/UE), no a aquellos que tengan lugar entre empresarios o entre particulares. Por tanto, el contrato de suministro de contenidos digitales sólo está mencionado (que no regulado de una forma mínimamente completa, sin perjuicio de que, evidentemente, todos aquellos aspectos no regulados de forma específica queden suplidos con la normativa pertinente aplicable al contrato) en la Directiva 2011/83, que se ocupa de contratos entre empresarios y consumidores, y otro tanto ocurre con los propios contenidos digitales. Es decir, este concepto así como su definición y la interpretación que de él se ofrece se circunscribe a los contratos con consumidores. Ello sin perjuicio de que tanto el concepto de contenidos digitales y el de suministro de contenidos digitales hagan fortuna (como de hecho así está ocurriendo) y estos contratos tengan lugar allende las fronteras del Derecho de consumidores.

## 2.5. Las propuestas de Directiva 634 y 635/2015

El 9 de diciembre de 2015 se publican dos propuestas de Directiva y una propuesta de Reglamento en el marco de la EMUDE, entre cuyos objetivos primordiales se encuentra la mejora del acceso de los consumidores y empresas a los bienes y servicios en línea en toda Europa a través de, entre otras medidas, la reducción de los obstáculos a dichos actores en la contratación a nivel europeo, entre los que figura la fragmentación normativa (crítica habitual como hemos podido observar tanto entre consumidores como entre empresarios). Como señalan las memorias justificativas de ambas propuestas, el 39% de las empresas que venden en línea pero no realizan operaciones transfronterizas consideran que las diferencias entre las diferentes legislaciones en materia contractual constituyen uno de los principales obstáculos para que dichas operaciones tengan lugar, especialmente en lo que se refiere al saneamiento de productos defectuosos. Esta circunstancia afecta

---

especialmente a PYMEs, que carecen de las infraestructuras necesarias para hacer frente a la incertidumbre jurídica y los costes que ésta comporta. En lo que se refiere a los consumidores, sólo el 18% de los que utilizó internet para fines particulares en 2014 realizó compras en línea en otro país de la UE. La razón continúa siendo la inseguridad jurídica: no se sienten seguros a la hora de realizar compras transfronterizas y creen estar más protegidos cuando compran en línea en su propio país, en el marco de la legislación nacional que conocen. Si, como acabamos de señalar, una PYME carece de las infraestructuras empresariales necesarias para hacer frente a los costes económicos derivados de la inseguridad jurídica propia de la contratación transfronteriza, tanto más ocurrirá cuando hablamos de un consumidor. Esta circunstancia casa mal con el hecho la evolución económica y social de la Revolución Digital (*vid. supra*, capítulo 1), donde no sólo el tiempo y el espacio desaparecen tal y como los entendemos en el mundo físico, sino que las fronteras quedan a veces reducidas a meras circunstancias anecdóticas que, sin embargo, actúan como un importante freno en estos casos. Los diferentes regímenes nacionales suponen un importante obstáculo para la aplicación de los derechos de los consumidores, pese al imparable crecimiento de la contratación en línea y a la fuerte internacionalización a la que asistimos y que se ha visto acelerada por la Revolución Digital. Esta barrera que supone la fragmentación normativa hace también que los consumidores pierdan oportunidades, pues tendrán acceso a una menor gama de productos y a precios menos competitivos. En el caso de los contenidos digitales, teniendo en cuenta además la gran cantidad de productos a los que se refieren, el coste de oportunidad además de los costes económicos derivados de intentar resolver los problemas de inseguridad jurídica son muy elevados.<sup>100</sup>

Las dos propuestas de Directiva (634 y 635 /2015), a diferencia de la CESL, son propuestas de armonización plena (art. 4 propuesta 634/2015 y art. 3 propuesta 635/2015), del mismo modo que la Directiva 2011/83/UE (*vid. art. 4*). Interesa destacar en este sentido, la reflexión del Considerando 8 de la propuesta 635/2015, según el cual “son necesarias normas uniformes en relación con varios elementos esenciales de la normativa contractual en materia de consumo que, bajo el actual

---

<sup>100</sup> Propuesta 634/2015, pp. 2-3; Propuesta 635/2015, pp. 2-3. Comentando estas circunstancias en relación con la EMUDE, MILÁ RAFEL (2016, 13-15).

---

enfoque de armonización mínima, han generado disparidades y obstáculos al comercio en el conjunto de la Unión”, o los Considerandos 4 a 6 de la propuesta 634/2015, en la misma línea. Subyace, además, en materia de contenidos digitales, la voluntad por parte de la UE de “colonizar” jurídicamente el mercado digital europeo no sólo frente a una eventual fragmentación normativa en caso de que los Estados miembros comenzasen a legislar en este aspecto, sino también frente a una regulación privada a través de modelos de condiciones generales diseñados por empresas pujantes del sector, principalmente procedentes de Estados Unidos (CÁMARA LAPUENTE, 2016, 8). Cierto es que las directivas de armonización mínima o máxima han generado disparidades en la regulación del Derecho de consumo a nivel europeo, aunque no lo es menos que estas disparidades existen sobre una base común, que es el contenido de las distintas Directivas. En cualquier caso, y conviniendo en que las disparidades normativas dificultan la confianza de consumidores y empresas en la contratación a nivel europeo especialmente cuando ésta se produce en línea, lo cual genera un importante coste de oportunidad tanto a consumidores como a empresas, causa algo de extrañeza que si lo que se pretende es una armonización plena ésta se busque a través de una Directiva y no de un Reglamento. La explicación que nos aventuramos a proponer es que el contenido de las Directivas (por mucho que fuese rígido), al necesitar de transposición a los respectivos ordenamientos nacionales, podría quedar integrado en textos como el *Codice del consumo* o el TRLGDCU, cosa que no podría darse en el caso de un Reglamento, directamente aplicable una vez entrara en vigor. En la memoria justificativa de la propuesta 634/2015 se argumenta la armonización plena como la mejor opción frente a un Reglamento aludiendo a que éste último exigiría un régimen mucho más detallado y amplio que una Directiva y ello aumentaría la interferencia en la normativa nacional, lesionando con ello los principios de subsidiariedad y proporcionalidad. Esta afirmación resulta, sin embargo, algo contradictoria con la declarada voluntad de colonización jurídica previa al desarrollo de normativas nacionales al respecto. Sí debe darse la razón plenamente a la Comisión cuando afirma que una Directiva de armonización plena es un instrumento normativo más adecuado que la elaboración de un contrato modelo voluntario de

---

cara a un funcionamiento armónico del mercado interior que favorezca la seguridad jurídica.

Ambas propuestas se refieren a la contratación con consumidores, entendiendo por consumidor toda persona física que actúe con propósito ajeno a su actividad comercial (arts. 2.4 Prop. 634/2015 y 2.b Prop. 635/2015). El ámbito de aplicación personal es coincidente con el de la Directiva 2011/83/UE (art. 1), y diferente del que contemplaba la CESL, que pretendía regular tanto las transacciones entre empresas y consumidores como los contratos entre comerciantes cuando al menos una de las partes sea una PYME, sin perjuicio, además, de permitir a los Estados miembros que adoptaran la CESL como modelo normativo para regular contratos celebrados entre comerciantes que no fueran PYME (Cons. 21 CESL). Este concepto de consumidor es restrictivo respecto del vigente en España, que incluye a las personas jurídicas y entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a su actividad comercial o empresarial *ex art. 3 TRLGDCU (MILÁ RAFEL, 2016, 17)*; no así en Italia, donde el artículo 3.1.a del *Codice del Consumo* restringe el concepto de consumidor o usuario a las personas físicas. El contenido de las Directivas es imperativo (arts. 19 Prop. 634/2015 y 18 Prop. 635/2015), de tal manera que cualquier cláusula que lo contravenga o modifique sus efectos no será vinculante para el consumidor salvo para los contratos de compraventa en línea de bienes muebles materiales, siempre que el consumidor lo consintiera expresamente conociendo las condiciones específicas de los bienes en el momento de la celebración del contrato (art. 4.7 Prop. 635/2015).

El ámbito de aplicación material de la propuesta 635/2015 son los contratos de compraventa de bienes muebles materiales celebrados a distancia. Se trata de una propuesta que actualiza el contenido de la Directiva 1999/44/CE y complementa el de las Directivas 2000/31/CE y 2011/83/UE, por ello se ha señalado como de una menor urgencia de tramitación que la propuesta 634/2015. La razón de actualizar la Directiva 1999/44/CE no es otra que la disparidad normativa surgida a partir de esta Directiva que, al ser una Directiva de mínimos, ha dado lugar a una divergencia normativa a nivel de los Estados miembros que de nuevo redundaría en una falta de seguridad jurídica a nivel de la UE (Cons. 5 Prop. 634/2015). No parece muy



---

acertado de cara a evitar la fragmentación normativa, excluir las ventas presenciales de la armonización plena, pues éstas continuarían rigiéndose por la Directiva 1999/44 y su transposición nacional mientras que las ventas en línea y a distancia serían objeto de armonización plena a través de la propuesta 635/2015. No se trata solamente de que el modo de adquisición de un bien (en línea, a distancia o presencial) no sean motivos suficientes para una regulación diferenciada<sup>101</sup>, sino que teniendo en cuenta la creciente importancia del modelo de venta multicanal el objetivo de la armonización plena no se materializaría en su totalidad en la práctica en la medida en que continuaría existiendo una disparidad creciente en lo referente a normas jurídicas aplicables a compraventas en línea y fuera de línea<sup>102</sup>.

No entraremos a comentar el contenido específico de la propuesta 635/2015, ya que excede de nuestro objeto de estudio (la puesta de manifiesto sobre la necesidad de la construcción a nivel europeo de un concepto jurídico de bienes informáticos). Nos limitamos a señalar que se propone una armonización plena de los criterios de conformidad de los bienes objeto del contrato inspirada en la Directiva 1999/44/CE, una jerarquización de los remedios en caso de falta de conformidad así como las modalidades de ejercicio de los mismos (art. 1.1 Prop. 635/2015).

El aspecto de esta propuesta que merece la pena destacar a efectos de nuestro objeto de estudio es que se mantiene el concepto de bien a efectos de la Directiva tal como venía recogido en la Directiva 1999/44 y posteriormente en la Directiva 2011/83 (*vid. infra*, apdo. 4.2). Esto llama la atención teniendo en cuenta que la propuesta 634/2015, en su artículo 20 propone una modificación del concepto de bien a efectos de la Directiva 1999/44/CE más avanzado, de manera que si llegaran a aprobarse ambas propuestas (634 y 635) el concepto de bienes en la Directiva 1999/44 sería más avanzado que el contenido en la propuesta 635/2015. El artículo 1.2.b de la Directiva 1999/44/CE define los bienes de consumo como cualquier bien

---

<sup>101</sup> De esta opinión es MILÁ RAFEL, que aboga por ampliar el ámbito de aplicación de la propuesta para incluir las ventas presenciales (2016, 20-21).

<sup>102</sup> PARLAMENTO EUROPEO, “Hacia un Acta...” (2016, 10). Esta precaución sí la toma la propuesta 634/2015 cuando afirma en su Considerando 12 que la Directiva “debe aplicarse a los contenidos digitales suministrados en un soporte duradero, independientemente de que la venta se realice a larga distancia o en situaciones presenciales, con el fin de evitar la fragmentación entre los diferentes canales de distribución”.

---

mueble corporal, excepto los vendidos por autoridad judicial tras un proceso de embargo o análogo, el agua y el gas no envasados, y la electricidad. Este artículo fue objeto de una interpretación errónea en la transposición del vigente artículo 6 TRLGDCU, que cuando define el concepto de producto se remite al artículo 335 CC, pudiendo interpretarse, por tanto, que también el concepto de producto se refiere a los bienes muebles no corporales (CÁMARA LAPUENTE, 2011, 188-190). Esta interpretación ya ha sido corregida por vía de la transposición al ordenamiento español de la Directiva 2011/83/UE de un modo ciertamente cuestionable, al introducir un nuevo concepto de “bien” en el artículo 59 *bis*.2. En lo que se refiere a la modificación de la propuesta 634/2015, ésta mantiene el contenido del art. 1.2.b de la Directiva 1999/44, añadiendo una cuarta excepción, referida a aquellos bienes que actúen exclusivamente como soporte de un contenido digital como CDs o DVDs (*cf.* art. 20.1 Prop. 634/2015 y Cons. 12 Prop. 634/2015 y 13 Prop. 635/2015). Debemos señalar que las enmiendas presentadas en 2016 han corregido de forma acertada la literalidad del contenido propuesto<sup>103</sup>.

La propuesta 634/2015 pretende colmar el vacío legal en el acervo comunitario a nivel de la UE en relación con determinados aspectos contractuales carentes en la actualidad de normativa<sup>104</sup> como, principalmente, los criterios de conformidad, soluciones ante la falta de conformidad de los contenidos digitales con el contrato y sus modalidades de ejercicio (*cf.* art. 1 propuesta 634/2015). Ya hemos dicho que la Directiva 2011/83/UE, si bien menciona el contrato de suministro de contenidos digitales, no llega a definir en qué consiste este contrato y sólo ofrece una regulación parcial de determinados aspectos de este contrato como el desistimiento y la información precontractual. Se trata de un intento de colonización jurídica que prevenga una fragmentación normativa actualmente inexistente, pues al no haber normativa, tampoco hay fragmentación. Actualmente la UE no dispone de un instrumento normativo de protección de los consumidores en caso de falta de conformidad con el contenido digital, salvo cuando dichos contenidos digitales sean suministrados en soporte duradero, en cuyo caso sería de aplicación la Directiva

---

<sup>103</sup> La enmienda sugerida en este artículo se mantiene idéntica en el texto presentado por el Consejo en 2017. Trataremos este asunto en el apdo. 3.3.3.2.

<sup>104</sup> Prop. 634/2015, p. 3.

---

1999/44/CE que, al no estar concebida para los contratos de la economía digital, deja sin tratar aspectos como la calidad de los contenidos, las dificultades en el acceso o el mantenimiento del nivel de calidad de los contenidos en caso de contratos duraderos, además de no resultar aplicable cuando los contenidos son transmitidos en un soporte no tangible (MILÁ RAFEL, 2016, 32).

Los criterios de conformidad quedan recogidos en los artículos 6 a 8 de la propuesta 634/2015. El artículo 6 establece una serie de criterios, ordenados de manera jerárquica, para determinar la conformidad de los contenidos digitales: (1) que cumplan con el contrato – art. 6.1 -; (2) en caso de que el contrato no sea suficientemente claro, que sean aptos para los fines a que ordinariamente se destinen los contenidos digitales del mismo tipo, incluida su funcionalidad, interoperabilidad, accesibilidad, continuidad y seguridad, teniendo en cuenta el tipo de contraprestación, las normas técnicas, códigos de conducta y buenas prácticas industriales así como declaraciones realizadas por o en nombre del proveedor<sup>105</sup>. Igualmente, los contenidos digitales deben integrarse correctamente en el entorno digital del usuario (art. 7)<sup>106</sup> y estar libres de derechos de terceros, principalmente basados en propiedad intelectual, de manera que puedan utilizarse conforme con el contrato (art. 8)<sup>107</sup>. Resulta especialmente interesante teniendo en cuenta que gran parte de los contratos sobre contenidos digitales son contratos duraderos, la alusión a la conformidad continuada durante todo el período de vigencia del contrato (arts. 6.3 y 8.2). Así como las formas de ejercicio del derecho de resolución del contrato duradero de suministro de contenidos digitales en caso de modificación de las características de éstos en perjuicio del consumidor (art. 15) o cuando el contrato exceda de los 12 meses de duración (art. 16).

Corresponde al suministrador la carga de la prueba en caso de falta de conformidad de los contenidos digitales sine die, pudiendo eludir su responsabilidad demostrando que el entorno digital del consumidor es incompatible con la

---

<sup>105</sup> Cfr. arts. 1281 y 1282 CC-ESP, de contenido sustancialmente similar.

<sup>106</sup> Podríamos decir que la “integración” es en este caso el equivalente funcional de la instalación.

<sup>107</sup> Igualmente, podríamos decir que esta referencia a que los contenidos estén “libres de derechos” es el equivalente funcional de la conocida expresión “libre de cargas y gravámenes”.

---

interoperabilidad y otros requisitos técnicos de los contenidos digitales (art. 9.1 y 2), ya que se entiende que se encuentra en una mejor posición que el consumidor para conocer los motivos de la falta de conformidad con el contrato de los contenidos digitales (Cons. 32), y que, debido a su naturaleza, los contenidos digitales no son objeto de desgaste y con frecuencia se suministran a lo largo de un período de tiempo y no en una entrega única (Cons. 43)<sup>108</sup>.

En cuanto a los remedios por incumplimiento, quedan recogidos con una redacción excesivamente escueta en el artículo 11 de la propuesta. Según este artículo, “where the supplier has failed to supply the digital content in accordance with Article 5 the consumer shall be entitled to terminate the contract under article 13”. El artículo 11 ha sido traducido a la versión española con el siguiente tenor literal: “Cuando el proveedor haya incumplido en el suministro de los contenidos digitales de conformidad con el artículo 5, el consumidor tendrá derecho a resolver el contrato inmediatamente en virtud del artículo 13”. La traducción al castellano no ha tenido en cuenta que el incumplimiento en el Derecho español puede referirse tanto al cumplimiento defectuoso (al que se hace referencia en la propuesta como “falta de conformidad”) como al incumplimiento definitivo (CÁMARA LAPUENTE, 2016, 49)<sup>109</sup>, lo cual puede dar lugar a confusión pese a que el Cons. 35 aclara que “si el consumidor no ha incumplido inicialmente el suministro de contenidos digitales, las interrupciones del suministro que causen que los contenidos no estén disponibles o accesibles para el consumidor en un breve periodo de tiempo deben tratarse como una no conformidad con el contrato, y no como un incumplimiento en el suministro”, distinguiendo con ello la no conformidad del incumplimiento. Pese a todo, debe acogerse como un acierto la redacción del artículo 11 que propone el Consejo en sus enmiendas de junio de 2017, por cuanto evita todo tipo de confusión:

“Article 11 – Remedy for the failure to supply

---

<sup>108</sup> *Cfr.* art. 123.1 párrafo 2º TRLGDCU, que invierte la carga de la prueba a favor del consumidor acerca de la falta de conformidad sólo durante los primeros seis meses.

<sup>109</sup> La versión italiana es menos proclive a equívocos de este tipo: “Se il fornitore ha ommesso di fornire il contenuto digitale conformemente all’articolo 5 il consumatore ha il diritto di recedere immediatamente dal contratto a norma dell’articolo 13”.

---

1 – Where the supplier has failed to supply the digital content or digital service in accordance with article 5, the consumer shall call upon the supplier to supply the digital content or digital service. If the supplier then fails to supply the digital content or digital service without undue delay, or within an additional period of time as expressly agreed to by the parties, the consumer shall be entitled to terminate the contract.

2 – Paragraph shall not apply and the consumer shall be entitled to terminate the contract immediately where:

- a) The consumer and the supplier have agreed, or it is clear from the circumstances attending the conclusion of the contract, that a specific time for the supply is essential for the consumer and the supplier fails to supply the digital content or digital service by or on that time; or
- b) The supplier has declared, or it is clear from the circumstances, that the supplier will not supply the digital content or digital service.”

No se trata realmente de una innovación si nos atenemos a una correcta interpretación del contenido original de la propuesta 634/2015, sin perjuicio de la confusión que pudiera generar la traducción al castellano derivada de la interpretación que aquí se hace de la expresión “incumplimiento del contrato”. Sin embargo, merece alabanza igualmente por establecer de forma expresa una jerarquía de remedios, de igual manera que respecto de las compraventas en línea hace la propuesta 635/2015. Éstos, sin embargo, sí se encuentran en un elenco jerárquico en el texto original cuando se trata de faltas de conformidad (*cfr.* art. 12)<sup>110</sup>.

Uno de los factores novedosos de la propuesta 634/2015 es la introducción de los contratos de computación en la nube en la órbita del contrato de suministro de

---

<sup>110</sup> También respecto de este artículo el Consejo propone en 2017 la introducción de un apartado “01”, que deja más clara si cabe la jerarquía de remedios frente a la falta de conformidad: “In the case of lack of conformity, the consumer shall be entitled to have the digital content or digital service brought into conformity, or to have an appropriate reduction in the price, or to terminate the contract under the conditions set out in this Article”.

---

contenidos digitales, precisamente como uno de los nuevos ejemplos de contenido digital no mencionados anteriormente ni por la Directiva 2011/83 ni por la CESL. Es justo este aspecto uno de los más interesantes de la propuesta 634/2015, ya que la ampliación del concepto de contenidos digitales amplía automáticamente los ejemplos de contratos que deben considerarse como de suministro de contenidos digitales en la medida en que esta figura contractual se construye en torno a su objeto de tráfico, es decir, a los contenidos digitales. Esta concepción cuasi-omnicomprensiva de los contenidos digitales puede verse reducida si se aceptan las enmiendas presentadas por el Consejo el 1 de junio de 2017, que distinguen entre “contenido digital” y “servicio digital”. El concepto de contenido digital es idéntico al que está actualmente en vigor a través del artículo 2.11 de la Directiva 2011/83/UE. Sin embargo, esta enmienda da un paso atrás en la evolución expansiva del concepto de contenidos digitales de la propuesta 634/2015, al considerar como “servicios digitales” los servicios que permiten al consumidor la creación, procesado o almacenamiento de datos (ej, redes sociales) así como aquellos otros servicios que permiten la compartición o cualquier otra interacción con datos en formato digital (computación en la nube). Añade esta enmienda la palabra “acceso” como ejemplo de los contratos sobre contenidos digitales, en este caso en relación con el término “servicios digitales”. Esto supone igualmente un avance respecto de la regulación actualmente en vigor. Debe recordarse que la Guía de la Dirección General de Justicia acerca de la Directiva 2011/83 considera que el acceso a una web o la descarga de contenidos de una web no debe entenderse como contrato a efectos de la Directiva<sup>111</sup>. No podemos más que celebrar esta reconsideración del concepto de contenidos digitales, sin perjuicio de que a efectos prácticos el contenido de la Directiva continúe resultando igualmente aplicable a todos los contratos que ya mencionara inicialmente la propuesta 634/2015<sup>112</sup>.

---

<sup>111</sup> DG JUSTICE (2014, 64). Crítico con esta opción se muestra CÁMARA LAPUENTE (2014, 103-104).

<sup>112</sup> Se ha afirmado que con la definición omnicomprensiva de los contenidos digitales se pretende respetar el principio de neutralidad tecnológica (Cons. 11 Prop. 634/2015). Sin embargo, no parece que una norma de contenido omnicomprensivo que, a la postre, por hacer referencia a todo acaba por no referirse a nada, sea la mejor manera de protegerla del paso del tiempo. Los Códigos civiles están plagados de normas que han resistido formalmente el paso del tiempo debido a su escasa o nula

---

Otro aspecto a destacar es la cristalización por primera vez en una norma de la UE de la posibilidad de pagar con datos, siempre que se suministren de forma activa (art. 3.1), aceptando que en la economía digital “los participantes en el mercado ven a menudo, y cada vez más, la información sobre las personas como un valor comparable al dinero”. Esta novedad no sólo implica una concepción amplia de la onerosidad (CÁMARA LAPUENTE, 2014, 103), sino que abre la puerta a entender los datos (sean estos personales o de cualquier otro tipo) como moneda de cambio y, consecuentemente, como mercancía (ZECH, 2016, 53); es decir, como bienes (*vid. infra*, apdo. 4.5.4). Se incorpora de este modo una de las primeras modificaciones propuestas por el Parlamento Europeo a la CESL, que distinguía entre contratos con contraprestación monetaria (“a cambio de precio”), con otro tipo de contraprestación y gratuitos<sup>113</sup>.

---

utilidad. Algún autor ha hablado de la “huida del Código” en cuanto a la definición de los bienes debido justamente a esta razón (SPANGA, 2015,6).

<sup>113</sup> En las enmiendas presentadas, el Parlamento Europeo propone el siguiente texto en el art. 5.b CESL: “contracts for the supply of digital content whether supplied on a tangible médium or through any other means, which can be stored, processed or accessed, and re-used by the user, irrespective of whether the digital content is supplied in exchange for the payment of a price or in exchange for a counter-performance other than the payment of a Price, or is not supplied in exchange for any other counter-performance” (PARLAMENTO EUROPEO, “Position...”, 2014, 49).

---

### 3. Del comercio electrónico al mercado digital

#### 3.1. Concepto y clases de comercio electrónico

Forman parte del comercio electrónico todas aquellas transacciones en las que los medios telemáticos juegan un papel relevante (MADRID PARRA, 2003, 126), tales como el comercio electrónico de bienes y servicios, el suministro en línea de contenidos digitales, la transferencia electrónica de fondos, la compraventa electrónica de acciones, etcétera (IECE, 1997, 7). El punto de partida del comercio electrónico se sitúa con la primera ola de la recepción jurídica de las Revoluciones de la Informática, en 1996, cuando se publica la LMCE. Este texto, como es bien sabido, no define qué deba entenderse por comercio electrónico (GUÍA LMCE, 1998, 17), sin perjuicio de la advertencia en nota a pie de página en su artículo 1 acerca de que el término “comercial” deberá ser interpretado ampliamente. El comercio electrónico es una de las consecuencias más importantes de las Revoluciones de la Informática en el ámbito del Derecho privado. La progresiva expansión de internet ha supuesto un verdadero revulsivo para el incremento del tráfico económico a nivel internacional, al tiempo que ha obligado a las empresas a repensar su organización y técnicas de producción para conquistar nuevos mercados. El carácter cada vez más frecuentemente internacional de las operaciones relacionadas con el comercio electrónico (IECE, 1997, 11 y 24)<sup>114</sup> y las dificultades de aplicar las nociones espacio-temporales clásicas nos sitúan ante retos hasta ahora desconocidos, como por ejemplo la dificultad para determinar el lugar de celebración y ejecución de un contrato.

El comercio electrónico tiene lugar actualmente en el entorno virtual o ciberespacio (comercio electrónico “ciberespacial”). Como ya hemos dicho, no es sino desde finales de la década de los 90 cuando podemos comenzar a hablar de un “entorno virtual”<sup>115</sup>. Hasta este momento, internet es un instrumento de transmisión

---

<sup>114</sup> Cfr. SARTOR (2012, 2) sobre la relación entre globalización y revolución digital.

<sup>115</sup> Vid. IECE (1997) y ECHEVARRÍA EZPONDA (1994 y 1998). La IECE mencionaba el entorno virtual, aunque sin definirlo. ECHEVARRÍA EZPONDA, realiza una reflexión a caballo entre el



---

o intercambio de datos igual que el correo electrónico, que resulta ser el gran impulsor del comercio electrónico en su primera fase (comercio electrónico “epistolar”). Cada vez ocupa un protagonismo mayor la contratación y en su caso ejecución de contratos a través de los sitios web de distintas empresas. En los últimos años, además, han experimentado un considerable desarrollo las plataformas de contratación online o *market-places* (E-bay, Amazon, Blablacar, Amovens... entre muchas otras). Tanto es así, que ya existen algunos proyectos a nivel académico para regular la contratación a través de este tipo de plataformas, como el borrador de Directiva sobre Plataformas de Intermediación Online elaborado por los profesores Christoph Busch, Hans Schulte-Nölke y Fryderyk Zoll (2016)<sup>116</sup>. La transición de relaciones bilaterales (empresario/vendedor – consumidor/cliente) a relaciones triangulares (empresarios/vendedores y consumidores/clientes reunidos a través de un intermediario cuya función es la de proporcionar un espacio concreto dentro del entorno virtual con las adecuadas garantías) hace insuficientes las normas que hasta ahora se ocupan del comercio electrónico. Esta situación y su cristalización a través de proyectos normativos como el señalado muestran cómo internet (la web) es cada vez más un entorno (cibespacio, entorno virtual), no ya sólo desde un punto de vista social o de relaciones interpersonales sino también patrimoniales (mercados digitales).

Si bien en este trabajo nos centraremos en un aspecto muy concreto del comercio electrónico que tiene que ver con determinados objetos de tráfico jurídico (“contenidos digitales” o, como preferimos, bienes y servicios informáticos), no debe dejar de tenerse en cuenta que el comercio electrónico trasciende aspectos relativos al Derecho de los contratos y al Derecho de cosas y de propiedad intelectual, teniendo también implicaciones de carácter fiscal, internacional privado o penal. Especialmente importante, en el ámbito del comercio electrónico directo resultan los derechos de propiedad intelectual. Hasta tal punto es así que los Estados

---

ensayo y la futurología procurando aplicar el principio de equivalencia funcional a este nuevo entorno, y que ha resultado no ser desacertada en muchos de sus planteamientos.

<sup>116</sup> BUSCH, C.; SCHULTE-NOLKE, H.; ZOLL, F.; “Digital Single Market: Discussion Draft of a Directive on Online Intermediary Platforms”, Conference Materials. Annual Conference of the European Law Institute, Ferrara, 2016.

---

que deseen formar parte de la OMC están obligados a aceptar previamente los acuerdos de la OMPI.

El término ha sido discutido por la doctrina, en la medida en que hay quien defiende que bien podría hablarse de “comercio telemático” en aras de no anclar el término a un determinado paradigma tecnológico (la electrónica), si bien reconociendo que esta expresión ha hecho tal fortuna que sería un esfuerzo en vano intentar introducir cualquier otra<sup>117</sup>. La aspiración de generalidad y neutralidad tecnológica propia de un término que pretende abarcar una realidad muy compleja y en constante crecimiento sea un horizonte difícil de alcanzar. Importa, pues, dotar a la expresión “comercio electrónico” del significado general y neutro que requiere para ser útil. La expresión, además, se ha tomado en un sentido considerablemente amplio, hasta el punto de entender que hace referencia a cualquier relación comercial, independientemente de que sea o no de carácter contractual<sup>118</sup>, como es el caso de las comunicaciones comerciales o los servicios de información en línea por los que el prestador no obtiene remuneración directa del destinatario<sup>119</sup>. Desde que la IECE definiese el comercio electrónico en 1997 la práctica totalidad de la doctrina que se ha ocupado de materias relativas al mismo ha intentado definir este término con mayor o menor fortuna, remitiéndose en la práctica totalidad de las ocasiones a

---

<sup>117</sup> DELFINI (2014, 353): “Debido al carácter contingente de la tecnología históricamente dominante (aquella que se sirve de la electrónica), considero preferible centrar la elección del término sobre el fenómeno que pretendemos tratar sobre un dato inmutable y estructural, como aquél de la distancia entre las partes en este sector del comercio. Por esta razón me ha parecido más correcto (...) hacer uso del predicado «telemático»” (Traducción propia).

A favor de la expresión “comercio electrónico”, MADRID PARRA (2011, 12), para quien “se ha escogido este término como el más representativo de todo el conjunto de elementos básicos de las nuevas tecnologías que permiten el flujo y tratamiento de la información en nuevos soportes intangibles alternativos a otros preexistentes de los que el más representativo venía siendo el papel (...) Entra así en juego la analogía aplicada a los medios aportados por las nuevas tecnologías o aquellos que puedan aportar en el futuro. Así, junto a electrónico, se da entrada a términos como telemático, informatizado, digital, óptico, biométrico, cuántico, etc”.

<sup>118</sup> En este sentido, DAVARA RODRÍGUEZ (2015, 215), ILLESCAS ORTIZ (2009, 20) o MADRID PARRA (2003, 126; 2013, 311).

<sup>119</sup> En relación con este último tipo de actividades, entiende la STJUE de 11 de septiembre de 2014 (Cons. 26) que el concepto de servicios de la sociedad de la información (y, por tanto, el comercio electrónico en la medida en que pivota en torno a este concepto) “incluye los servicios que ofrecen información en línea y por los cuales el prestador del servicio obtiene su remuneración, no del destinatario, sino de los ingresos generados por la publicidad que figura en una página de internet”.

---

la definición que se aporta en este documento<sup>120</sup>. Quizás una de las definiciones más completas de comercio electrónico, en coherencia con la noción amplia que se persigue tanto a través de la LMCE como de la Directiva 2000/31/CE sea la que da PLAZA PENADÉS (2003, 415), que entiende por comercio electrónico “todas las operaciones y actividades de tráfico de información comercial y de bienes y servicios realizados a través de una red, como el envío y puesta a disposición de comunicaciones comerciales, la contratación electrónica y la prestación general de servicios de la sociedad de la información”.

El objeto de tráfico en el comercio electrónico son los bienes y servicios informáticos en su sentido más amplio. Son bienes informáticos en sentido amplio “todos aquellos elementos que forman el sistema – ordenador – en cuanto al *hardware*, ya sea la unidad central de proceso o sus periféricos, y todos los equipos que tienen una relación directa de uso con respecto a ellos y que, en su conjunto, conforman el soporte físico del elemento informático, así como los bienes inmateriales que proporcionan órdenes, datos, procedimientos e instrucciones en el tratamiento automático de la información y que, en su conjunto, conforman el soporte lógico del elemento informático”, mientras que por servicios informáticos podemos entender “todos aquellos que sirven de apoyo y complemento a la actividad informática en una relación de afinidad directa con ella” y que por su propia naturaleza estuvieran relacionados con el tratamiento automatizado de la información (DAVARA, 2015, 292). Debemos advertir que esta concepción amplia de los bienes informáticos incluye tanto aquellos que siendo bienes físicos están relacionados con la informática (*hardware*) como aquellos otros que sólo pueden entenderse como bienes cuando operan en el entorno virtual (*software*). Una concepción de los bienes informáticos en sentido estricto (*software*) junto con aquellos bienes informacionales o de propiedad intelectual recogidos en un soporte informático se relaciona con los hoy llamados “contenidos digitales”<sup>121</sup>. Volveremos

---

<sup>120</sup> Un elenco exhaustivo de autores que han dado un concepto del comercio electrónico sería imposible y poco aportaría a este trabajo. Pueden consultarse, no obstante, los trabajos de DAVARA RODRÍGUEZ (2014, 213-216), DELFINI (2014, 351-354), DE MIGUEL ASENSIO (2011, 823-831) o ILLESCAS ORTIZ (2009, 33-35), entre otros muchos.

<sup>121</sup> En el último capítulo distinguiremos los bienes informáticos así entendidos (o mejor dicho, bienes relacionados con la informática) atendiendo a su movilidad informática.

---

sobre esto en el capítulo siguiente. No obstante, cuando hablemos de bienes informáticos haremos siempre referencia a una concepción restrictiva de los mismos.

Una primera y básica clasificación del comercio electrónico es la que distingue entre comercio electrónico directo y comercio electrónico indirecto. El comercio electrónico directo se refiere a aquellas transacciones comerciales que se desarrollan íntegramente en el entorno virtual (contratación electrónica e informática a un tiempo), tales como la puesta a disposición a través de la red de bienes sin soporte físico, información digitalizada o prestación de servicios en línea (DE MIGUEL ASENSIO, 2011, 823); en otras palabras, el pedido, pago y suministro en línea a escala mundial de bienes y servicios intangibles, como programas informáticos, contenidos de ocio o servicios de información (IECE, 1997, 8), de manera que todo el *iter* del contrato tiene lugar online, incluida la entrega del producto o la prestación del servicio. El comercio electrónico indirecto, en cambio, se refiere a aquellas transacciones realizadas a través de medios electrónicos relativas a bienes tangibles, de tal manera que la entrega del producto o la prestación del servicio tienen lugar fuera del entorno virtual (DE MIGUEL ASENSIO, 2011, 823); es decir, pedidos electrónicos de bienes materiales suministrados a través de canales tradicionales como el servicio de correos o servicios de mensajería (IECE, 1997, 8), de tal manera que al menos la parte final del *iter* contractual – entrega del producto o prestación del servicio – necesariamente debe tener lugar offline.

Un aspecto importante para entender la diferencia entre comercio electrónico directo e indirecto es la distinción entre contratos electrónicos y contratos informáticos, que atiende al objeto del contrato (contratos informáticos, aquellos cuyo objeto son bienes y servicios informáticos) o al medio por el cual las partes intercambian declaraciones y acuerdos de voluntad y el soporte en que estos quedan recogidos (contratos electrónicos)<sup>122</sup>. Son contratos informáticos aquellos que tienen por objeto bienes o servicios informáticos<sup>123</sup>, independientemente del medio a través

---

<sup>122</sup> Un análisis completo comparando los contratos electrónicos y los contratos informáticos puede encontrarse en MADRID PARRA (2011, 5-35).

<sup>123</sup> Recordemos que cuando hablamos de bienes informáticos lo hacemos en un sentido estricto, incluyendo todas aquellas realidades tecnológicas que actualmente quedan englobadas en el término “contenidos digitales”. No forman parte, pues, de los bienes informáticos entendidos en su sentido estricto aquellos productos que puedan identificarse con el *hardware*. En contra, MADRID PARRA

---

del cual las partes se comuniquen e intercambien declaraciones de voluntad. Los contratos informáticos se definen, pues, en razón de su objeto: los bienes y servicios informáticos. Teniendo esto en cuenta, pueden definirse como aquellos contratos por los que se crean, modifican o extinguen relaciones obligacionales sobre bienes o servicios informáticos. No se trata, sin embargo, de una categoría contractual autónoma ya que los objetos de tráfico no deben determinar las categorías contractuales (MADRID PARRA, 2011, 26), como tampoco lo son los contratos electrónicos ya que tampoco el medio a través del cual se emite la voluntad es susceptible de generar categorías contractuales dado que éstas se definen en torno al objeto del contrato.

Son contratos electrónicos aquellos en los que se emplean medios electrónicos o telemáticos<sup>124</sup> (email, páginas web, plataformas de contratación online, banca electrónica...) para la emisión de declaraciones de voluntad entre las partes (oferta, aceptación o contraoferta, consentimiento, envío de condiciones generales...) o incluso para la ejecución de los contratos (envío del producto a través de email, descarga desde el sitio web, entrega de las claves necesarias para acceder al mismo...). PLAZA PENADÉS (2013, 179) define el contrato electrónico como una clase o modalidad de contrato cuya singularidad radica en su perfección de modo electrónico, mediante la transmisión de comunicaciones y documentos electrónicos a través de redes de telecomunicación; y en especial de internet. Por otro lado, la LSSICE entiende por contrato electrónico “todo contrato en el que la oferta y la aceptación se transmiten por medio de equipos electrónicos de tratamiento y almacenamiento de datos, conectados a una red de telecomunicaciones” (Anexo, apdo. h). Inicialmente, la contratación electrónica se producía en redes cerradas utilizando el EDI como lenguaje. Las redes abiertas, y especialmente internet supusieron un revulsivo para la contratación electrónica, cuyo éxito inicial tuvo que ver con la contratación entre empresarios, si bien ha acabado extendiéndose a la contratación con consumidores e incluso a la contratación pública.

---

(2011, 26) defiende un concepto amplio de contratos informáticos que incluya también los contratos sobre *hardware*.

<sup>124</sup> DELFINI (2014, 353) prefiere hablar de contratos y comercio telemáticos.

---

Formarían parte, pues, del comercio electrónico directo aquellos contratos que son al mismo tiempo electrónicos e informáticos (licencia de uso de programas de ordenador, contrato de desarrollo de *software* o de creación web, descarga de música online o acceso a música en *streaming*...), mientras que, por el contrario, formarían parte del comercio electrónico indirecto aquellos otros contratos electrónicos que sin embargo no son contratos informáticos en tanto que tienen por objeto bienes o servicios del entorno físico (compra de un libro físico a través de internet, contrato de transporte compartido a través de una plataforma online...).

Otra clasificación frecuente del comercio electrónico es la que atiende a las partes intervinientes (MADRID PARRA, 2003, 128; 2011, 12). Así, éste puede ser comercio electrónico B2B (*business to business*) cuando tiene lugar entre empresarios, B2C (*business to consumer*) cuando se trata de comercio electrónico entre empresarios y consumidores, B2A (*business to administration*), entre empresarios y la administración, C2C ó P2P (*consumer to consumer* o *peer to peer*) cuando tiene lugar entre particulares o C2G (*citizen to government*), cuando tiene lugar entre el Estado y sus ciudadanos.

---

### 3.2. Los principios del comercio electrónico

Conviene sintetizar qué principios generales inspiran el Derecho de la contratación electrónica entendiendo, además, que deben ser de universales debido al carácter de la contratación electrónica. Seguiremos en este punto a ILLESCAS (2009, 33-61)<sup>125</sup>, y a MADRID PARRA (2011, 18-25), quienes destacan como principios del comercio electrónico los siguientes: la equivalencia funcional, la neutralidad tecnológica, la inalteración del derecho preexistente de obligaciones y contratos, y la exigencia reforzada de buena fe y de libertad de pactos<sup>126</sup>. A diferencia de los dos últimos (que existen en el Derecho general de contratos, si bien precisan de una protección reforzada en los contratos electrónicos), los tres primeros son característicos del Derecho de la contratación electrónica: su existencia configura el modo de entender el comercio electrónico, a cuyo ámbito queda reducida su aplicación. Podríamos añadir un último principio, de carácter instrumental, como es la necesidad de asegurar la libre prestación de servicios y mercancías útiles relacionadas con el comercio electrónico (arts. 7 a 8 LSSICE). Este principio, como veremos, se ha visto reforzado en el último año a través de las iniciativas normativas de la Unión Europea en el marco de la estrategia para el Mercado Único Digital Europeo. Conviene tener en cuenta que si bien los principios que aquí explicaremos brevemente parten de la contratación electrónica entre empresarios (debido a que ésta goza de un mayor recorrido) será inevitable entremezclarlos con el Derecho de consumidores. Del mismo modo, entendemos que se trata de principios que pueden resultar aplicables no sólo a los contratos puramente electrónicos sino también a los contratos informáticos. Quizá, en este sentido, cuando hablamos de principios de la contratación electrónica deberíamos

---

<sup>125</sup> No podemos pasar sin traer a colación la reflexión de ILLESCAS ORTIZ (2009, 145), para quien los principios de equivalencia funcional y no discriminación son “reglas para la vida presente y futura”. Compartimos esta idea dada la utilidad de ambos principios como tendremos ocasión de exponer en este capítulo, pese a que crezcan las voces que abogan por una ruptura con los esquemas pre-digitales (*cf.* TWIGG-FLESNER).

<sup>126</sup> *Vid.* también FERNÁNDEZ DOMINGO (2002, 245-251), GABRIEL (2006), FINOCCHIARO (2014, 64-65), CASTELLANI (2014, 44), entre otros.

---

entender principios del comercio electrónico, entendiendo comercio electrónico en un sentido amplio<sup>127</sup>.

### 3.2.1. Los principios de equivalencia funcional y no discriminación

El principio de equivalencia funcional se basa en el análisis de los objetivos y funciones del requisito tradicional de que los documentos se consignen en papel con miras a determinar cómo podrían cumplirse esos mismos objetivos y funciones a través de comunicaciones electrónicas o mensajes de datos. No se trata tanto, pues, de establecer un equivalente informático preciso al documento en papel o a las distintas formas de emisión de declaraciones de voluntad cuanto de determinar cuáles son las funciones básicas que desempeñan a fin de establecer los criterios que deberán cumplir las comunicaciones electrónicas para gozar del mismo reconocimiento jurídico. Según ILLESCAS ORTIZ, el principio equivalencia funcional goza de una dimensión positiva – el valor de una declaración de voluntad emitida por medios electrónicos es equivalente al de la declaración de voluntad recogida en soporte papel o emitida de forma oral – y una dimensión negativa – no deben discriminarse desde el punto de vista de su valor jurídico las declaraciones de voluntad emitidas a través de medios electrónicos, ya que son equivalentes a aquéllas orales o recogidas en soporte papel. La dimensión negativa del principio de equivalencia funcional (principio de no discriminación) puede entenderse, por tanto, como el reverso de la formulación positiva de la equivalencia funcional o como un principio relacionado con ésta, pero autónomo. Una materialización de este principio podemos observarla en la exigencia de que determinados contratos consten por escrito (*vid.* art. 1280 CC), pues, ¿acaso son menos “escritos” los contratos que quedan recogidos en soporte electrónico que aquéllos recogidos en soporte papel? Del mismo modo, podríamos preguntarnos si son menos copias de programa de ordenador las recogidas en soporte electrónico para su descarga online que las recogidas en un soporte físico.

---

<sup>127</sup> Téngase en cuenta, en este sentido, la advertencia de la LMCE: “El término comercial deberá ser interpretado ampliamente de forma que abarque las cuestiones suscitadas por toda relación de índole comercial, sea o no contractual (...)”.



---

El primer texto normativo que acoge este principio es la Ley modelo de la CNUDMI para el Comercio Electrónico, que en su artículo 5 (sobre el reconocimiento jurídico de los mensajes de datos) establece que “no se negarán efectos jurídicos, validez o fuerza obligatoria a la información por la sola razón de que esté en forma de mensaje de datos”. Como vemos, se trata de una formulación que describe el principio de equivalencia funcional desde su dimensión negativa (principio de no discriminación de los mensajes de datos).

En la normativa española el principio de equivalencia funcional se encuentra presente, respecto de los contratos electrónicos, en el artículo 23.1 de la LSSICE, según el cual “los contratos celebrados por vía electrónica producirán todos los efectos previstos por el ordenamiento jurídico, cuando concurren el consentimiento y los demás requisitos necesarios para su validez”. Resulta asimismo de interés el punto 3 de este mismo artículo, donde se establece que “siempre que la Ley exija que el contrato o cualquier información relacionada con el mismo conste por escrito, este requisito se entenderá satisfecho si el contrato o la información se contiene en un soporte electrónico” (*cf.* 3.4 LFE, art. 9.1 Directiva 2000/31/CE, art. 6 y 11.1 LMNUCE y art. 9.2 CNUUCECI).

### 3.2.2. El principio de no alteración del Derecho preexistente

En la medida en que los mensajes de datos no son sino un nuevo medio para emitir declaraciones de ciencia o voluntad (información en sentido técnico-informático, como acabamos de ver), las reglas del Comercio Electrónico no deben implicar una modificación sustancial del Derecho de obligaciones y contratos. Este es, en esencia el principio de inalteración del Derecho preexistente: las reglas que regularán un contrato electrónico serán las mismas que regularían ese contrato si se celebrara por otros medios (sin perjuicio de ciertas especialidades que deban tenerse en cuenta por razón del medio a través del cual se emiten las declaraciones de voluntad).

---

Es clara la formulación de este principio en el artículo 23.1 párrafo segundo de la LSSICE, según el cual “los contratos electrónicos se regirán por lo dispuesto en este Título, por los Códigos Civil y de Comercio y por las restantes normas civiles o mercantiles sobre contratos, en especial, las normas de protección de los consumidores y usuarios y de ordenación de la actividad comercial”. Cuando habla de “las restantes normas...”, pues, quiere decir que deberán tenerse en cuenta textos como el TRLGDCU, la LCGC o las últimas propuestas de la Unión Europea en relación con el Mercado Único Digital una vez que entren en vigor (Reglamentos), o que sean adaptadas por los Estados Miembros o deba afirmarse respecto de las mismas una eficacia directa (Directivas). Resulta de igual interés el artículo 1.2 de la LFE, que establece que las disposiciones sobre la firma electrónica “no alterarán las normas relativas a la celebración, formalización, validez y eficacia de los contratos y cualesquiera otros actos jurídicos ni las relativas a los documentos en que unos y otros consten” (*cf.* art. 2.3 Reglamento 910/2014).

Si bien el principio de equivalencia funcional tiene una gran facilidad de aplicación a los contratos electrónicos y, hemos de añadir, está dirigido tanto a las partes y aplicadores del Derecho (en la interpretación y aplicación de las normas) como al propio legislador (en la elaboración de las mismas), el principio de inalteración del Derecho preexistente se dirige exclusivamente al legislador (que es quien tiene capacidad de alterarlo); constituyendo, además, en ocasiones un mero criterio orientativo a modo de desiderátum. Muestra de ello es la modificación de los artículos 1262 CC y 54 Ccom operada por la Disp. Adicional 4.1 de la LSSICE, referida al momento de perfección del contrato, que unifica los criterios (hasta entonces dispares) mantenidos por uno y otro Código en relación con la contratación se produce entre ausentes.

---

### 3.2.3. El principio de neutralidad tecnológica

La dificultad que acabamos de ver en relación con el cumplimiento del principio de inalteración del Derecho preexistente tiene que ver con la existencia del principio de neutralidad tecnológica. Comparte este principio con el anterior que ambos están dirigidos al legislador y que, como ocurre con el objetivo de no alterar el Derecho preexistente, en ocasiones se trata más de un desiderátum, de un criterio orientativo, que de un principio que pueda cumplirse en todo caso.

El principio de neutralidad tecnológica busca elaborar reglas neutrales, es decir, que no estén asociadas a un determinado tipo de tecnología. Este criterio resulta de particular importancia a la hora de elaborar las normas relativas al comercio electrónico debido a la velocidad de la innovación y el desarrollo tecnológicos, en la medida en que pretende asegurar que la regulación del comercio electrónico no se circunscriba a una parte, o incluso la totalidad de las tecnologías existentes en un determinado momento sino que dé cabida a las futuras novedades tecnológicas sin necesidad de que sus reglas se vean modificadas cada vez que se produzca un avance. Ello pretende lograrse a través de una terminología que evite referencias a medios técnicos concretos de transmisión o archivo de la información.

Naturalmente, el horizonte temporal en el que se proyecta este principio no puede ser el mismo en el que se proyectaron nuestros actuales Códigos decimonónicos. Sirva de muestra la actual regulación, basada en la tecnología digital, en lenguaje binario, 0 y 1, que a su vez se corresponde con la existencia o no de impulsos eléctricos; en otras palabras, encendido o apagado. En las próximas décadas es de esperar que se desarrolle la tecnología cuántica en el campo de la informática (en la que se viene trabajando desde 1981, aunque actualmente sólo hay simuladores de ordenadores cuánticos), que permitiría un avance exponencial en cuanto a la potencia de los actuales ordenadores al basarse en la mecánica cuántica y no en los voltajes eléctricos. Si el estado normal de un electrón en un semiconductor es el lenguaje binario, los bits cuánticos o qubits pueden representar simultáneamente números de entre 0 y 255. Téngase en cuenta, como muestra de que el principio de

---

neutralidad tecnológica es más una aspiración o un criterio orientador de la política legislativa, que actualmente se están impulsando propuestas legislativas por parte de la Unión Europea en el marco de la estrategia para el Mercado Único Digital, basado en la tecnología digital y no en la computación cuántica, que será el paradigma de la informática en pocas décadas.

#### 3.2.4. Los principios de buena fe y libertad contractual, y el principio de libre prestación de servicios de la sociedad de la información

Estos tres principios no son exclusivos del comercio electrónico, por lo que los trataremos de manera mucho más breve. El principio de buena fe queda recogido con carácter general en el artículo 7 CC-ESP y en relación con el Derecho de contratos en los artículos 1258 CC-ESP y 57 CCom. Este principio exige un comportamiento honesto y respetuoso con las normas éticas y sociales imperantes en una comunidad, de modo que las partes puedan confiar en que la apariencia creada se corresponde con la realidad. Sirve igualmente como criterio interpretativo de cara a la integración de lagunas. Este principio no aparece expresamente recogido en la LSSICE, aunque sí figura en el artículo 3.1 de la LMCE, que establece la necesidad de promover la observancia de la buena fe. La importancia de proyectar este clásico principio en la contratación electrónica e informática encuentra se debe la novedad y sobre todo la complejidad técnica que éstas tienen respecto de la contratación “tradicional”, por lo que el entorno en que se desarrolla el comercio electrónico es más oscuro y menos fiable, redundando todo ello en una mayor desconfianza de los consumidores<sup>128</sup>.

El principio de libertad contractual está recogido en el artículo 4.1 de la LMCE, si bien no tiene un reflejo claro en la LSSICE. La autonomía de la voluntad en el Derecho de contratos conlleva la no necesidad de norma habilitante para contratar por medios electrónicos, lo que ha permitido históricamente una entrada más fácil de los cambios tecnológicos en el Derecho privado (especialmente en el Derecho de contratos) que en el Derecho público, y la libertad para determinar el contenido de

---

<sup>128</sup> *Cfr. supra*, cómo las distintas estrategias político-normativas de recepción jurídica de las Revoluciones de la Informática han destacado este problema.

---

los mismos dentro de los límites del ordenamiento jurídico (*cf.* art. 1255 CC-ESP)<sup>129</sup>. Los límites a la libertad contractual en el comercio electrónico no vienen por el hecho de que se trate de comercio electrónico, sino en la medida en que tenga lugar con consumidores, con condiciones generales o porque exista una imposición acerca de la forma del contrato. Respecto de la forma del contrato, si bien es cierto que existe plena libertad de forma, no lo es menos que dada la complejidad de los contratos informáticos es altamente recomendable que éste quede recogido por escrito (en soporte duradero, no necesariamente papel). Igualmente recomendable es que los contratos electrónicos queden recogidos por escrito no ya tanto por su complejidad técnica (que variará según el objeto del contrato) sino porque se trata de contratos celebrados entre ausentes que serán en muchas ocasiones, además, desconocidos<sup>130</sup>.

Por último, el principio de libre prestación de servicios de la sociedad de la información queda recogido en el artículo 7 de la LSSICE, y debe entenderse conjuntamente con el principio de no autorización previa (art. 6 LSSICE). Podríamos decir que el principio de libre prestación de servicios de la sociedad de la información constituye el equivalente funcional del principio de libertad de establecimiento y libre prestación de servicios en la Unión Europea aplicado al comercio electrónico. A través de este principio se cumple, además, con el de no discriminación por razón de nacionalidad (art. 18 TFUE).

---

<sup>129</sup> Es clásica ya la distinción entre libertad de contratación (o determinación del contenido del contrato) y libertad para contratar (que se reduce a la posibilidad de aceptar o rechazar un determinado contrato, regulado con cláusulas predispuestas o CGC, de tal manera que su contenido es un todo que debe tomarse en bloque).

<sup>130</sup> *Cfr.* IECE (1997, 24), que reconocía ya entonces que “el nuevo entorno virtual hace también más difícil determinar quiénes son las partes contratantes, dónde está establecida una empresa de comercio electrónico y si ésta cumple todos los requisitos legales pertinentes”.

---

### 3.3. La evolución del comercio electrónico a través de sus conceptos nucleares: mensajes de datos, servicios de la sociedad de la información y contenidos digitales

El estudio de la evolución de lo que en las primeras páginas de este trabajo hemos llamado “Revoluciones de la Informática” (Revolución Electrónica y Revolución Digital) puede realizarse también a través de los conceptos jurídicos en torno a los cuales han ido pivotando las sucesivas normas que han tratado de ocuparse de este fenómeno. Ya hemos señalado anteriormente que tanto la LMCE como la Directiva 2000/31/CE y la propuesta 634/2015 giran en torno a un concepto jurídico que podríamos tildar de “nuclear”<sup>131</sup>, definido en el propio texto. Este concepto nuclear es, además, novedoso si tenemos en cuenta que se define por primera vez en dichas normas (es el caso de la LMCE y de la Directiva 2000/31/CE) o bien supone una novación significativa respecto del texto que anteriormente lo recogía (caso de la propuesta 634/2015).

El análisis comparativo de cada uno de los tres conceptos nucleares que hasta ahora han surgido de cara a la recepción jurídica de las “Revoluciones de la Informática” resulta útil y necesario no sólo con carácter general o como apoyo de las tesis acerca de las distintas fases por las que hemos pasado o estamos pasando; sino porque constituyen la pieza clave en torno a la cual gira la economía digital en cada momento. La propuesta de bienes informáticos que pretendemos llevar a cabo en este trabajo no pasa sino por ser un intento de respuesta a las dificultades afrontadas por cada uno de estos conceptos<sup>132</sup> procurando al mismo tiempo generar un concepto lo suficientemente duradero y resistente a la evolución tecnológica como para que se respete lo máximo posible el principio de neutralidad tecnológica.

---

<sup>131</sup> Sobre el “mensaje de datos” como concepto nuclear del comercio electrónico, ILLESCAS ORTIZ (2009, 69).

<sup>132</sup> ILLESCAS ORTIZ (2009, 65) advertía acerca de “lo por fuerza titubeante aún de la terminología en uso emergente”. No podemos sino compartir esta reflexión hecha con anterioridad a la “llegada” al mundo jurídico de los contenidos digitales. Podrá observarse a la luz de la tabla que ofrecemos cómo si antes la terminología era titubeante, ahora lo es, además, la definición exacta de los términos. Hablamos del concepto de contenidos digitales, del que llevamos nada menos que cinco versiones en siete años.

---

Para realizar el mencionado análisis comparativo convendría empezar delimitando aquello a lo que vamos a referirnos: los conceptos jurídicos de “mensaje de datos”, “servicio de la sociedad de la información” y “contenidos digitales”. Y qué mejor manera de hacerlo que transcribiendo las definiciones de cada uno de éstos insertas en los distintos textos normativos que venimos trabajando. Con esta yuxtaposición inicial pretendemos facilitar su comparativa por parte del lector, sin que se vea entorpecida por comentarios nuestros o por el resto del articulado de cada texto, con idea de que pueda crearse una primera impresión acerca de similitudes, diferencias y zonas o situaciones doble o triplemente reguladas. Posteriormente trataremos en detalle cada uno de estos conceptos y cerraremos con un apartado crítico sobre los mismos para dar cuenta de nuestra propia percepción, que, en este momento, dejamos enteramente al lector.

| <b>Norma</b>             | <b>Concepto</b>                                       | <b>Definición en la propia norma</b>  |
|--------------------------|---|---|
| <b>LMCE</b>              | Mensaje de datos (art. 2.a)                           | “la información generada, enviada, recibida o archivada o comunicada por medios electrónicos, ópticos o similares, como pudieran ser, entre otros, el intercambio electrónico de datos (EDI), el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax;”  |
| <b>Directiva 2000/31</b> | Servicios de la sociedad de la información (art. 2.a) | “todo servicio prestado normalmente a cambio de una remuneración, a distancia, por vía electrónica y a petición individual de un destinatario de servicios” <sup>133</sup>  |
| <b>CESL</b>              | Contenidos digitales (art. 2.j)                       | <p>“los datos producidos y suministrados en formato digital, siguiendo o no las especificaciones del consumidor, incluidos los contenidos videográficos, sonoros, fotográficos o escritos; los juegos digitales; los programas informáticos; y los contenidos digitales que permitan personalizar equipos o programas informáticos existentes, con exclusión de:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Los servicios financieros, incluidos los servicios bancarios en línea;</li> <li>- El asesoramiento jurídico o financiero prestado por vía electrónica;</li> <li>- Los servicios sanitarios electrónicos;</li> <li>- Los servicios y redes de comunicaciones electrónicas y los recursos y servicios asociados;</li> </ul> |

<sup>133</sup> La definición está extraída del artículo 1.2 de la Directiva 98/48/CE, que modifica la Directiva 98/34/CE, y a los que alude el artículo 2.a de la Directiva 2000/31/CE con una técnica legislativa más que cuestionable. Para una mayor claridad, hemos optado por incorporar directamente la definición a la que alude el artículo 2.a Dir. 2000/31/CE, que transcribimos aquí: “servicios de la sociedad de la información: servicios en el sentido del apartado 2 del artículo 1 de la Directiva 98/34/CE, modificada por la Directiva 98/48/CE”.



|  |  |  |
|--|--|--|
|  |  | <ul style="list-style-type: none"> <li>- Los juegos de azar;</li> <li>- La creación de nuevos contenidos digitales y la modificación de los ya existentes por los consumidores o cualquier otra interacción con las creaciones de otros usuarios.”</li> </ul>  |
| <b>Directiva 2011/83/UE</b>                            | Contenidos digitales<br>(art. 2.11)    | “los datos producidos y suministrados en formato digital”  |
| <b>Propuesta 634/2015 (versión 2015)</b>               | Contenidos digitales<br>(art. 2.1)     | <p>“a) los datos producidos y suministrados en formato digital, por ejemplo vídeo, audio, aplicaciones, juegos digitales y otro tipo de <i>software</i>;</p> <p>b) servicio que permite la creación, el tratamiento o el almacenamiento de los datos en formato digital, cuando dichos datos sean facilitados por el consumidor; y</p> <p>c) servicio que permite compartir y cualquier otro tipo de interacción con datos en formato digital facilitados por otros usuarios del servicio”</p> |
| <b>Propuesta 634/2015 (versión 2016)<sup>134</sup></b> | Contenidos digitales<br>(art. 2.1)     | “datos producidos y suministrados en formato digital, por ejemplo archivos de vídeo, archivos de audio, aplicaciones, juegos digitales y cualquier otro tipo de <i>software</i> ”  |
|  | Prestaciones digitales<br>(art. 2.1.a) | <p>“a) una prestación o un servicio que permita la creación, procesamiento o almacenaje de datos en formato digital, siempre que dichos datos sean subidos o creados en aquélla por el consumidor, por ejemplo el almacenamiento en la nube o los servicios de hosting;</p> <p>o</p> <p>b) una prestación o servicio que permita compartir o</p>   |

<sup>134</sup> Tanto la definición aquí recogida como la siguiente se refieren a enmiendas sugeridas a la versión original de la propuesta 634/2015. No significa, por tanto, que ninguna de éstas haya sustituido al texto original, al menos a fecha de cierre de este trabajo (marzo de 2018).

|  |                                  |  |
|--|----------------------------------|--|
|  |                                  | realizar cualquier otra interacción con datos en formato digital subidos o creados por el consumidor o por otros usuarios de aquélla, por ejemplo redes sociales, o webs o plataformas para compartir vídeo o audio” <sup>135</sup>  |
| <b>Propuesta 634/2015 (versión 2017)</b> | Contenidos digitales (art. 2.1)  | “datos producidos y suministrados en formato digital, por ejemplo archivos de vídeo, archivos de audio, aplicaciones, juegos digitales y cualquier otro tipo de <i>software</i> ”  |
|  | Servicios digitales (art. 2.1.a) | “a) un servicio que permita al consumidor la creación, procesamiento, almacenaje de (o el acceso a) datos en formato digital; o<br>b) un servicio que permita compartir o realizar cualquier otra interacción con datos en formato digital subidos o creados por el consumidor y otros usuarios del servicio” <sup>136</sup> |

<sup>135</sup> La traducción es propia, ya que el texto de las enmiendas sólo se ha dado a conocer en inglés. El texto original reza como sigue:

- “(art. 2.1) “digital content” means (a) data which is produced and supplied in digital form, for example video files, audio files, applications, digital games and any other *software*,
- (art. 2.1.a) “digital facility” means (a) a service facility allowing the creation, processing or storage of data in digital form, where such data is uploaded to or created in that facility by the consumer, for example a cloud storage or file hosting service; or (b) a service facility allowing the sharing of or any other interaction with data in digital form uploaded or created by the consumer and other users of the service facility, for example social media, video or audio sharing websites or platforms”.

Hemos traducido la expresión “digital facility” como “prestación digital” con objeto de diferenciarla de los “digital services” o “servicios digitales”, a que se refieren las enmiendas de 2017.

<sup>136</sup> Texto original:

- (Art. 2.1) “digital content” means data which is produced and supplied in digital form, for example video files, audio files, applications, digital games and any other *software*.
- (Art. 2.1.a) “digital service” means (a) a service allowing the consumer the creation, processing or storage of, or access to, data in digital form (...); or (b) a service allowing the sharing of or any other interaction with data in digital form uploaded or created by the consumer and other users of that service”.

---

### 3.3.1. Los “mensajes de datos”

La LMCE define el mensaje de datos (art. 2.a) como toda “información generada, enviada, recibida o archivada o comunicada<sup>137</sup> por medios electrónicos, ópticos o similares, como pudieran ser, entre otros, el intercambio electrónico de datos (EDI), el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax” (GUÍA LMCE, 1998, 4).

Un mensaje de datos es, por tanto, “cualquier información consignada en un soporte informático” (GUÍA LMCE, 1998, 27), esté o no destinada a ser comunicada. Más adelante trataremos el problema de la bilateralidad del mensaje de datos. Por lo pronto debemos ocuparnos de dos componentes de esta definición básica de mensaje de datos: la información y el soporte informático.

Un mensaje de datos es, ante todo, información<sup>138</sup>. Cuando hablamos de información lo hacemos en un sentido sumamente amplio. Quiere decirse con ello que no se entiende por información únicamente las declaraciones de ciencia o conocimiento, sino también (y esto es importante) cualesquiera “objetos contractuales predominantemente inmateriales como pueden ser los programas de ordenador o las creaciones intelectuales” (ILLESCAS ORTIZ, 2009, 69).

---

<sup>137</sup> ILLESCAS ORTIZ (2009, 69) llama la atención acerca de la discrepancia de la definición del mensaje de datos en la versión española de la LMCE publicada por las Naciones Unidas, que añade a los medios de tratamiento de la información para que se considere mensaje de datos las palabras “o comunicada”. La versión en inglés del artículo 2.a define el mensaje de datos (data message) como “information generated, sent received or stored by electronic, optical or similar means including, but not limited to electronic data interchange (EDI), electronic mail, telegram, telex or telecopy”. Puede plantearse la cuestión acerca de si existe diferencia entre información enviada e información comunicada, pues de ser así la versión española supondría un ensanche del concepto jurídico de “mensaje de datos”. Esta circunstancia, por otra parte, tendría una trascendencia práctica nula dado que la LMCE es un mero modelo de ley que, como tal, no resulta vinculante. Más allá de esta necesaria advertencia, coincidimos con ILLESCAS (2009, 71) cuando afirma que debe entenderse este añadido como un error material de traducción y que ambas expresiones (envío y comunicación) son sinónimos.

<sup>138</sup> *Cfr.* en este sentido GUÍA LMCE (1998, 33): “Al disponer que no se negarán efectos jurídicos, validez o fuerza obligatoria (...) a la información por la sola razón de que esté en forma de mensaje de datos, el artículo 5 se limita a indicar que la forma en que se haya conservado la información no podrá ser aducida como única razón para denegar eficacia jurídica, validez o fuerza ejecutoria a esa información”.

---

Actualmente a estas realidades se las engloba bajo el concepto de “contenidos digitales”, del que nos ocuparemos más adelante. En cualquier caso, queda claro que cuando hablamos de información no nos referimos necesariamente a un acto comunicativo (declaración de ciencia o voluntad), sino, en un sentido mucho más amplio, cualquier bien de carácter inmaterial susceptible de valoración económica en tanto que reporta una determinada utilidad, por mínima que ésta sea<sup>139</sup>.

La información que constituye el mensaje de datos no puede encontrarse adherida a cualquier tipo de soporte, sino que éste debe ser un soporte informático. La información es siempre inmaterial, pero debe quedar adherida a un soporte para poder ser accesible. Si se acepta que la información es un bien inmaterial, puede y debe aplicarse a ésta la conocida dualidad *corpus mysticum / corpus mechanicum* o, lo que es lo mismo, bien inmaterial / copia material<sup>140</sup>. Sin embargo, no parece que un soporte informático tenga “materialidad” aunque, por otra parte, sería igualmente equivocado afirmar que es “inmaterial”, pues sería tanto como decir que en este caso un bien inmaterial está actuando como soporte o continente de otro bien inmaterial. Si un soporte informático no tiene materialidad, pero tampoco inmaterialidad, ¿qué tiene entonces? “Informaticidad”. Puede, en una primera impresión, parecer una tautología que resuelve bien poco afirmar que un soporte informático (un bien informático, en definitiva) tiene “informaticidad”; pero, ¿no es acaso igualmente tautológico afirmar que un bien material posee materialidad y que un bien inmaterial posee inmaterialidad? Lo importante de un soporte informático es que sea soporte, y que sea informático; no que sea material o inmaterial pues, como ya hemos visto, no puede afirmarse ni lo uno ni lo otro<sup>141</sup>. ¿Cuándo nos encontramos, pues, ante un soporte informático? La respuesta la encontramos, naturalmente, en la propia definición de “mensaje de datos” de la LMCE: cuando dicho soporte (o continente) se sirve de medios electrónicos, ópticos o similares para generar, enviar, archivar o recibir la información contenida o, dicho de otro modo, cuando se sirve del conjunto

---

<sup>139</sup> *Vid. infra*, apdo. 4.5.4, “La información entendida como bien. Los datos”.

<sup>140</sup> *Cfr.* STS de 17 de julio de 2000 (RJ 6806), FJ-2.

<sup>141</sup> Trataremos más detenidamente la materialidad o inmaterialidad de los bienes en el apartado 4.5.2.

---

de conocimientos científicos y técnicas que hacen posible el tratamiento automático de la información por medio de computadoras<sup>142</sup>.

Debe tratarse, además, de un soporte duradero, pues de otro modo el mensaje de datos no podría cumplir una de las funciones que la LMCE le atribuye: archivar la información. Soporte duradero es todo aquél que permite almacenar la información de tal manera que en el futuro pueda ser recuperada fácilmente durante un tiempo acorde con los fines del contrato y que permita asimismo la reproducción de la información almacenada sin cambios (*cf.* art. 6.1 LMCE, y Cons. 23 y art. 2.10 Dir. 2011/83/UE)<sup>143</sup>. Debe distinguirse entre soporte duradero y soporte tangible<sup>144</sup>. El soporte informático, por duradero que sea, no es tangible o material, como acabamos de ver.

Queda por ver la bilateralidad del mensaje de datos. Ciertamente es que si realizamos un análisis meramente terminológico de la expresión “mensaje de datos” podemos inclinarnos hacia el carácter bilateral de éste, pues el “mensaje”, en tanto que pieza

---

<sup>142</sup> *Cfr.* voz “informática” en el Diccionario de la RAE (3ª acepción). Disponible en: <http://dle.rae.es/?id=LY8zQy3>. Consideramos más adecuada la adjetivación de los bienes (o, en este caso, el soporte) como “informáticos” en lugar de “digitales” si se quiere cumplir con el principio de neutralidad tecnológica en la medida en que la tecnología digital es sólo una de las posibles opciones (cierto que la claramente dominante en la actualidad) de tratamiento automatizado de la información o informática. *Vid. infra.* apdo. 3.4.3 y capítulo 5.

<sup>143</sup> Si bien la LMCE no utiliza específicamente la expresión “soporte duradero”, este requisito figura en el artículo 6, al establecer que “cuando la ley requiera que la información conste por escrito, ese requisito quedará satisfecho con un mensaje de datos si la información que éste contiene es accesible para su ulterior consulta”. Es necesario que la información quede alojada en un soporte para el cumplimiento de algunas de las funciones atribuidas al mensaje de datos por la propia LMCE. Saliéndonos de la LMCE, la definición de “soporte duradero” se mantiene en las propuestas de Directiva 634 y 635 (arts. 2.11 y 2.f respectivamente). Las enmiendas sugeridas respecto de la primera (propuesta 634/2015), mantienen la definición y sugieren, además incorporar en los Considerandos de dicha Directiva el contenido del Considerando 23 de la Directiva 2011/83/UE (“El soporte duradero debe permitir al consumidor guardar la información durante el tiempo necesario para proteger sus intereses derivados de su relación con el comerciante. Dichos soportes deben incluir, en particular, el papel, las memorias USB, los CD-ROM, los DVD, las tarjetas de memoria o los discos duros de ordenador así como los correos electrónicos”).

<sup>144</sup> *Cfr. supra.*, apdo. 2.5. El artículo 20.1 de la propuesta 634/2015 introduce un cambio en la definición de los bienes de consumo según la Directiva 1999/44/CE, al añadir una cuarta excepción al concepto de bienes de consumo referida a aquéllos que actuasen como mero soporte de un contenido digital. En el texto original se habla de “durable médium” o “soporte duradero”, mientras que las enmiendas al texto original presentadas en 2016 y 2017 cambian esta expresión por la de “tangible médium” o “soporte tangible”.

---

esencial de cualquier proceso comunicativo, alude a la existencia de un emisor y un receptor<sup>145</sup>. Es igualmente cierto que la mayor parte de la LMCE está pensando en la circulación del mensaje de datos. Sin embargo, no podemos olvidar que la Guía de la CNUDMI sobre la LMCE comienza, al tratar la definición de “mensaje de datos” aclarando que esta expresión “no se limita a la comunicación, sino que pretende englobar cualquier información consignada sobre un soporte informático que no esté destinada a ser comunicada”. Por otra parte, una de las funciones atribuidas al mensaje de datos en el artículo 2 LMCE es el archivo de la información, que no tiene que ver con proceso comunicativo alguno<sup>146</sup>; es decir, que no es bilateral; como tampoco es bilateral la generación de la información.

Pueden resultar de utilidad en relación con el carácter bilateral o no del mensaje de datos las reflexiones de ILLESCAS ORTIZ (2009, 72-73):

“(…) ambas partes previamente a la utilización con fines contractuales del mensaje de datos han de poseer los medios técnicos necesarios para proceder al mencionado acceso a su contenido (...) esta característica del MD es lo que califico como bilateralidad tecnológica: el mensaje se relaciona con dos personas o partes contractuales; las dos partes han de estar en condiciones técnicas de acceder y eventualmente tratar al mensaje (...).

La característica que acaba de formularse genera efectos significativos: la bilateralidad del mensaje de datos, en efecto, excluye de la condición de tal desde el punto de vista del Derecho del comercio electrónico a cualquier información carente inicialmente de soporte electrónico el cual es adquirido por ella posteriormente a su configuración inicial verbal o manual como consecuencia de una actuación unilateral de su emisor o su destinatario con fines generalmente distintos de la transmisión (...). Así, no constituye mensaje de datos la electrificación de una carta con fines de archivo electrónico llevada a cabo por su emisor o su destinatario una vez recibida la misma; tampoco lo sería el back up del mensaje realizado por su emisor: constituiría sólo mera copia de su texto.

---

<sup>145</sup> En este sentido se pronuncia ILLESCAS (2009, 72), para quien “el mensaje de datos es siempre bilateral: tiene un emisor y tiene un destinatario”.

<sup>146</sup> *Cfr.* el parágrafo 36 de la GUÍA LMCE (1998, 29).

---

(En nota al pie) Contra este criterio puede esgrimirse un argumento literal extraído del precepto de la LMUCE antes reproducido consistente en la trascendencia del calificativo “generada” aplicado a la información que integra el mensaje de datos así como su alternancia respecto de los restantes calificativos aplicables (...). Es obvio que si basta la generación de información con soporte electrónico para que la misma pase a constituir un mensaje de datos aun cuando no se envíe a ningún destinatario sino que siga bajo la esfera de control del iniciador mi afirmación resulta errónea por cuanto contraria a un argumento literal de peso. Sin embargo, desde un punto de vista material, prácticamente todas las disposiciones de la Ley modelo están dictadas para una hipótesis de comunicación de la información a un destinatario.”

Por tanto, ¿un mensaje de datos es necesariamente bilateral o será, en una mayoría importante de casos, probablemente bilateral? Hemos visto argumentos a favor de cada una de las posiciones así como, llamémoslo así, el debate interno que comparte en voz alta ILLESCAS ORTIZ acerca de esta cuestión. Partiremos de las reflexiones del autor aquí transcritas para proponer un criterio. La postura de ILLESCAS podría resumirse en las siguientes afirmaciones: (1) el mensaje de datos es ontológicamente bilateral dado que es un mensaje y, como tal, consta de emisor y receptor; (2) es necesario que ambas partes estén en condiciones técnicas de comunicarse un mensaje de datos (bilateralidad tecnológica), para lo cual será necesario un acuerdo previo acerca de la concreta tecnología o canal de comunicación que utilizarán o bien una disposición legal que lo indique; y (3) la mayor parte de las normas de la LMCE están pensando en una situación de comunicación de la información, es decir, de comunicación del mensaje de datos (bilateralidad normativa<sup>147</sup>).

Respecto del argumento acerca de la “bilateralidad ontológica”, es cierto, como hemos dicho, que habrían sido más acertadas otras expresiones que no llevaran asociada la condición de bilateralidad como ocurre con el término “mensaje”; pero no lo es menos que la interpretación que ofrece la CNUDMI acerca de esta cuestión es clara: un mensaje de datos será, en la mayoría de ocasiones, bilateral; pero no en

---

<sup>147</sup> Con esta expresión, que no es de ILLESCAS, pretendemos indicar que es de la normativa de donde se infiere la condición de bilateral del mensaje de datos.

---

todas ellas ni con carácter necesario. En otras palabras, el término “mensaje” se utiliza aquí en un sentido impropio, amplio o vago.

Sobre la “bilateralidad tecnológica”, ésta se relaciona con el intercambio electrónico de datos (EDI). Sin embargo, afirmar que el mensaje de datos es bilateral porque el EDI es bilateral es identificar lo uno con lo otro. Si atendemos a la definición de intercambio electrónico de datos (EDI), éste sí es necesariamente bilateral (“transmisión electrónica de la información de una computadora a otra”), y sí puede afirmarse, además, la existencia de “bilateralidad tecnológica” (“estando estructurada la información conforme a alguna norma técnica convenida al efecto”). Ahora bien, tengamos en cuenta en primer lugar, que intercambio electrónico de datos y mensaje de datos son conceptos diferentes: no hay más que mirar el elenco de definiciones del artículo 2 LMCE, y la propia definición del mensaje de datos, donde el EDI figura como una de las posibilidades que se incluyen en la lista ejemplificativa que se añade a la definición de mensaje de datos. Admitido que se trata de conceptos diferentes, es decir, que no existe una identificación absoluta, ¿qué relación existe entre uno y otro? Todo intercambio electrónico de datos (EDI) debe servirse necesariamente de mensajes de datos; pero no todo mensaje de datos necesariamente dará lugar a una situación de intercambio electrónico de datos. No es exacto afirmar que existe una relación de tipo género / especie, pero sí que el mensaje de datos es un concepto estático que hace referencia a una realidad metajurídica con un cierto valor económico que la hace merecedora de relevancia para el derecho. El intercambio electrónico de datos hace referencia a una relación (no a un elemento de la realidad metajurídica con relevancia jurídica) y, como tal relación es necesariamente bilateral<sup>148</sup>.

Por último, el argumento referido a lo que hemos llamado “bilateralidad normativa” se cae por su propia formulación. Si la mayor parte de las normas de la LMCE están pensando en una situación de comunicación de la información, eso significa, a sensu contrario, que no todas las normas de la LMCE están pensando en una situación de comunicación de la información. Dicho de otro modo, hay normas de la LMCE que no están pensando en una situación de comunicación de la

---

<sup>148</sup> Una confusión parecida es la que tradicionalmente ha identificado los bienes con el derecho de propiedad. *Cfr.* capítulo 4.



---

información pero sí resultan aplicables al mensaje de datos (su propia definición en el artículo 2.a sin ir más lejos)<sup>149</sup>.

Dicho todo esto, podemos descartar que la bilateralidad sea una condición necesaria que deba reunir el mensaje de datos. Ello sin perjuicio, naturalmente, de que en una mayoría importante de situaciones exista una situación de comunicación de la información. Más correcto sería afirmar que un mensaje de datos es potencialmente bilateral en cualquier caso, si bien ello no significa que deba ser efectivamente bilateral en todos.

Existen otras expresiones que pueden referirse a lo que la LMCE define como mensaje de datos en las que no existe el mencionado problema de bilateralidad que respecto del mensaje de datos se aprecia. Nos referimos fundamentalmente al “archivo electrónico” y al “documento electrónico”. Ya que el núcleo de estudio en este punto es eminentemente terminológico, parece razonable que nuestro primer paso sea acudir al Diccionario para intentar esclarecer los significados de cada una de estas expresiones.

Trataremos en primer lugar la expresión “archivo electrónico”. Según el Diccionario de la RAE, un archivo es un “conjunto ordenado de documentos que una persona, una sociedad, una institución, etcétera, producen en el ejercicio de sus funciones o actividades” (1ª acepción), o un “conjunto de datos almacenados en la memoria de una computadora que puede manejarse con una instrucción única” (5ª acepción). Por otra parte, un documento es un “escrito en que constan datos fidedignos o susceptibles de ser empleados como tales para probar algo” (2ª acepción). Ya desde estas definiciones podemos intuir que tanto una expresión como otra resultan poco intercambiables con la de “mensaje de datos” si con tal cambio de nomenclatura pretendemos lograr una mayor correspondencia entre el término y la realidad a la que alude.

De las dos definiciones de archivo que hemos seleccionado del Diccionario de la RAE podemos convenir en que la segunda hace referencia al “archivo electrónico”.

---

<sup>149</sup> *Cfr.* en este sentido, GUÍA LMCE (1998, 29): “el iniciador y el destinatario de un determinado mensaje de datos podrían ser una y la misma persona, por ejemplo en el caso en que el autor del mensaje de datos lo hubiera generado con la intención de archivarlo”.

---

Sirva como apoyo a esta tesis la definición que encontramos en el Diccionario Panhispánico del Español Jurídico<sup>150</sup> de “archivo electrónico de documentos”: “espacio que se reserva en el dispositivo de memoria de un computador para almacenar porciones de información que tienen la misma estructura y que pueden manejarse mediante una instrucción única”. Parece, a la luz de lo que acabamos de ver, que la expresión “archivo electrónico” podría ser intercambiable por la de “mensaje de datos”, solucionando el problema señalado por ILLESCAS de la bilateralidad ontológica de los mensajes. Sin embargo, esta expresión presentaría un problema similar, y es que el término “archivo” hace alusión a una sola de las funciones atribuidas al mensaje de datos. No parece, por ello, que sea preferible hablar de “archivos electrónicos” en lugar de “mensajes de datos” para hacer referencia a “la información generada, enviada, recibida o archivada o comunicada por medios electrónicos”. La expresión “archivo electrónico” ha hecho mayor fortuna en el Derecho Administrativo (*vid.* art. 17 LPAC). Esta circunstancia, no obstante, no supone un obstáculo respecto de la conveniencia de esta expresión frente a otras ya que, como hemos podido ver, puede entenderse la expresión “archivo electrónico” en un sentido muy similar al de la definición de mensaje de datos. Sin embargo, si lo que se pretende es encontrar un término más apropiado que el de mensaje de datos por ser éste de inicio restrictivo (sugiere bilateralidad) no parece lo más indicado sustituirlo por otro igualmente restrictivo de inicio aunque por razones diferentes.

Con la expresión “documento electrónico” ocurre algo parecido. Como ya hemos dicho antes, un documento es un escrito donde constan datos fidedignos susceptibles de ser empleados como tales para probar algo<sup>151</sup>. En este caso, la falta de idoneidad del término tiene que ver con la finalidad probatoria asociada al “documento”, tanto en un sentido genérico como al documento electrónico. Volveremos sobre esto más adelante.

Interesa detenernos en un primer momento en las reflexiones de DAVARA RODRÍGUEZ (2015, 491-547) acerca del documento electrónico, ya que nos

---

<sup>150</sup> DICCIONARIO (2017, 221).

<sup>151</sup> Nótese la identidad entre la segunda acepción del término “documento” que ofrece la RAE y la primera del Diccionario Panhispánico del Español Jurídico (DICCIONARIO, 2017, 850).

---

permiten rescatar las principales características que la LMCE atribuye al “mensaje de datos” y que, en cualquier caso, están relacionadas con lo que posteriormente llamaremos bienes informacionales digitalizados o contenidos digitales en sentido estricto<sup>152</sup>. Un documento electrónico es información electrificada, es decir, recogida en forma de datos, en soporte electrónico. Esta información consta por escrito. Tradicionalmente, la circunstancia de que una determinada información conste por escrito ha quedado asociada al soporte físico, normalmente papel. Sin embargo, la evolución tecnológica ha permitido disociar una y otra circunstancia, no siendo posible afirmar en la actualidad que toda información escrita deba estar necesariamente adherida a un soporte físico. Esta disociación entre información escrita y soporte tangible figura, con acierto, en el artículo 6.1 LMCE, según el cual “cuando la ley requiera que la información conste por escrito, ese requisito quedará satisfecho con un mensaje de datos si la información que éste contiene es accesible para su ulterior consulta”<sup>153</sup>. Como puede observarse, el hecho de que la información conste por escrito no está asociado a la presencia de un soporte tangible, sino de un soporte duradero (“si la información que éste contiene es accesible para su ulterior consulta”). De ahí la distinción a la que ya hemos hecho referencia en este mismo apartado entre soporte físico o tangible, soporte duradero y soporte electrónico.

El Profesor PRIETO CASTRO (1980, 155) define el documento como “el objeto o materia en que consta, por escrito, una declaración de voluntad o de conocimiento o cualquier expresión del pensamiento”. Esta definición nos permite detenernos en algunas características interesantes de cara al objeto de nuestro estudio. En primer lugar, se define el documento como “objeto o materia”, es decir, como bien material. Tengamos presente el año en que publica esta definición del documento y la fase en que se encontraba entonces el desarrollo tecnológico<sup>154</sup>. Por otra parte, se relaciona, como ya hemos puesto de manifiesto, el documento con la escritura<sup>155</sup>. Finalmente,

---

<sup>152</sup> *Vid. infra*, cap. 5.

<sup>153</sup> *Cfr.* el art. 10.1 LMCE, sobre la conservación de los mensajes de datos, donde se desarrolla este requisito.

<sup>154</sup> *Vid. supra*, cap. 1.

<sup>155</sup> *Cfr.* en este sentido DAVARA RODRÍGUEZ (2015, 491).

---

un documento es continente de información. La información se entiende en este caso en un sentido estricto: “declaración de voluntad o de conocimiento o cualquier expresión del pensamiento”. La información a que se refiere el mensaje de datos se entiende en un sentido mucho más amplio. Por otra parte, tampoco parece que el documento (ni tampoco, por ende, el documento electrónico) deba actuar como continente sólo de información entendida en sentido estricto.

En definitiva, cuando hablamos de documento, podemos afirmar que nos estamos refiriendo a un soporte duradero (sea físico o electrónico) que actúa como continente de una determinada información, entendiendo el término información en el sentido más amplio posible. La información ha de constar por escrito, sin embargo, también este requisito debe interpretarse en un sentido amplio (especialmente si se trata de un documento electrónico). Según la GUÍA LMCE, “el requisito de escrito ha de ser considerado como el nivel inferior en la jerarquía de los requisitos de forma que proporcionan a los documentos de papel diversos grados de fiabilidad, rastreabilidad e inalterabilidad”<sup>156</sup>. El término “escrito”, por tanto, debe entenderse referido a cualquier “sistema de signos utilizado para escribir”<sup>157</sup>, cualesquiera que éstos sean e independientemente del soporte al que queden adheridos<sup>158</sup>. Como puede adivinarse, no parece que existan grandes diferencias entre el concepto de documento con carácter general y el documento electrónico<sup>159</sup>, más allá de las diferencias en cuanto al tipo de soporte y, consecuentemente, los problemas de seguridad e integridad de la información que de ello se derivan<sup>160</sup>.

¿Cuándo hablamos, sin embargo, de documento electrónico? DAVARA RODRÍGUEZ (2015, 492-495) señala tres clases de documentos electrónicos: (1) documentos en soporte papel generados a través de medios informáticos o printout; (2) información almacenada en un soporte electrónico creado por datos almacenados

---

<sup>156</sup> GUÍA LMCE (1998, 37).

<sup>157</sup> Voz “escritura”, Diccionario de la RAE (2ª acepción).

<sup>158</sup> Dicho de otro modo, no debe asociarse la “escritura” únicamente con la escritura alfabética.

<sup>159</sup> En este sentido, DAVARA RODRÍGUEZ (2015, 492): “el soporte informático sobre el que se encuentran las palabras u otros signos que identifican ideas, es un documento con todas las características de cualquier otro de los que tradicionalmente se aceptan en soporte papel”. *Cfr.* art. 5 LMCE y párrafo 17 de la Guía para la incorporación al Derecho interno de la LMCE (GUÍA LMCE, 1998, 21).

<sup>160</sup> La LMCE también se ocupa de esto (*cfr.* art. 8.3.a, sobre el concepto de integridad).

---

en la memoria de un ordenador o input; y (3) el soporte de información electrónico formado mediante el intercambio de mensajes con una estructura determinada utilizando unas normas de intercambio de información, conocido como EDI. Resulta interesante esta clasificación, en primer lugar, por la gradación que ofrece en tres niveles de los documentos electrónicos similar a la que pretendemos ofrecer respecto de lo que queremos denominar “bienes informáticos”: en un primer estadio aquellos que, perteneciendo irremediabilmente al mundo físico, guardan una estrecha relación con el mundo virtual, en este caso, porque han sido generados allí; en un sentido más restrictivo, los que permanecen aún en el mundo virtual pero podrían estar en el mundo físico sin perder su entidad; y, por último, los que sólo pueden tener consideración de tales dentro de un sistema o conjunto de sistemas informáticos o, en otras palabras, en el mundo virtual. Sí nos parece necesario resaltar el matiz que hemos realizado antes en este mismo apartado, y es que no parece que deba identificarse el mensaje de datos (en este caso, el documento electrónico) con el sistema de intercambio electrónico de datos (EDI) cuando la propia LMCE los define de forma diferenciada.

Vistas todas las características atribuidas al concepto de “documento electrónico”, podría afirmarse que parece una expresión más adecuada que la de mensaje de datos ya que no induce a confusión respecto de su posible bilateralidad. La dificultad que presenta la expresión “documento electrónico” no parte de sus cualidades iniciales, sino de la finalidad que se ha atribuido tradicionalmente a los documentos: la prueba. Esta finalidad, como hemos podido ver, está asociada con carácter general a cualquier tipo de documentos. Buena muestra de que la expresión “documento electrónico” está fuertemente vinculada a su finalidad probatoria es su presencia en la normativa sobre firma electrónica. El artículo 3.35 del Reglamento UE 910/2014, de 23 de julio, define el documento electrónico como “todo contenido almacenado en formato electrónico, en particular, texto o registro sonoro, visual o audiovisual”. La Ley española 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica, considera “documento electrónico la información de cualquier naturaleza en forma

---

electrónica, archivada en un soporte electrónico según un formato determinado y susceptible de identificación y tratamiento diferenciado”<sup>161</sup>.

Pese a que tanto una como otra definición del “documento electrónico” parecen ser lo suficientemente próximas a la realidad a la que se refiere el concepto de “mensaje de datos”, la finalidad probatoria asociada a éste y su constante presencia en la normativa relacionada con la firma electrónica desaconsejan su uso con carácter general. Menos adecuada parece la expresión “archivo electrónico”, como tampoco lo es en realidad la de “mensaje de datos”. Debe tenerse presente, por otra parte, que la expresión “mensaje de datos” ha quedado varada en el texto de la LMCE, en favor de otras que han tenido mejor fortuna, y de las que a continuación queremos ocuparnos.

### 3.3.2. Los “servicios de la sociedad de la información”

El concepto de “servicios de la sociedad de la información” viene recogido en la Directiva 2000/31/CE (art. 2.a y Conss. 17 y 18). Para la definición de “servicio de la sociedad de la información”, el artículo 2.a de la Directiva 2000/31/CE se remite al artículo 1.2 de la Directiva 98/34/CE, modificada por la Directiva 98/48/CE. Se entiende por “servicio de la sociedad de la información” todo servicio prestado normalmente a cambio de una remuneración, a distancia, por vía electrónica y a petición individual de un destinatario de servicios. A su vez, se entiende que un servicio es prestado por vía electrónica cuando es enviado desde la fuente y recibido por el destinatario mediante equipos electrónicos de tratamiento y de

---

<sup>161</sup> Ambas disposiciones están actualmente en vigor. El Reglamento UE 910/2014 resulta aplicable desde el 1 de julio de 2016 en su mayor parte (*cf.* art. 52). Puede existir, no obstante, un problema de convivencia entre las normativas nacionales sobre firma electrónica (derivadas de la Directiva 1999/93/CE) y el Reglamento UE 910/2014. Dichas disposiciones nacionales deberán interpretarse de conformidad con el Reglamento UE 910/2014, prevaleciendo éste último en los aspectos en que exista una contradicción frontal. Para un estudio en detalle de algunos de los aspectos del nuevo Reglamento, RODRÍGUEZ AYUSO, J. F., Impacto de la nueva regulación europea sobre identificación electrónica y servicios de confianza en el ámbito de la contratación privada dotada de firma electrónica, Bolonia, 2018. En este punto pretendemos simplemente advertir de la fuerte contaminación de esta expresión y del inconveniente que ello supone de cara a que se la pueda usar con carácter general.

---

almacenamiento de datos y que se transmite, canaliza y recibe enteramente por medios electromagnéticos<sup>162</sup>. La definición que acabamos de dar la completan los Considerandos 17 y 18 de la Directiva 2000/31/CE, señalando que la expresión “servicios de la sociedad de la información” se refiere a cualquier servicio prestado normalmente a título oneroso, a distancia, mediante un equipo electrónico para el tratamiento y el almacenamiento de datos, y a petición individual de un receptor de un servicio (Cons. 17), cubriendo una amplia gama de actividades económicas desarrolladas en línea como puede ser, por ejemplo, la venta de mercancías en línea, servicios no remunerados por sus destinatarios<sup>163</sup> (ofrecer información en línea, comunicaciones comerciales, instrumentos de búsqueda, acceso y recopilación de datos...), la transmisión de información a través de una red de comunicación o el almacenaje de información facilitada por el destinatario de un servicio, el vídeo a la carta o el envío de comunicaciones comerciales por correo electrónico.

Recordemos que el comercio electrónico se define como la realización de transacciones comerciales por vía electrónica, dividiéndose en directo (comercio electrónico de bienes y servicios intangibles) e indirecto (comercio electrónico de bienes materiales y servicios del entorno físico contratados online). Así pues, la expresión “servicios de la sociedad de la información” incluiría todas las actividades que hemos definido ya como propias del comercio electrónico, si bien la entrega física de los productos encargados por vía electrónica no constituye un servicio de la sociedad de la información al no realizarse “por vía electrónica” (PEGUERA POCH y TARRÉS VIVES, 2010, 325) por mucho que forme parte del conjunto de actividades que hemos definido como comercio electrónico indirecto. Más aún, si

---

<sup>162</sup> Este es el punto de conexión que existe entre el concepto de “servicios de la sociedad de la información” y el de “mensaje de datos”, como conceptos nucleares de la Directiva 2000/31/CE y la LMCE respectivamente: la necesidad de la prestación del servicio a través de medios electromagnéticos o, por utilizar la terminología de la LMCE, intercambio electrónico de datos (EDI). Obsérvese, sin embargo, que el concepto nuclear de la Directiva 2000/31/CE es relacional, mientras que el mensaje de datos es estático (sí es relacional el intercambio electrónico de datos). Trataremos nuevamente este punto en el capítulo de conclusiones.

<sup>163</sup> Se sigue, por tanto, una interpretación amplia de la onerosidad, que incluye toda actividad desarrollada por vías electrónicas y que tenga un significado económico, sin que ello implique que sea el usuario final el que deba pagar siempre por el servicio (DÍAZ FRAILE, 2003, 81). *Cfr.* en igual sentido el anexo de definiciones de la LSSICE.

---

tenemos en cuenta que se opta por una consideración amplia del comercio electrónico que incluya no sólo las relaciones contractuales estrictamente sino también otras actividades que no necesariamente finalicen en una relación jurídica de carácter contractual como puedan ser las comunicaciones comerciales, observamos que existe una identidad casi absoluta entre “comercio electrónico” y “servicios de la sociedad de la información” (PLAZA PENADÉS, 2003, 415)<sup>164</sup>. Esta noción amplia de “comercio electrónico” se ve igualmente reflejado en la definición de los servicios de la sociedad de la información, al no exigirse de forma taxativa que la prestación sea de carácter oneroso para ser considerada un servicio de la sociedad de la información. Por tanto, una prestación realizada a través de medios electrónicos, a distancia y a petición individual de un destinatario será considerada como un servicio de la sociedad de la información, aunque el usuario final no deba pagar por ello<sup>165</sup>. Este matiz, amplía el concepto de servicios de la sociedad de la información a actividades que se desarrollan a través de internet y que son normalmente consideradas “gratuitas”, como los buscadores, la publicidad online o las cuentas gratuitas de correo electrónico.

Tanto en la normativa italiana como en la española se produce una recepción casi literal de la definición de servicio de la sociedad de la información. Así, en el Decreto legislativo 70/2003, de 9 de abril, de transposición de la Directiva 2000/31/CE al ordenamiento italiano, encontramos que se definen los servicios de la sociedad de la información como aquellas actividades económicas desarrolladas en línea así como los servicios del artículo 1.1.b de la Ley 317/1986 de 21 de junio. Dicho artículo, por su parte, copia el contenido de la Directiva 98/48/CE, incluidas las deficiencias semánticas en la definición de servicio de la sociedad de la información<sup>166</sup>. Por su parte, la LSSICE, en su Anexo de definiciones, apartado a,

---

<sup>164</sup> En opinión de DÍAZ FRAILE (2002, 80-81) la noción de servicios de la sociedad de la información es más amplia que la de comercio electrónico, siendo ésta la razón por la cual la Directiva 2000/31/CE pasó a llamarse “Directiva relativa a determinados aspectos de la sociedad de la información y en particular del comercio electrónico, en el Mercado Interior”.

<sup>165</sup> Según la LSSICE (Anexo de Definiciones, a), “el concepto de servicio de la sociedad de la información comprende también los servicios no remunerados por sus destinatarios, en la medida en que constituyan una actividad económica para el prestador de servicios”.

<sup>166</sup> El artículo 2.a. define como servicio “todo servicio de la sociedad de la información, es decir, todo servicio prestado normalmente a cambio de una remuneración, a distancia, por vía electrónica y a



---

entiende por servicios de la sociedad de la información “todo servicio prestado normalmente a título oneroso, a distancia, por vía electrónica y a petición individual del destinatario”, comprendiendo igualmente los servicios no remunerados por sus destinatarios en la medida en que constituyan una actividad económica para el prestador de servicios. Aporta, además, una lista ejemplificativa de actividades que constituyen servicios de la sociedad de la información: contratación de bienes o servicios por vía electrónica, subastas electrónicas, gestión de compras en la red, envío de comunicaciones comerciales o suministro de información por vía telemática. De esta lista de ejemplos, vale la pena detenerse en el primero: la contratación de bienes o servicios por vía electrónica. En la exposición de motivos de la Ley se anuncia que se acoge un concepto amplio de servicios de la sociedad de la información que engloba “además de la contratación de bienes y servicios por vía electrónica, el suministro de información por dicho medio (como el que efectúan los periódicos o revistas que pueden encontrarse en la red), las actividades de intermediación relativas a la provisión de acceso a la red, a la transmisión de datos por redes de telecomunicaciones, a la realización de copia temporal de las páginas de internet solicitadas por los usuarios, al alojamiento en los propios servidores de información (...), siempre que represente una actividad económica para el prestador”.

Son, pues, servicios de la sociedad de la información todas aquellas actividades económicas (entendidas en sentido amplio) prestadas normalmente a cambio de remuneración (que puede ser dineraria o de otro tipo), a distancia<sup>167</sup>, por vía electrónica y a petición individual del destinatario.

Cuando hablamos de actividades económicas lo hacemos en un sentido amplio, como ya hemos visto. Nos parece necesario poner de relieve que este tipo de actividades no dejan de ser onerosas por mucho que el usuario final no pague un

---

petición individual de un destinatario de servicios”. Se trata de una definición, como puede verse, circular y excesivamente repetitiva (“servicio es todo servicio”). Otro tanto ocurre cuando define el tercero de los requisitos de los servicios de la sociedad de la información: a petición individual de un destinatario será todo servicio prestado mediante transmisión de datos... “a petición individual”.

<sup>167</sup> Como hemos tenido ocasión de argumentar, los ejes espacio-temporales del mundo físico son cada vez menos relevantes en el entorno virtual.

---

precio (monetario) por ellas. Por esta razón, creemos acertado el matiz del artículo 3.1 de la propuesta 634/2015, respecto de los hasta ahora llamados “contratos gratuitos”<sup>168</sup>. Según este artículo, la propuesta 634/2015 “se aplicará a cualquier contrato en virtud del cual el proveedor suministra contenidos digitales al consumidor o se compromete a hacerlo y, a cambio, se paga un precio o el consumidor facilita activamente otra contraprestación no dineraria en forma de datos personales o de otro tipo”. No se habla ya de contratos gratuitos o sin contraprestación dineraria (*vid.* art. 5.b CESL), sino que se entiende que la contraprestación tiene lugar, pero es de carácter no dinerario, normalmente a través de la entrega o tolerancia de uso de datos personales propios. Esta práctica ya venía teniendo lugar desde finales de los 90, si bien es altamente meritorio que por fin tenga su reflejo en un texto normativo europeo, sin perjuicio del interesantísimo debate acerca del valor económico y jurídico de los datos, del que hablaremos más adelante<sup>169</sup>. La Comisión, por el momento, ha tomado nota de que “los participantes en el mercado ven a menudo, y cada vez más, la información sobre las personas como un valor comparable al dinero”, y que “con frecuencia los contenidos digitales no se intercambian por un precio, sino por una contraprestación diferente al dinero, es decir, permitiendo el acceso a datos personales o a otro tipo de datos” (Cons. 13 propuesta 634/2015). Siendo así, pues, que no existe tal gratuidad del contrato sino onerosidad materializada en una contraprestación no dineraria, no parece razonable que exista un trato distinto en función de si la prestación se realiza a cambio de dinero o de datos (como así ocurría en el caso de la CESL – arts. 100.g y 107-). Así se pronuncia la Comisión en la propuesta 634/2015 cuando afirma que la introducción de una diferenciación dependiendo de la naturaleza de la contraprestación generaría una discriminación entre los diferentes modelos de negocio y ello ofrecería un incentivo injustificado a las empresas para orientarse hacia la oferta de contenidos digitales a cambio de datos, razón por la cual las normas de la propuesta 634/2015 no deberán depender del precio pagado por el

---

<sup>168</sup> Tengamos presente, no obstante, que esta propuesta se refiere a los contratos sobre contenidos digitales y no a la prestación de servicios de la sociedad de la información. Más adelante compararemos uno y otro concepto.

<sup>169</sup> Sobre los datos en tanto que nueva realidad jurídica puede consultarse a SARTOR (2012, 141-198) DE FRANCESCHI y LEHMANN (2015) y ZECH (2016, 51-79).

---

contenido digital (Cons. 13). Esta postura es coherente con la que ya expresara en la Guía interpretativa de la Directiva 2011/83 (p. 64)<sup>170</sup> y con la postura de la mejor doctrina al respecto<sup>171</sup>.

Se entiende por servicios prestados “a distancia” aquellos en los que no existe presencia física simultánea de las partes, aunque impliquen la utilización de dispositivos electrónicos, como ocurre en el caso de las revisiones médicas, la consulta de catálogos online en establecimientos físicos, la reserva de billetes de avión en una agencia de viajes o los juegos electrónicos en un salón recreativo<sup>172</sup>. Debido a la fuerte influencia de la Revolución Digital y en particular de la aceleración en el intercambio de información (que permite hablar de comunicación “en tiempo real”), los esquemas espacio-temporales del mundo físico son cada vez menos relevantes en el entorno virtual. Si bien el requisito de la no presencia física simultánea de las partes continúa vigente respecto de la consideración jurídica de los servicios de la sociedad de la información así como del comercio electrónico (DELFINI, 2014, 354), creemos necesario destacar que gran parte de las actividades realizadas en el entorno virtual sin presencia física simultánea de las partes permiten una fluidez de comunicación igual o incluso superior a la que existiría si las partes se encontraran en el mismo espacio físico. Pensemos, por ejemplo, en una reunión

---

<sup>170</sup> Según se expresa en dicha Guía, los contratos sobre contenidos digitales forman parte del ámbito de aplicación de la Directiva 2011/83 incluso cuando no van aparejados de una contraprestación dineraria por parte del consumidor. Sin embargo, siempre según la Guía, el acceso a una web o la mera descarga de información no deben considerarse como un contrato a los efectos de la Directiva ni, por tanto, dentro de su ámbito de aplicación. Se trata de una restricción en relación con el considerablemente amplio ámbito de aplicación del concepto de servicios de la sociedad de la información de la Directiva 2000/31/CE así como la también amplia noción de comercio electrónico. Coincidimos con CÁMARA LAPUENTE (2014, 103) en que se trata de una limitación cuestionable desde el punto de vista de la teoría general de los contratos.

<sup>171</sup> *Vid.* CÁMARA LAPUENTE (2014, 103), quien considera que pese a que no existe pronunciamiento legislativo expreso acerca de si los contratos “gratuitos” sobre contenidos digitales quedarán amparados por las nuevas normas, éstos sí merecen protección al no existir en la definición legal imposición alguna acerca de la onerosidad o el requisito del precio como necesario para los contratos sobre contenidos digitales. Añade este autor con buen criterio que debe optarse por un concepto amplio de onerosidad, ya que “muchos de los contratos sobre contenidos digitales que se presentan en apariencia como gratuitos, no lo son propiamente, pues el consumidor o usuario cede a cambio sus datos personales, permite la observación de su comportamiento e interacción con el contenido digital...” (*cfr.* Cons. 13 propuesta 634/2015).

<sup>172</sup> Dir. 98/48/CE, Anexo V.

---

de accionistas que se celebra en una gran sala de congresos y que al mismo tiempo se retransmite en *streaming*, permitiendo participar a todo aquél que lo desee de una forma más directa (ej, vía comentarios a través de Twitter o en la propia web donde se está retransmitiendo la reunión y a la que los usuarios acceden tras identificarse).

El “servicio” debe prestarse por vía electrónica, es decir, debe tratarse de un intercambio de información digitalizada mediante equipos electrónicos de tratamiento y almacenamiento de datos. Ello excluye servicios “de contenido material” como la expedición automática de billetes o el acceso a redes de carreteras o aparcamientos, servicios fuera de línea como la distribución física de CDs, y servicios no prestados por medio de sistemas electrónicos de tratamiento o almacenamiento de datos (teléfono, fax y télex)<sup>173</sup>. Igualmente interesante resulta la exclusión parcial del correo electrónico como servicio de la sociedad de la información (Conss. 18 y 39 Directiva 2000/31), a la que ya nos hemos referido. No obedece esta exclusión a que se entienda que el correo electrónico no se realiza “por vía electrónica”, sino a que la contratación entre particulares a través de correo electrónico no necesita quedar protegida por la normativa sobre servicios de la sociedad de la información al no gozar de ninguna especificidad respecto de la regulación general de los contratos (PLAZA PENADÉS, 2003, 423).

Finalmente, debe tratarse de servicios prestados a petición individual del destinatario. Se excluyen, por tanto, aquellos servicios prestados mediante transmisión de datos sin petición individual y destinados a la recepción simultánea por un número ilimitado de destinatarios, como ocurre en los casos de radiodifusión televisiva, radiodifusión sonora o teletexto<sup>174</sup>. La razón de ser de esta última exclusión tiene que ver con la intención de mantener una normativa específica para los servicios de radiodifusión. Esta especificidad se encuentra, sin embargo, en crisis debido a la convergencia tecnológica (PEGUERA POCH y TARRÉS VIVES, 2010, 324): la prestación de servicios audiovisuales a través de internet a petición individual de los contenidos televisivos o de radio son una realidad cotidiana que aconseja cierto tratamiento unitario como el que se proporciona por la Directiva

---

<sup>173</sup> Dir. 98/48/CE, Anexo V.

<sup>174</sup> Dir. 98/48/CE, Anexo V.

---

2010/13/UE (*vid.* Cons. 11). Esta Directiva ha dado lugar a una suerte de concepto intermedio: los servicios de comunicación audiovisual no lineales o servicios de comunicación audiovisual a petición, entendiendo por tales aquellos servicios de comunicación audiovisual ofrecidos por un prestador del servicio de comunicación para el visionado de programas en el momento elegido por el espectador y a petición propia sobre la base de un catálogo de programas seleccionado por el prestador del servicio de comunicación (art. 1.1.g). Esta categoría intermedia, por lo demás necesaria, supone un ámbito de confluencia entre los servicios de la sociedad de la información y los servicios tradicionales de radiodifusión televisiva en la medida en que los nuevos “servicios de comunicación audiovisual no lineales” se rigen por una y otra normativa. A esta nueva categoría le resultará también aplicable la normativa emanada de la EMUDE, especialmente la propuesta de Reglamento 627/2015, de 9 de diciembre, sobre portabilidad transfronteriza de servicios de contenidos online en el mercado interior (Cons. 14 y art. 2.e)<sup>175</sup>.

Sin tener en cuenta la normativa actual (Directiva 2011/83/UE) o la que está por venir (propuestas 634 y 635 /2015), este concepto tan amplio de servicios de la sociedad de la información plantea una varios problemas al menos desde un punto de vista terminológico: parecería que toda la actividad económica que tiene lugar en la Red se desarrolla en términos de “servicios”, incluida la contratación de bienes<sup>176</sup>. Es decir, es “servicio de la sociedad de la información” tanto un contrato de compraventa online de un bien físico (o de suministro de contenido digital) como un contrato de prestación de servicios concertado online. Dicho de otro modo, se usa la expresión “servicio” con un significado impropio o desprovisto de su carga jurídica (realización de una actividad en beneficio de otro a cambio de un precio). Los problemas de superposición de conceptos para una misma realidad se agravarán,

---

<sup>175</sup> El art. 2.e de la propuesta de Reglamento 627/2015 entiende por servicio de contenido en línea “un servicio (...) que un prestador de servicios presta legalmente en línea en el Estado miembro de residencia con carácter portable y que constituye un servicio de comunicación audiovisual con arreglo a la Directiva 2010/13/UE o un servicio cuya característica principal es la provisión de acceso y la utilización de obras, otras prestaciones protegidas o transmisiones de organismos de radiodifusión, ya sea en forma lineal o a la carta”.

<sup>176</sup> Ya hablamos en el apartado sobre la economía digital acerca de la expansión de los servicios a costa de los bienes.

---

como veremos, con la inclusión de la categoría contractual del “suministro de contenidos digitales”.

### 3.3.3. Los “contenidos digitales” y su evolución expansiva<sup>177</sup>

#### 3.3.3.1. Antecedentes y situación actual

En la CESL se definen por primera vez los “contenidos digitales” (art. 2.j CESL), como “los datos producidos y suministrados en formato digital, siguiendo o no las especificaciones del consumidor, incluidos los contenidos videográficos, sonoros, fotográficos o escritos; los juegos digitales; los programas informáticos; y los contenidos digitales que permitan personalizar equipos o programas informáticos existentes; con exclusión de: (i) los servicios financieros, incluidos los servicios bancarios en línea; (ii) el asesoramiento jurídico o financiero prestado por vía electrónica; (iii) los servicios sanitarios electrónicos; (iv) los servicios y redes de comunicaciones electrónicas y los recursos y servicios asociados; (v) los juegos de azar; (vi) la creación de nuevos contenidos digitales y la modificación de los ya existentes por los consumidores o cualquier otra interacción con las creaciones de otros usuarios.”

El concepto de “contenido digital” debe conectarse por una parte con el de “bienes”, que según el artículo 2.h CESL es “todo artículo mueble material, con exclusión de: (i) la electricidad y el gas natural; y (ii) el agua y otros tipos de gases a menos que estén envasados para la venta en un volumen delimitado o en cantidades determinadas”; con el de “compraventa” (art. 2.k CESL), entendida como todo contrato en virtud del cual el comerciante (“el vendedor”) transfiere o se compromete a transferir a otra persona (“el comprador”) la propiedad de los bienes, y el comprador paga o se compromete a pagar su precio”, incluyendo “los contratos de

---

<sup>177</sup> Para una comparativa acerca de la evolución del concepto de contenidos digitales, CÁMARA LAPUENTE (2014, 112-114; 2016, 14-17). Igualmente interesante en este punto resulta la lectura de APARICIO VAQUERO (2016, 1-58), sobre los contenidos digitales en relación con la propiedad intelectual.

---

suministro de bienes que se deban fabricar o producir (contratos de obra), pero se excluyen los contratos de compraventa judicial o los contratos que impliquen, de cualquier manera, el ejercicio de autoridad pública”; y, finalmente, con el concepto de “servicios relacionados” (art. 2.m CESL), entendidos como “cualesquiera servicios relacionados con bienes o contenidos digitales, como la instalación, el mantenimiento, la reparación o cualquier otro tratamiento, prestados por el vendedor de los bienes o el proveedor de los contenidos digitales en virtud del contrato de compraventa, el contrato de suministro de contenidos digitales o un contrato de servicios relacionados separado celebrado en el mismo momento que el contrato de compraventa de los bienes o el contrato de suministro de contenidos digitales, con exclusión de: (i) los servicios de transporte, (ii) los servicios de formación, (iii) los servicios de apoyo a las telecomunicaciones, y (iv) los servicios financieros”. Como veremos seguidamente, el contrato de suministro de contenidos digitales se construye en torno a la figura de los contenidos digitales como concepto nuclear, razón por la cual es especialmente importante su estudio.

La definición de los contenidos digitales en la CESL adolece de ciertas deficiencias tanto desde un punto de vista meramente semántico como desde un punto de vista jurídico. Desde un punto de vista semántico, se trata de una definición redundante, pues en la ejemplificación (la lista de “contenidos digitales” es de tipo *numerus apertus*, ya que dice “incluidos...”) se dice que son contenidos digitales “los contenidos digitales que permitan personalizar equipos o programas informáticos existentes”. Se trata, de un ejemplo de carácter tautológico que no aporta nada al esclarecimiento del concepto de contenidos digitales. Si bien la idea de establecer exclusiones expresas puede ayudar a delimitar el concepto (diciendo lo que no es), llama la atención, de nuevo desde un punto de vista meramente semántico, que figure de nuevo la expresión “contenidos digitales”, en este caso para excluir del concepto “la creación de nuevos contenidos digitales y la modificación de los ya existentes por los consumidores”.

Desde un punto de vista jurídico, no son menores las sorpresas que ofrece esta definición. Resulta igualmente redundante la exigencia de que los datos sean “producidos y suministrados” en formato digital, pues lo importante es cómo llegan

---

al consumidor (GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, 2013, 753)<sup>178</sup>. Parece necesario en relación con este aspecto, aclarar que son también datos “producidos y suministrados en formato digital” aquellos que se entregan en un CD o DVD. Estos continentes físicos son “soportes”, y su consideración como bienes muebles a efectos de la Directiva 2011/83/UE (Cons. 19) no es óbice para hablar de “formato digital”, ya que ello no es incompatible con el hecho de que se trate de soportes físicos<sup>179</sup>. También redundante resulta hablar de “programas de ordenador” y “aplicaciones” como si se tratase de ejemplos distintos cuando las aplicaciones no son otra cosa que programas de ordenador. Impreciso, además, resulta que muchos de los ejemplos de “contenidos digitales” sean obras ya protegidas por la normativa de propiedad intelectual sin más precisiones jurídicas al respecto (GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, 2013, 753). CÁMARA LAPUENTE (2014, 112), en cambio, considera acertada la opción del legislador europeo pese a las deficiencias señaladas<sup>180</sup>.

Se excluyen, por otra parte, determinados servicios como los servicios financieros, el asesoramiento jurídico o financiero prestado por vía electrónica, los servicios sanitarios electrónicos o los servicios y redes de comunicaciones electrónicas, así como los juegos de azar y la creación de nuevos contenidos digitales<sup>181</sup>. Los contenidos digitales son, en la CESL como en el resto de textos normativos que los mencionan, determinados elementos de la realidad metajurídica

---

<sup>178</sup> CÁMARA LAPUENTE (2014, 112), entiende que si bien la crítica es acertada la mención a las dos etapas (producción y distribución) no resulta del todo superflua y, en todo caso, no es nociva. APARICIO VAQUERO (2016, 6) coincide con GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ en afirmar que la cualidad esencial de los contenidos no tiene que ver con “lo que son”, sino con el formato en que son presentados (digital).

<sup>179</sup> *Cfr.* Cons. 11 propuesta 634/2015, que entiende que la Directiva propuesta debe aplicarse a todos los contenidos digitales (recordemos, datos producidos y suministrados en “formato digital”) independientemente del “soporte” utilizado para su transmisión. Sobre la distinción entre soporte físico, soporte duradero y soporte electrónico (o formato digital) puede verse el apartado anterior sobre el mensaje de datos.

<sup>180</sup> Según este autor, “Aunque podrían formularse críticas tanto al tenor literal de la definición legal como a la transcrita ejemplificación, lo cierto es que el criterio adoptado (producción y suministro digital), tiene, en su amplitud, una doble valía: por una parte, esa holgura es beneficiosa para una elevada protección del consumidor, al no existir ninguna restricción a contenidos digitales excluidos del ámbito protector de la norma”.

<sup>181</sup> Aunque estas exclusiones no figuran en la Directiva 2011/83/UE, la normativa sobre contenidos digitales resulta en la práctica de escasa aplicación a servicios sanitarios, juegos de azar, servicios financieros o servicios de conexión a internet (CÁMARA LAPUENTE, 2014, 113).



---

(física o virtual) relevantes para el Derecho en tanto que posibles objetos sobre los que recaería un contrato: el contrato de suministro de contenidos digitales. Por otra parte, los servicios expresamente excluidos de la definición de contenidos digitales así como la creación de nuevos contenidos digitales son categorías contractuales específicas, tipos de contratos, que tendrán por objeto sobre el que recae el contrato un determinado elemento de la realidad metajurídica (tratándose de contratos de servicios, una actividad; en el caso de la creación de contenidos digitales nuevos o modificación de los existentes, contenidos digitales). ¿Qué necesidad hay de excluir determinado tipo de contratos de la definición de un concepto jurídico que no se refiere a una categoría contractual sino a un elemento de la realidad metajurídica (los contenidos digitales) que resulta relevante para el Derecho en la medida en que puede ser un posible objeto sobre el que recaigan ulteriores contratos?

Parece ser, en cualquier caso, que el contrato de suministro de contenidos digitales, que no llega a definirse en la CESL, se construye como una categoría ad hoc equiparable, al menos en este texto, al contrato de compraventa; si bien llamada de modo distinto en razón del objeto sobre el que el contrato recae (los contenidos digitales)<sup>182</sup>. En el Cons. 17 de la CESL podemos leer que el incremento de la importancia de la economía digital aconseja que la CESL resulte aplicable igualmente a los contratos de suministro de contenidos digitales (esta categoría contractual no estaba incluida en el texto originario). Seguidamente dice que la transferencia de contenido digital a través de almacenamiento, procesamiento o acceso así como de uso repetido (como por ejemplo, la descarga de música) ha aumentado considerablemente y supone un gran potencial de crecimiento si bien se encuentra rodeado de una enorme fragmentación normativa e inseguridad jurídica<sup>183</sup>. De ello podemos deducir que cuando la CESL habla de “suministro de contenidos digitales” se refiere a la transferencia (es decir, provisión, entrega... dare) de éstos a través de los procedimientos mencionados. No obstante, no llega a identificar estas actividades con el contrato de compraventa (al que define como la transferencia de bienes muebles corporales a cambio de un precio – arts. 2.k y h-) sino que le da una nomenclatura propia que ha llevado entender que se trata de un *tertium genus*, no

---

<sup>182</sup> En este sentido, GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ (2013, 758).

<sup>183</sup> Esta circunstancia ya fue advertida en la IECE en 1997, y reiterada en la EMUDE en 2015.

---

necesariamente indistinguible con el contrato de compraventa, lo cual dependerá de cada Ordenamiento jurídico ya que la CESL no quiere interferir en este aspecto (cfr. Cons. 19 Dir. 2011/83/UE). Como ya se ha dicho, la lista de definiciones de la CESL resulta poco sistemática además de incompleta. Si bien se define el contrato de venta (art. 2.k), el de venta de consumo (art. 2.l), y el de servicio relacionado (art. 2.m), el concepto de bienes (art. 2.h) y el de contenido digital (art. 2.j) no se define el nuevo contrato de suministro de contenidos digitales. Parece claro, en cualquier caso, que independientemente de que consideremos que se trata de un contrato análogo al de compraventa o de un *tertium genus*, la figura contractual se construye en torno al objeto sobre el que recae el contrato (los contenidos digitales) y no al objeto del contrato (la transferencia o entrega de éstos); lo cual resulta llamativo teniendo en cuenta que la creación de tipos contractuales gira en torno a la prestación característica de cada uno de ellos (es decir, al objeto del contrato) y no en torno a la concreta actividad a desarrollar o producto objeto de cambio (objeto sobre el que recae el contrato).

La CESL y la Directiva 2011/83 son prácticamente coetáneas y ambas beben de idénticas fuentes de inspiración (CÁMARA LAPUENTE, 2014, 112). En uno y otro texto se recoge un concepto muy similar de contenidos digitales. Según la Directiva 2011/83, son contenidos digitales los datos producidos y suministrados en formato digital (art. 2.11), tales como programas de ordenador, aplicaciones, juegos, música, vídeos o textos informáticos independientemente de si se accede a ellos a través de descarga o emisión en tiempo real, de un soporte material o por otros medios (Cons. 19). Se mantiene de este modo el contenido básico de la CESL, si bien con notables diferencias. Por una parte, la definición de contenido digital se corresponde estrictamente con la del artículo 2.11, que, es la que ha sido transpuesta a los Ordenamientos de los Estados miembros (*vid.* art. 45.m *Codice del consumo* y art. 59 *bis.1.i* TRLGDCU), mientras que la lista ejemplificativa del art. 2.j CESL ha sido desplazada al Considerando 19 de la Directiva, que no ha sido transpuesta ni en Italia ni en España (si bien su contenido sería igualmente aplicable en los Estados miembros de la UE en virtud del principio de interpretación conforme al Derecho de la UE de los Derechos nacionales). Por otra parte, se elimina la referencia que hacía la CESL a que no se tendrán en cuenta las especificaciones del comprador, por tanto

---

serán contenidos digitales tanto aquellos datos “producidos y suministrados en formato digital” para su distribución en masa como aquellos otros que se hayan “producido y suministrado en formato digital” siguiendo especificaciones del consumidor (ej, contenidos generados por usuarios, personalización de equipos y programas ya existentes, mensajería instantánea, computación o almacenamiento en la nube...) <sup>184</sup>. Finalmente, no se incorporan las excepciones expresas que siguen a la definición del artículo 2.j CESL, cuya ubicación resultaba bastante cuestionable, si bien algunas de ellas quedan igualmente recogidas (CÁMARA LAPUENTE, 2014, 113).

Existe una importante confusión acerca de los contenidos digitales: ¿son bienes, son servicios, son productos... o son, igual que el propio contrato construido en torno a ellos, un *tertium genus*? En un primer momento, se barajó la opción de separar entre “bienes digitales” y “servicios digitales”, si bien rápidamente se optó por la expresión “contenidos digitales” con idea de soslayar los debates que comenzaban a suscitarse acerca de dónde acababan los bienes y dónde empezaban los servicios así como el tipo de contratos que servían de cauce para su tráfico (CÁMARA LAPUENTE, 2014, 93). No obstante, esta distinción parece haber sido tomada nuevamente en consideración por parte de la UE <sup>185</sup>. Debe tenerse siempre presente que desde un punto de vista estrictamente normativo dicha categoría sólo existe en el Derecho de consumidores (APARICIO VAQUERO, 2016, 4). Por otra parte, la Directiva identifica los contenidos digitales con los “datos”, que no son otra cosa que información contenida en bits y dispuesta para su tratamiento por un ordenador (ZECH, 2016, 53). Entre los ejemplos que aporta el Considerando 19 de la Directiva figuran programas de ordenador, aplicaciones, juegos, música, vídeos o textos informáticos. Tanto de la definición como de los ejemplos aportados por el Considerando 19 podemos deducir, a priori, que se identifican los contenidos digitales con cierto tipo de bienes inmateriales recogidos en soporte o formato

---

<sup>184</sup> Estas consideraciones, que en la actualidad no acaban de estar claras (tampoco existe una exclusión expresa) han acabado cristalizando en la, de momento, propuesta de Directiva 634/2015.

<sup>185</sup> Las enmiendas presentadas por el Consejo en junio de 2017 vuelven a esta idea inicial, distinguiendo entre “digital content” y “digital service” (*cfr.* propuesta de enmienda del art. 2.1 Prop. 634/2015).

---

digital<sup>186</sup>. Pese a que, según hemos visto, se prefirió optar por la expresión “contenidos digitales” en lugar de otras como “productos digitales” con la intención de ampliar el ámbito de aplicación a determinado tipo de servicios anejos a la distribución de contenidos digitales, puede que este objetivo no se haya alcanzado adecuadamente. En primer lugar, por una cuestión puramente gramatical: una cosa es que el contrato de suministro de contenidos digitales pueda incluir determinado tipo de servicios online y otra que los propios contenidos digitales se identifiquen con dichos servicios. Estamos a expensas, en relación con esto, del éxito que tengan las enmiendas propuestas por el Consejo en junio de este año.

A continuación, examinaremos cuál es la situación del Derecho de consumo a este respecto en España y en Italia. Recordemos que la Directiva 2011/83 ha obligado a incluir, en lo que aquí interesa, dos definiciones: contenidos digitales y bienes. En el caso de España estas definiciones han sido incorporadas a través de un nuevo artículo, el 59 *bis*. Así, el art. 59 *bis*.1.i define los contenidos digitales como “los datos producidos y suministrados en formato digital; mientras que en el artículo 59 *bis*.2 podemos leer lo siguiente: “a los efectos de este libro, título I, capítulo I, artículos 66 *bis* y 66 *ter* y del título III, se consideran bienes a las cosas muebles corporales, excepto los vendidos por la autoridad correspondiente tras un embargo u otra medida similar. El agua, el gas y la electricidad se considerarán bienes cuando estén envasados para su comercialización en un volumen delimitado o en cantidades determinadas”. Se trata, en este último caso, de una redacción ciertamente defectuosa (CÁMARA LAPUENTE, 2014, 107) por cuanto que no permite de

---

<sup>186</sup> SMIDT-KESSEL entiende por contenido digital “an intangible ítem in the form of digital data stored on a data storage médium, irrespective of whether or not is transferred together with that médium” (CÁMARA LAPUENTE, 2014, 114). APARICIO VAQUERO (2016, 6) entiende que el contenido digital “no es un particular tipo de cosa o bien como tal, sino uno presentado (producido, suministrado) de una particular forma o en un concreto formato (digital o electrónico)”. Se trata de un matiz interesante, por cuanto disocia con acierto cualquier confusión que pudiera producirse respecto del régimen de protección de los contenidos digitales en tanto que contenidos digitales y de aquellos contenidos digitales que son, además, obras de propiedad intelectual. No obstante, debe tenerse en cuenta la fecha de este trabajo, anterior a las enmiendas presentadas por el Consejo (junio de 2017), donde se vuelve a la idea inicial de distinguir entre bienes y servicios digitales, ahora distinguiendo entre “contenidos digitales” y “servicios digitales”. De salir adelante esta enmienda, los contenidos digitales se referirían a cierto tipo de “bienes” o “cosas”, por mucho que la razón de ser de esta figura y su régimen de protección fueran muy distintos del de la propiedad intelectual. Desde luego, resulta muy acertado advertir de que los contenidos digitales pueden ser creaciones de todo tipo, y no necesariamente obras protegidas por la Propiedad intelectual (APARICIO VAQUERO, 2016, 7).

---

forma clara saber a qué partes del TRLGDCU resulta aplicable. Podría entenderse que el artículo 59 *bis.2* sólo afecta a los artículos 66 *bis*, 66 *ter*, 107, 110 y 111 TRLGDCU a través de una mala técnica legislativa que va concretando primeramente la ubicación de los artículos 66 *bis* y *ter* y luego hace una remisión global al Título III; o bien, que el artículo 59 *bis* debe entenderse aplicable a todo el capítulo I (arts. 59 a 67 TRLGDCU), pues de otro modo no se entendería que quedara mencionado, aunque igualmente sería absurdo desde esta interpretación citar expresamente los artículos 66 *bis* y *ter* si ya se ha dicho que el art. 59 *bis.2* resulta aplicable al capítulo I del Título I del Libro II por entero. A ello hay que añadir que el TRLGDCU, en su artículo 6 define el concepto de producto como “todo bien mueble conforme a lo previsto en el artículo 335 CC”, y este artículo, al definir los bienes muebles como una categoría residual contrapuesta a los inmuebles, permite incluir en ella los bienes inmateriales (entre los que hemos incluido, al menos de momento, los que la Directiva llama “contenidos digitales”). La remisión del art. 6 TRLGDCU al art. 335 CC es fruto de una poco cuidadosa transposición del artículo 1.2.b de la Directiva 1999/44/CE, que considera bien de consumo “cualquier bien mueble corpóreo”). Este contenido fue adecuadamente transpuesto en la Ley 23/2003, de 10 de julio; pero en la elaboración del TRLGDCU se cambió la expresión “bien de consumo” por “producto de consumo” y se suprimió el requisito de la corporalidad. Mención aparte merece el mal llamado “concepto legal de producto” (art. 116 TRLGDCU), que se identifica con “cualquier bien mueble, aun cuando esté unido o incorporado a otro bien mueble o inmueble, así como el gas y la electricidad”, pues resulta aplicable exclusivamente a los daños causados por determinados productos (los que se identifican con el “concepto legal” de producto).

En el *Codice del consumo* los contenidos digitales están definidos igualmente como “i dati prodotti e forniti in formato digitale”, y los bienes como “qualsiasi bene mobile materiale ad esclusione dei beni oggetto di vendita forzata o comunque venduti secondo alter modalità dalle autorità giudiziarie; rientrano fra i beni oggetto della presente direttiva l’acqua, il gas e l’elettricità, quanto sono messi in vendita in un volume delimitato o in quantità determinata” (art. 45.1.m) y c) respectivamente). Como vemos, respetan igualmente el contenido de la Directiva pero, a diferencia del art. 59 *bis.2* TRLGDCU, el art. 45.1.c del *Codice del consumo* no realiza una

---

complicada delimitación del ámbito de aplicación de la definición de “bene”. Encontramos algo más de dificultades en la definición de “prodotto”, pues existen tres (arts. 3.e, 18.1.c y 115.1). Sin perjuicio de la definición de “prodotto” en el artículo 115.1, que coincide con la del 136 TRLGDCU, interesa analizar las definiciones de los artículos 3 y 18. Según el artículo 3.e, son productos “qualsiasi prodotto destinato al consumatore, anche nel quadro di una prestazione di servizi, o suscettibile, in condizioni ragionevolmente prevedibili, di essere utilizzato dal consumatore, anche se non a lui destinato, fornito o reso disponibile a titolo oneroso o gratuito nell’ambito di un’attività commerciale, indipendentemente dal fatto che sia nuovo, usato o rimesso a nuovo; tale definizione non si applica ai prodotti usati, forniti come pezzi d’antiquariato, o come prodotto da riparare o da rimettere a nuovo prima dell’utilizzazione, purché il fornitore ne informi per iscritto la persona cui fornisce il prodotto”. Se trata, como puede verse, de una definición de carácter circular (es producto cualquier producto), lo cual no permite avanzar demasiado. No obstante esta pega, da una descripción bastante detallada de qué productos son relevantes a efectos del *Codice del consumo* y cuáles no. Parece que igualmente se refiere a bienes, incluso cuando éstos son destinados al consumidor o previsiblemente serán usados por él en el marco de una prestación de servicios. Sin embargo, el artículo 18.1.c define de nuevo el término “prodotto” como “qualsiasi bene o servizio, compresi i beni immobili, i diritti e le obbligazioni”. Si bien debemos tener presente que este artículo resultaría aplicable exclusivamente al Título III del *Codice del Consumo* (sobre prácticas comerciales, publicidad y comunicaciones comerciales), debemos apuntar al menos la confusión que genera este artículo visto desde la óptica desde la que abordamos este trabajo: a través de un mismo concepto (“prodotto”) se designan al mismo tiempo bienes y actividades, y derechos y obligaciones. Debe entenderse, por tanto, que en lo referente al Título III del *Codice del consumo*, las actividades, los derechos y las obligaciones se han “cosificado” en la medida en que se las valora como “productos publicitarios”.

Por tanto, ante la pregunta de si los contenidos digitales pueden adscribirse a una de estas tres categorías (bienes, productos y servicios), podemos apuntar que se trata de determinado tipo de bienes, concretamente bienes informacionales (no en vano,

---

se definen como “datos” producidos y suministrados en formato digital)<sup>187</sup>. En la medida en que el término “bienes” busca estar restringido, al menos en el ámbito del derecho de consumo, a los bienes muebles corporales, podemos ubicar a los contenidos digitales en la categoría de productos<sup>188</sup> (sin que por ello pierdan autonomía), ya que este término tanto en el Derecho español (art. 6 TRLGDCU) como en el italiano (art. 3.e *Codice del consumo*) permite incluir a los bienes inmateriales o al menos no los excluye<sup>189</sup>. El art. 3.e del *Codice del consumo* nos da, además, la clave para responder sobre si los contenidos digitales son o no servicios. Recordemos que más allá de que empieza con una definición circular, realiza una puntualización interesante: también serán productos aquéllos destinados al consumidor o a su uso en el marco de una prestación de servicios. Por tanto, el hecho de que los contenidos digitales puedan ser “suministrados” al consumidor “en el marco de” contratos calificables como de servicios no los convierte en servicios, sino simplemente en productos destinados al consumidor o a que éste los use “en el marco de” una prestación de servicios. Dicho de otro modo, no debe confundirse el plano de los contratos con el plano del objeto contractual.

Debemos llamar la atención acerca de la confusión de planos que existe en la definición de los contenidos digitales y que ya podía advertirse en la CESL. Una de las exclusiones que figura en la definición de contenidos digitales de la CESL es la creación de nuevos contenidos digitales y la modificación de los ya existentes. Se trata de una doble confusión. Por una parte, se excluye una actividad de un concepto jurídico más cercano a la categoría de los bienes; por otra, se excluye un tipo contractual (el contrato de obra) a través de una alusión ciertamente poco clara de la definición de un elemento de la realidad metajurídica con relevancia jurídica como son los contenidos digitales. Dicho de otro modo, no tendría sentido que el artículo 333 CC-ESP o el 810 CC-IT excluyeran de la definición de bienes el contrato de obra, como tampoco tendría sentido que se especificara que los contratos de obra para la creación de contenidos digitales no son contenidos digitales. Esta confusión

---

<sup>187</sup> Sobre la información entendida como bien y la distinción entre bienes informacionales y contenidos digitales, *vid. infra* apdo. 454.

<sup>188</sup> En opinión de CÁMARA LAPUENTE (2014, 114), la intención originaria del legislador europeo era regular los “productos digitales”.

<sup>189</sup> *Cfr.* matiz de APARICIO VAQUERO (2016, 6).

---

de planos parte de la anómala construcción del tipo contractual del “suministro de contenidos digitales”. ¿Por qué continúa existiendo una confusión de planos cuando afirmamos que son contenidos digitales tanto aquellos producidos en masa como los que se han producido siguiendo las especificaciones del consumidor? Porque cabe preguntarse si la existencia de “especificaciones del consumidor” es relevante de cara a la calificación del contrato como venta o como obra<sup>190</sup>. En cualquier caso, estas divagaciones dejan de tener sentido desde el momento en que el Considerando 19 especifica claramente que los contratos de suministro de contenidos digitales “no deben ser clasificados a efectos de la presente Directiva como contratos de venta ni como contratos de servicios”. Pese a todo, sigue siendo una confusión de planos. Volviendo a los artículos 333 CC-ESP y 810 CC-IT, que definen los bienes como “todas las cosas que son o pueden ser objeto de apropiación” (art. 333 CC-ESP) y como “las cosas que pueden constituir objeto de derechos” (art. 810 CC-IT). ¿Tendría sentido que se definiesen los bienes como “todas las cosas que son o pueden ser objeto de apropiación, independientemente de si se han seguido o no las especificaciones del comitente/comprador/cliente”? Evidentemente no, pues éstos se definen como elementos de la realidad material con relevancia jurídica cuando reúnen unas características determinadas que tienen que ver con sus cualidades, y no con los contratos a través de los cuales circulan en el tráfico jurídico. Esta misma reflexión resulta aplicable a la puntualización acerca de las “especificaciones del consumidor” en el caso de los contenidos digitales; con la particularidad de que en este último caso tiene algo más de sentido porque el contrato que sirve para su circulación se construye en torno al objeto de tráfico, es decir, a los contenidos digitales<sup>191</sup>.

---

<sup>190</sup> Estaremos ante una actividad cercana al contrato de compraventa cuando las especificaciones del consumidor en relación con los contenidos digitales que deben ser producidos tengan lugar en un contexto en el que la empresa productora se dedique a su producción en masa, de manera que el consumidor elija de entre las opciones que dicha empresa le ofrece sin condicionar en exceso las características que tendrá el contenido digital o haciéndolo en un grado mínimo o meramente adaptativo a su entorno.

<sup>191</sup> Se ha dicho que con estas definiciones “funcionales” la UE quiere respetar el ámbito propio de los Estados Miembros y no inmiscuirse en cuestiones de Derecho interno como es la elaboración del Derecho de contratos. Ciertamente es que configurando el contrato de suministro de contenidos digitales en torno al objeto de tráfico es posible afirmar, respetando la coherencia interna, que este contrato no debe considerarse ni compraventa ni servicios; pero, ¿definir un tipo contractual en torno a su objeto



---

Finalmente, en la propuesta de Directiva 634/2015 se amplía considerablemente el concepto de “contenidos digitales” con intención de hacer frente al rápido desarrollo tecnológico (Cons. 11) al incluir el *cloud computing* o las redes sociales, acogiendo tanto el criterio del GRUPO DE AMSTERDAM (2011, ii)<sup>192</sup> como las enmiendas propuestas al CESL por el Parlamento Europeo (CÁMARA LAPUENTE, 2014, 113). Al ampliarse el concepto de contenidos digitales se amplía también el ámbito de aplicación del contrato de suministro de contenidos digitales, pues esta figura continúa construyéndose en torno al objeto sobre el que recae el contrato. Se introduce, además, una novedad importante respecto de la Directiva 2011/83, y es que aquellos contenidos digitales insertos en dispositivos que actúen como meros continentes de los mismos quedarán dentro del ámbito de aplicación de la misma, es decir, del contrato de suministro de contenidos digitales (Cons. 12). De este modo, se despejan dudas acerca de si la consideración de éstos como bienes determinaba su inclusión en el contrato de compraventa y no en el de suministro de contenidos digitales (Cons. 19 Directiva 2011/83). Interesa destacar también el artículo 2.8 de la propuesta de Directiva, que define el entorno digital como el “*hardware*, contenidos digitales y cualquier conexión a la red en la medida en que se encuentren bajo el control del usuario”<sup>193</sup>. Por tanto, cuando la Directiva habla de “entorno digital”, debemos entender que se refiere al entorno digital del consumidor y no al entorno digital en general o ciberespacio. En cualquier caso, sí parece acertado definirlo como el conjunto integrado por *hardware*, contenidos digitales y conexión a internet, pues es la interacción de estos tres elementos la que genera el entorno virtual. Este concepto juega un papel fundamental en lo que la propuesta de Directiva llama “integración”, que actúa como una suerte de equivalente funcional en el entorno digital de la instalación de los productos en el Derecho de consumo.

Como ya hiciéramos respecto de la definición de contenidos digitales en la CESL, debemos conectar la definición de contenidos digitales en la Directiva

---

de tráfico no es igualmente inmiscuirse en la elaboración del Derecho de contratos, introduciendo, además, un método completamente anómalo de elaboración del tipo contractual?

<sup>192</sup> Tabla 1, definición de “servicios digitales”.

<sup>193</sup> *Cfr.* la definición de “entorno digital” en la propuesta de Directiva 634/2015 con la de “sistema de información en la GUÍA LMCE (1998, 30): “toda la gama de medios técnicos empleados para transmitir, recibir y archivar información”.

---

2011/83/UE, precisamente, con la definición de “bienes” que en la misma se aporta. El artículo 2.3 de la Directiva 2011/83 recoge una definición de bienes muy similar a la de la CESL: se considera bien “todo bien mueble tangible, excepto los bienes vendidos por la autoridad judicial tras un embargo u otro procedimiento. El agua, el gas y la electricidad se considerarán bienes en el sentido de la presente Directiva cuando estén envasados para la venta en un volumen delimitado o en cantidades determinadas”. En primer lugar, existe una diferencia entre esta definición y la de la CESL que salta a la vista: en este caso se excluyen los bienes vendidos por autoridad judicial tras un procedimiento de embargo. Por otra parte, observamos que en esta ocasión lo definido (los bienes en este caso) vuelve a entrar en la definición: es bien todo bien que reúne unas determinadas características.

Más allá de las reservas en relación con la técnica cuanto menos descuidada que parece usar el legislador europeo para definir ciertos conceptos, debe señalarse que la definición de “bienes” del artículo 2.3 es sustancialmente similar a la del artículo 1.2.b de la Directiva 1999/44/CE. Quizás habría sido más sencillo e incluso más recomendable que la Directiva 2011/83 se remitiera a este artículo (incluso modificando su contenido si así se hubiera estimado), de manera que un mismo concepto jurídico no tuviese dos definiciones prácticamente idénticas en dos Directivas distintas. Así ocurre en la propuesta 634/2015, cuyo artículo 20 propone la modificación del contenido del artículo 1.2.b de la Directiva 1999/44/CE. Sin embargo esta propuesta no soluciona dicha duplicidad, pues ignora la existencia del artículo 2.3 de la Directiva 2011/83. ¿No podría aprovecharse la propuesta 634/2015 para proponer la modificación tanto del art. 1.2.b de la Directiva 1999/44/CE como del artículo 2.3 de la Directiva 2011/83 para dotarles de un contenido idéntico o bien la derogación de cualesquiera de ellos haciendo remisión al que se mantuviera vigente y modificado? Tampoco la propuesta 635/2015 soluciona el problema, pues aporta un enésimo concepto de “bienes” que copia el del artículo 2.3, ignorando la existencia tanto de este artículo como del artículo 1.2.b de la Directiva 1999/44/CE así como la modificación que de dicho artículo propone su “melliza” (la propuesta 634/2015).

Por otra parte, debemos aclarar que son también contenidos digitales los datos producidos y suministrados en formato digital que se entregan en un CD o DVD.

---

Los CDs, DVDs y cualquier otro tipo de continentes físicos son soportes, pero su consideración como bienes muebles por la Directiva (porque, dicho sea de paso, efectivamente son bienes muebles) no significa que los contenidos digitales no se produzcan y suministren en “formato” por el hecho de que sean entregados en un “soporte” físico, ni tampoco debe condicionar la calificación del contrato: seguimos estando ante un contrato de suministro de contenidos digitales a pesar de que el artículo 2.5 de la Directiva 2011/83/UE defina el contrato de venta como “todo contrato en virtud del cual el comerciante transfiera o se comprometa a transferir a un consumidor la propiedad de ciertos bienes y el consumidor pague o se comprometa a pagar su precio” (CÁMARA LAPUENTE, 2016, 211-270).<sup>194</sup>.

Por último, resulta redundante hablar de “programas de ordenador” y “aplicaciones” como si se tratase de ejemplos distintos, cuando las aplicaciones no son otra cosa que programas de ordenador. Esta alusión a aplicaciones y programas de ordenador como aparentes realidades distintas desaparece en la definición de contenidos digitales de la propuesta 634/2015, que considera contenidos digitales los datos producidos y suministrados en formato digital, como por ejemplo vídeo, audio, aplicaciones, juegos digitales “y otro tipo de *software*”. Impreciso, además, resulta que muchos ejemplos de “contenidos digitales” sean obras ya protegidas por la normativa de propiedad intelectual sin más precisiones al respecto<sup>195</sup>.

---

<sup>194</sup> El Considerando 11 de la propuesta 634/2015 confirma el criterio interpretativo propuesto por el autor.

<sup>195</sup> GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ (2012, 753). CÁMARA LAPUENTE (2014, 112), en cambio, considera acertada la opción del legislador europeo pese a las deficiencias señaladas. Según este autor, “aunque podrían formularse críticas tanto al tenor literal de la definición legal como a la transcrita ejemplificación, lo cierto es que el criterio adoptado (producción y suministro digital), tiene, en su amplitud, una doble valía: por una parte, esa holgura es beneficiosa para una elevada protección del consumidor, al no existir ninguna restricción a contenidos digitales excluidos del ámbito protector de la norma”.

---

### 3.3.3.2. El concepto de contenidos digitales en la propuesta de Directiva 634/2015 y sus sucesivas propuestas de modificación en 2016 y 2017

En la propuesta de Directiva 634/2015 se amplía considerablemente el concepto de “contenidos digitales” con intención de hacer frente al rápido desarrollo tecnológico (Considerando 11) al incluir el *cloud computing* o las redes sociales. Acoge la UE de este modo tanto el criterio del Grupo de Amsterdam, como las enmiendas propuestas a la CESL por el Parlamento Europeo (CÁMARA LAPUENTE, 2014, 113). La principal consecuencia de la ampliación del concepto de contenidos digitales no es otra que la ampliación del ámbito de aplicación del contrato de suministro de contenidos digitales en la medida en que, como ya hemos dicho, esta figura se construye en torno a los contenidos digitales de tal manera que es contrato de suministro de contenidos digitales todo aquel que tiene por objeto de tráfico contenidos digitales. Así pues, si se amplía la definición de los contenidos digitales se amplían también los ejemplos de contratos de suministro de contenidos digitales. Precisamente esta es la razón por la que tiene tanto interés la definición de este concepto en los distintos textos normativos que lo acogen; más aún cuando el contrato de suministro de contenidos digitales se empieza a mostrar (a partir de esta propuesta y a raíz precisamente de la ensanche del concepto de contenidos digitales) como un sinónimo de las más importantes manifestaciones del comercio electrónico directo en el ahora llamado “Mercado Único Digital Europeo”.

Se introduce, además, una novedad importante respecto de la Directiva 2011/83, y es que aquellos contenidos digitales insertos en dispositivos que actúen como meros continentes o soportes formarán parte igualmente del ámbito de aplicación de la Directiva (Considerando 12). Es decir, un contrato por el cual se transmite un programa de ordenador quedando éste inserto en un soporte físico como puede ser un CD o un DVD (en lugar de ser transmitido online) no deja de ser un contrato de suministro de contenidos digitales a pesar de que dicho soporte físico sea un bien mueble. No estamos en este caso ante un ejemplo de comercio electrónico directo, ya que el contrato acaba ejecutándose fuera del entorno virtual; sin embargo la diferencia entre transmitir un contenido digital vía online o hacerlo inserto en un dispositivo físico es poco relevante a efectos de la calificación del contrato como de

---

suministro de contenidos digitales. El contenido digital permanece en uno y otro caso en formato digital, sólo que en el caso de transmisión online o descarga de la web del suministrador “viaja” en un continente informático; mientras que si queda inserto en un CD o un DVD “viaja” en un continente físico que recibe, además, la consideración de bien mueble. De esta forma se confirma la interpretación que proponía CÁMARA LAPUENTE ante la poca claridad con que se expresa el Considerando 19 de la Directiva en este sentido.

Se propone, además, la modificación del artículo 1.2.b) de la Directiva 1999/44/CE, que define los bienes de consumo<sup>196</sup>. A diferencia de la CESL y la Directiva 2011/83, la propuesta 634/2015 no incorpora en su catálogo de definiciones la de “bienes”, sino que opta por la modificación de la Directiva 1999/44/CE, si bien con un contenido muy similar al del artículo 2.3 de la Directiva 2011/83. Se ignora, además, la existencia del artículo 2.3 de la Directiva 2011/83, por lo que se mantiene una duplicidad normativa poco aconsejable que ya comenzó con el mencionado artículo 2.3, que definió nuevamente los bienes de consumo en lugar de remitirse (o modificar, como ahora se propone) al artículo 1.2.b) de la Directiva 1999/44/CE. Según el artículo 20 de la propuesta 634/2015, el artículo 1.2.b) de la Directiva 1999/44/CE quedaría redactado del siguiente modo: “b) bienes de consumo: todo artículo mueble material, excepto los siguientes: los bienes vendidos por autoridad judicial tras un embargo u otro procedimiento, el agua y el gas cuando no estén envasados para la venta en un volumen delimitado o en cantidades determinadas, la electricidad, un soporte duradero que incorpore contenido digital si se ha utilizado para suministrar el contenido digital al consumidor como se establece en la Directiva (UE) N/XXX (sobre contratos de suministro de contenidos digitales)”. Se cierra el círculo de esta manera, manteniendo la propuesta una coherencia interna y una claridad de la que la Directiva 2011/83 carecía en este aspecto: si son también contratos de suministro de contenidos digitales aquellos en los que los contenidos digitales queden insertos en soportes físicos cuando éstos actúen como meros continentes (Considerando 12),

---

<sup>196</sup> *Vid.* apartado anterior acerca de la defectuosa transposición de este artículo al TRLGDCU y las dudas interpretativas que ha generado el artículo 59 *bis.2* TRLGDCU tras su inclusión por la Ley 3/2014, de 27 de marzo, de transposición de la Directiva 2011/83/UE.

---

dichos soportes físicos no serán considerados como bienes cuando actúen como meros continentes de contenidos digitales (art. 20 propuesta 634/2015). Existe un límite, sin embargo, respecto de esta última situación: la propuesta 634/2015 no será aplicable a aquellos contenidos digitales insertados en bienes de forma que operen como parte integrante de los mismos y como un mero accesorio de las funciones principales de los bienes (Considerando 11). Se trata con una puntualización coherente con el Considerando 12 y la modificación del art. 1.2.b de la Directiva 1999/44, pues en este caso sí estaríamos ante verdaderos bienes y no ante meros “continentes físicos” de contenidos digitales<sup>197</sup>. Faltaría, sin embargo, una modificación o derogación del artículo 2.3 de la Directiva 2011/83 así como instar a los Estados a que actuasen en consecuencia a efectos de evitar duplicidades confusas e innecesarias.

Se consideran contenidos digitales según la propuesta 634/2015 los “datos producidos y suministrados en formato digital como vídeo, audio, aplicaciones, juegos digitales y otro tipo de *software*” (art. 2.1.a). Se mantiene así la definición de contenidos digitales de la CESL y la Directiva 2011/83, sin los defectos de cada una de ellas, pues la lista de ejemplos (tan útil para aclarar un concepto jurídico novedoso) forma parte del propio artículo y no queda relegada a los Considerandos, y en dicha lista no se mencionan las aplicaciones y los programas de ordenador como si fuesen realidades distintas ni se introduce el concepto definido en su propia definición.

Se consideran igualmente contenidos digitales, además de la definición general que acabamos de ver, los servicios que permiten la creación, tratamiento o almacenamiento de datos en formato digital cuando dichos datos sean facilitados por el consumidor (art. 2.1.b) y los servicios que permiten compartir, así como cualquier otro tipo de interacción con datos en formato digital facilitados por otros usuarios del servicio (art. 2.1.c). Es decir, serían también contenidos digitales los servicios relacionados con el *cloud computing* y las redes sociales. Con los apartados b y c del

---

<sup>197</sup> Estas situaciones, conocidas como “*software* integrado” (*embedded software*) relacionadas con el llamado “internet de las cosas” (IoT) aconsejan un tratamiento autónomo que aborde con detalle cuestiones específicas de responsabilidad, por ejemplo en los contratos de datos o de máquina a máquina (Considerando 17). Esta postura no parece haber sido bien acogida por toda la doctrina (CÁMARA LAPUENTE, S., “El régimen de protección...”, *op. cit.*, p. 16).

---

artículo 2.1 se produce de manera indirecta un ensanche del ámbito de aplicación del contrato de suministro de contenidos digitales, que acaba convirtiéndose más que en un tipo contractual en un sinónimo de comercio electrónico directo, sin perjuicio de que admita la posibilidad de que ciertos contratos de suministro de contenido digital se ejecuten offline cuando el soporte físico en que se entreguen actué como mero continente (lo que sería un caso de comercio electrónico indirecto).

Más allá de lo más o menos aconsejable que sea ensanchar el concepto de contenidos digitales (y, consecuentemente, el del contrato de suministro de contenidos digitales) toca advertir nuevamente de la confusión de planos en que incurre el artículo 2.1 de la propuesta 634/2015 cuando realiza estas inclusiones. Se vuelve a confundir el objeto sobre el que recae el contrato (los contenidos digitales) con el objeto del contrato. Si los contenidos digitales son elementos de la realidad metajurídica con relevancia jurídica en tanto que objetos de tráfico, deben definirse desde este punto de vista, y no mezclarlos (sea para incluir o para excluir) con los contratos que sirven de vehículo jurídico para su circulación. Más allá de la calificación que como contrato deba recibir un contrato de redes sociales o un contrato de *cloud computing* (contrato de acceso, contrato de suministro de contenidos digitales...), lo que no parece que pueda discutirse es que se trata de contratos. Los contenidos digitales no son contratos, son objetos de tráfico jurídico, objetos sobre los que recaen determinados contratos. Incluso aceptando que el contrato de suministro de contenidos digitales se construya en torno a los contenidos digitales, los contenidos digitales no dejan de ser el objeto de tráfico jurídico, no el contrato. Por tanto, no deberían incluirse ni excluirse del concepto de contenidos digitales más que objetos de tráfico jurídico, objetos sobre los que pueda recaer el contrato de suministro de contenidos digitales; pero no contratos como la creación de nuevos contenidos digitales (art. 2.j CESL) o, en este caso los contratos *de cloud computing* y redes sociales.

El día 15 de junio de 2016 la Presidencia de la UE remite un texto al Grupo de Trabajo en materias de Derecho civil en que se propone una revisión del contenido de la propuesta 634/2015. En lo que a este estudio interesa se propone desdoblarse el concepto de contenidos digitales amplio que proponía el texto de 2015 en

---

“contenidos digitales” (art. 2.1.a) y “prestaciones digitales” o “digital facilities”<sup>198</sup> (art. 2.1.a., a y b). Se modifica, además, la redacción de los antiguos apartados b y c del artículo 2.1 (en el texto revisado, artículo 2.1.a, apartados a y b). Así, se consideran “prestaciones digitales” los servicios o prestaciones que permiten la creación, procesamiento o almacenaje de datos en formato digital cuando dichos datos son subidos o generados por el consumidor, como por ejemplo los servicios de almacenamiento en la nube o almacenamiento de archivos (art. 2.1.a, apartado a) y los servicios o prestaciones que permiten compartir o realizar cualquier otra interacción con datos en formato digital subidos o creados por el consumidor y otros usuarios del servicio, como por ejemplo webs o plataformas de medios de comunicación, o de compartición de vídeo o audio (art. 2.1.a, apartado b)<sup>199</sup>.

La distinción entre contenidos digitales y prestaciones digitales impregna todo el texto revisado desde el artículo 1, que pasaría a quedar redactado del siguiente modo: “El propósito de esta Directiva es contribuir al adecuado funcionamiento del mercado interno proporcionando al consumidor un alto nivel de protección a través del establecimiento de reglas comunes sobre ciertos aspectos relativos a los contratos entre suministradores y consumidores para el suministro de contenidos digitales o prestaciones digitales, en particular reglas sobre la conformidad de los contenidos o prestaciones digitales con el contrato, los remedios en caso de falta de

---

<sup>198</sup> El término “facility” puede traducirse como facilidad, instalación, infraestructura, centro o servicio. Teniendo en cuenta la evolución posterior de esta definición desdoblada de los contenidos digitales en junio de 2017 podría traducirse como “servicio”. Sin embargo, si esta fuese la voluntad que cabe interpretar de la UE no tendría sentido que en 2017 se cambiase el término por el de “digital services” en 2017 ni que se diera ya la opción en la propia propuesta de revisión de optar por la expresión “service” o por la expresión “facility” (*vid.* art. 2.1.a). Parece, más bien, que con el término “facility” pretende aludirse de la manera más genérica posible a aquellas prestaciones digitales que no encajan en la definición estricta de contenidos digitales del artículo 2.1.a. Consideramos por ello que quizás la traducción más adecuada sea, precisamente, la de “prestaciones digitales”.

<sup>199</sup> El texto ha sido publicado solamente en inglés. Transcribimos a continuación el texto original a efectos de que pueda contrastarse y corregir, en su caso, defectos o matices de traducción: “Art. 2.1.a: “digital facility” means (a) a [service] [facility] allowing the creation, processing or storage of data in digital form, where such data **is uploaded to or created in that facility** by the consumer, **for example a cloud storage or a file hosting service**; or (b) a [service] [facility] allowing the sharing of or any other interaction with data in digital form uploaded or created by the consumer and other users of the [service] [facility], **for example social media, video or audio sharing websites or platforms**”. Hemos respetado escrupulosamente la distribución de la negrita, con la que se pretenden señalar los cambios respecto del texto original de la propuesta 634/2015.



---

conformidad y las modalidades para el ejercicio de dichos remedios, así como la modificación de los contenidos digitales o las prestaciones digitales y la terminación de los contratos duraderos”<sup>200</sup>. Más allá de la declaración de intenciones con que comenzaría el artículo (y cuya mejor ubicación sería cualquiera de los considerandos iniciales de la Directiva en lugar de un artículo de la misma), puede observarse que donde antes se hablaba sólo de “contenidos digitales” ahora se habla de “contenidos digitales” y “prestaciones digitales”. Esta modificación por la cual toda antigua alusión a “contenidos digitales” se modifica para mencionar también las “prestaciones digitales” impregna todo el texto. Debe alabarse la coherencia interna del texto que ello consigue, pues de no ser así no quedaría claro si cuando los restantes artículos mencionan los “contenidos digitales” hacen referencia efectivamente a éstos o también a las “prestaciones digitales”.

Merece la pena destacar, además, la propuesta de incluir una definición del “contrato de suministro de contenidos digitales”, que no figura en el texto de 2015. Para ello se propone la supresión de la definición de contrato (art. 2.7 /2015), y su sustitución por la definición de “contrato de suministro de contenidos digitales”<sup>201</sup>. El contrato de suministro de contenidos digitales sería, según esta propuesta, aquél contrato por el cual el suministrador suministra o se compromete a suministrar contenidos digitales al consumidor o suministra o se compromete a permitir al consumidor acceder a prestaciones digitales a cambio del pago de un precio o de (1) la entrega de datos personales u otro tipo de datos (2) una contraprestación distinta al dinero<sup>202</sup>. Quizás resulte redundante, sin embargo, mantener la de “suministro”

---

<sup>200</sup> Redacción original (art. 1): “**The purpose of this Directive is to contribute to the proper functioning of the internal market while providing for a high level of consumer protection by laying down common rules on certain requirements concerning contracts between suppliers and consumers for the supply of digital content or a digital facility (...), in particular rules on conformity of digital content or a digital facility with the contract, remedies in case of the lack of such conformity and the modalities for the exercise of those remedies, as well as on the modification of digital content or a digital facility and the termination of long-term contracts**”.

<sup>201</sup> Como segunda opción figura simplemente la supresión de esta definición. Ciertamente, se trata de una definición completamente prescindible.

<sup>202</sup> Redacción original (art. 7, opción 1): “**contract for the supply of digital content or a digital facility means any contract under which the supplier supplies or undertakes to supply digital content to the consumer or provides or undertakes to provide the consumer access to a digital facility in exchange for the payment of a price or [provision of personal data or other data] [a counter-performance other than money]**”.

---

(art. 2.10). En 2017 se propone su supresión por redundante con el artículo 5. Ciertamente es que este artículo ya resulta suficiente para esclarecer qué debe entenderse por “contrato de suministro de contenidos digitales”

Aparte de la conveniencia o no de definir en la propia Directiva el contrato de suministro de contenidos digitales debemos señalar varios aspectos interesantes de esta definición. En primer lugar, debería evitarse una definición de nada menos que el contrato que da nombre a la Directiva que comience diciendo que “el suministrador suministra”. Por otra parte, se sigue denominando “contrato de suministro de”, a pesar de que cuando el objeto de tráfico es lo que en este texto se llama “prestación digital” el suministrador se compromete a suministrar o a “permitir el acceso” del consumidor a dicha prestación. Más apropiado sería hablar de “contratos sobre contenidos y prestaciones digitales”. Tampoco se propone, en este sentido, el cambio de la Directiva. Sigue tratándose de un contrato que se construye en torno al objeto sobre el que recae, si bien en este caso dicho objeto se desdobra en “contenidos digitales” y “prestaciones digitales”. Resulta acertado, en este sentido, que en la definición del propio contrato se distinga qué se compromete a hacer el suministrador en función de si el contrato recae sobre lo que llama contenidos digitales o sobre prestaciones digitales.

Por último en relación con la definición de contrato de suministro de contenidos digitales, se contempla la posibilidad de que la contraprestación del consumidor sea una contraprestación onerosa, pero no monetaria: entrega o cesión de datos personales u otro tipo de datos. Esta situación ya estaba contemplada en el texto original de 2015, en el artículo 3, cuyo contenido se mantiene salvo modificaciones necesarias como la ya citada dualidad “contenidos / prestaciones digitales” así como la modificación de la definición de precio, también en la línea de entender que el precio no es sólo sinónimo de dinero. La posibilidad de que exista una contraprestación económica u onerosa que no sea de carácter monetario en este tipo de contratos permite eliminar la confusa alusión a los contratos “gratuitos” de suministro de contenidos digitales, ya que dichos contratos no eran en absoluto gratuitos salvo que se entendiese por contrato gratuito todo aquél que no llevase aparejada una contraprestación monetaria. En este sentido se manifiesta el Considerando 13 de la propuesta 634/2015 cuando afirma que “en la economía

---

digital, los participantes en el mercado ven a menudo, y cada vez más, la información sobre las personas como un valor comparable al dinero” y que “con frecuencia los contenidos digitales no se intercambian por un precio, sino por una contraprestación diferente al dinero, es decir, permitiendo el acceso a datos personales o a otro tipo de datos”. El matiz, en el texto de 2016, es que se propone que se defina el precio de un modo más amplio, de tal manera que abarque este tipo de contraprestaciones no monetarias. Se propone, pues, la consideración del precio como “dinero o cualquier otro tipo de contraprestación o representación digital de valor incluyendo contraprestaciones digitales, como bitcoins, a cambio del suministro de contenido digital o de una prestación digital”<sup>203</sup>.

Otro aspecto interesante a destacar en relación con las novedades que introduce esta revisión es el que se refiere a la no aplicación de la Directiva a aquellos contenidos digitales insertados en bienes de forma que operen como parte integrante de los mismos. Ya vimos que según el texto de 2015 la propuesta 634/2015 no resultaría aplicable a estos casos según quedaba recogido al final del Considerando 11. La novedad del texto de 2016 es que esta exclusión pasa a formar parte del artículo 3. Este texto propone tres opciones: (1) mantener el criterio de 2015 (la directiva no resultaría aplicable a los casos de *software* integrado), pero incorporarlo al articulado a través del nuevo artículo 3.a; (2) extender el ámbito de aplicación de la Directiva a los casos de *software* integrado; y (3) extender el ámbito de aplicación de la Directiva a los casos de *software* integrado salvo en lo que se refiere a la falta de conformidad cuando ésta tenga que ver con el *hardware*. En el texto que recoge las enmiendas propuestas por la Presidencia de la UE en 2017 y remitidas al Consejo triunfa la opción de mantener el criterio de 2015, pero incorporarlo a un artículo 3 más extenso y preciso.

---

<sup>203</sup> Redacción original (art. 6, opción 1): “**price means money or any other type of concurrency or digital representation of value including virtual concurrency, such as bitcoins, that is due in Exchange for the supply or digital content or a digital facility**”. La opción 2 propone la supresión de este concepto. Se propone añadir, además, dos apartados (6. a y 6. b). El apartado 6.a definiría los datos personales remitiéndose al artículo 4.1 del Reglamento 2016/679, general de protección de datos, y el artículo 6.b definiría la expresión “contraprestación distinta al dinero” como datos personales u otro tipo de datos entregados a cambio del suministro de contenido digital o de la prestación digital.

---

Se propone asimismo la incorporación de las exclusiones que ya tratamos en relación con el concepto de contenidos digitales en la CESL, si bien a través de un cauce decididamente más apropiado: la inclusión de un apartado en el artículo 3 (ámbito de aplicación material) por el cual la Directiva no resultaría aplicable a otros servicios distintos del suministro de contenido digital o de prestaciones digitales<sup>204</sup> entregados por el suministrador utilizando medios digitales cuando éstos son utilizados sólo para entregar tales servicios por el suministrador al suministrado. A pesar de la farragosa descripción del artículo 3.5.a que se propone, podemos interpretar que se trata de una cláusula general de exclusión por la cual la Directiva no se aplicaría más que a aquellos supuestos a que se refiere el apartado 3.1, es decir, al suministro de contenidos digitales y prestaciones digitales. Por otra parte, los apartados siguientes excluyen las comunicaciones electrónicas, los servicios de salud, el juego y los servicios financieros. Se trata de una exclusión más acertada no sólo por su adecuada ubicación e introducción (no se excluyen del concepto de contenidos digitales sino del ámbito de aplicación de la Directiva), sino también porque existe una mayor precisión en la medida en que cada una de estas exclusiones (salvo la que se refiere al juego) se remite a una Directiva. Se evitan de este modo complicadas duplicidades como la que ya hemos señalado respecto del concepto de bienes.

Precisamente, en relación con el concepto de bienes en la Directiva 1999/44/CE, haremos el último comentario en relación con la revisión propuesta por la Presidencia de la UE en 2016. Como ya hemos visto, el artículo 20 de la propuesta 634/2015 prevé la modificación del artículo 1.2.b de la Directiva 1999/44/CE, con objeto de actualizarlo al contexto de la economía digital. En la modificación que aquí se propone se mantiene el contenido del texto de 2015, con la única salvedad de que en la cuarta excepción (la referida a los soportes físicos que actúan como meros continentes en un contrato de suministro de contenidos digitales) sustituye la expresión “soporte duradero” por “soporte tangible”. Aunque la diferencia puede considerarse de matiz, debe celebrarse esta corrección, ya que esta excepción se refiere a los CDs, DVDs, etcétera por ser soportes físicos o tangibles, no por ser

---

<sup>204</sup> Resulta confuso y algo farragoso hablar de “servicios distintos del suministro de contenidos digitales o prestaciones digitales”.

---

soportes duraderos. Un soporte duradero es, según el art. 2.11 de la propuesta 634/2015, “todo instrumento que permite al consumidor o al vendedor almacenar la información que se le transmite personalmente a dicha persona de forma que pueda recuperarla fácilmente en el futuro durante un plazo de tiempo acorde con los fines de dicha información y que permita la reproducción inalterada de la información almacenada”. En otras palabras, un soporte duradero puede ser físico o digital. Se propone en 2016, en este sentido, un artículo 2.12, que define el soporte tangible como “todo artículo mueble tangible que sirve exclusivamente como continente para el suministro de contenidos digitales”.

El 1 de junio de 2017 la Presidencia de la UE remite un nuevo texto revisado, esta vez al Consejo. Se trata de una propuesta más avanzada que la de 2016, que en lugar de estar continuamente salpicada de opciones disyuntivas a elegir se decanta por alguna de las que ofrecía dicho texto el año anterior. Por otra parte, son de agradecer las notas a pie de página donde se explican algunos de los cambios o se propone ampliar la redacción de alguno de los Considerandos a efectos de una mayor claridad. A continuación realizaremos un análisis de los cambios propuestos en 2017 en relación con el concepto de contenidos digitales siguiendo la misma estructura que en el caso anterior con objeto de destacar más fácilmente las similitudes y diferencias así como la opción triunfante en caso de que se hubiesen propuesto varias.

La modificación más importante que se propone en 2017 tiene que ver, como en 2016, con desdoblar el quizás excesivamente amplio concepto de contenidos digitales en “contenidos digitales” y, en este caso, “servicios digitales”. El concepto de “contenidos digitales” se mantiene tal como figura en la propuesta de revisión de 2016 (art. 2.1), cuyo único cambio respecto del texto original de 2015 es que en lugar de hablar de “vídeo” y “audio” habla de “archivos de vídeo” y “archivos de audio”. En cuanto a los ahora llamados “servicios digitales”, se consideran tales aquellos que permiten al consumidor la creación, procesamiento, almacenaje o acceso a datos en formato digital (art. 2.1.a, apartado a), y los servicios que permiten compartir o realizar cualquier otro tipo de interacción con datos en formato digital subidos o creados por el consumidor y otros usuarios del mismo servicio (art. 2.1.a, apartado b). Se trata de definiciones más sencillas que las de 2016, si bien se sigue

---

haciendo referencia a los mismos supuestos. Cabe lamentar nuevamente el carácter redundante de la definición (son servicios los servicios... que reúnen ciertas características). Por otra parte, se elimina la lista de ejemplos que figuraban en 2016 y se propone su ubicación en los considerandos. La lista de ejemplos que se propone en la nota 3 a pie de página es la siguiente: *software* as a service, programas para la edición de archivos de vídeo o audio, juegos y cualquier otro tipo de *software* ofrecido en un entorno de *cloud computing* o de compartición de archivos. Como ocurriera en 2016, la dualidad “contenidos/servicios digitales” impregna todo el texto, desde el mismo artículo 1, que mantiene la declaración de intenciones acerca del buen funcionamiento del mercado interno. De hecho, el artículo 1 se mantiene prácticamente idéntico a la versión de 2016 salvo porque ahora habla de “contenidos digitales” y “servicios digitales” (en lugar de contenidos digitales y prestaciones digitales), y porque incluye una especificación más en relación con el objeto de la Directiva: establecer reglas comunes en cuanto a remedios en casos de falta de conformidad o incumplimiento del contrato de suministro y las modalidades de ejercicio de dichos remedios. Se trata de una distinción con no poca importancia la que se refiere a la falta de conformidad frente al incumplimiento. Lamentablemente, dado el objeto de nuestro estudio y el espacio del que disponemos no podemos entrar en ella.

Se elimina en el texto de 2017 tanto la definición que se propuso incluir en 2016 acerca del contrato de suministro de contenidos digitales como el apartado 2.10, sobre el término “suministro”, por entender que se trata de una definición redundante con el contenido del artículo 5 (nota nº 11, página 6). Si bien es cierto que el artículo 5 de la propuesta permite esclarecer qué se entiende por contrato de suministro de contenidos digitales no estaría de más que la Directiva que regula ciertos aspectos sobre el contrato de suministro de contenidos digitales incluyera una definición sucinta del mismo en su elenco de definiciones. En cualquier caso, el concepto de contrato de suministro de contenidos digitales que se ofrecía en 2016 es coherente con el artículo 5 y puede servirnos para definir esta figura, por lo que nos remitimos a lo ya dicho anteriormente a este respecto.

Un aspecto especialmente importante en relación con la definición de los contenidos digitales en la medida en que incidiría directamente en el ámbito de

---

aplicación de la Directiva es el que se refiere al *software* integrado (*embedded software*). Como ya vimos, en 2016 se ofrecen tres opciones: (1) mantener el criterio de 2015 incorporándolo al artículo 3 de tal manera que la Directiva no resultaría aplicable a los casos de *software* integrado; o extender el ámbito de aplicación de la Directiva a los casos de *software* integrado de manera total (2) o parcial (3). En 2017 se decide mantener el criterio de la no aplicabilidad de la Directiva a los casos de *software* integrado, a los que ahora se denominaría “contenido digital integrado” (*embedded digital content*), entendiendo por tales los “contenidos digitales insertos en un bien cuya ausencia lo haría inoperable o le impediría realizar sus principales funciones, independientemente de que dicho contenido digital fuese instalado antes o después de la conclusión del contrato”.

Se mantienen asimismo las exclusiones del artículo 3.5 tal como figuran en 2016, aunque con algunas variaciones. La redacción del apartado a (que criticamos más arriba por farragosa) se simplifica: la Directiva no resulta aplicable a contratos en los que la prestación de servicios tenga lugar en formato digital sólo al objeto de transmitir dichos servicios al consumidor. Posteriormente, la nota 19 propone la inclusión en los considerandos de una aclaración en la que se especifique que los contratos a los que se refiere son aquellos en los que lo importante es la prestación determinados servicios (normalmente servicios profesionales) en los que el formato digital es una forma más de provisión de dichos servicios. Por ejemplo, pensemos en el envío de un dictamen por parte de un abogado por correo electrónico. Se mantiene, por lo demás, la redacción de las exclusiones referidas a comunicaciones electrónicas, servicios de salud, juego y servicios financieros; y se añaden dos exclusiones más: el suministro de contenidos digitales en los que el contenido digital resulta accesible al público general (sin que sea a través de señal de transmisión, es decir, televisión) como parte de un espectáculo o evento, como puedan ser proyecciones cinematográficas digitales (art. 3.5.f); y los contenidos digitales proporcionados por el sector público (art. 3.5.g).

Se mantiene, por último, la modificación del artículo 1.2.b de la Directiva 1999/44/CE tal como queda en 2016. El matiz respecto de 2015 tiene que ver con la sustitución de la expresión “soporte duradero” por “soporte tangible”, lo cual es un acierto. No se entiende, sin embargo, que en 2017 no se mantenga la definición de

---

“soporte tangible” que figuraba en 2016, coherente con el matiz señalado y tremendamente útil a efectos aclaratorios. En su lugar, la nota 12 (que comenta el término “soporte duradero”) propone que en el Considerando 23 se explique que un soporte duradero debe incluir dispositivos como el papel, los USB, los CDs, DVDs, tarjetas de memoria y discos duros. Esta aclaración no respeta la distinción entre soporte duradero y soporte tangible, ni tampoco la coherencia (en el mismo sentido) con el matiz de 2016 a la modificación de la redacción del artículo 1.2.b de la Directiva 1999/44/CE. Por otra parte, ni en 2016 ni en 2017 se soluciona el ya señalado problema de duplicidad respecto de la definición de bienes (art. 2.3 Dir. 2011/83 vs art. 1.2.b Dir. 1999/44).

### 3.3.3.3. El contrato de suministro de contenidos digitales

Al hablar del concepto de contenidos digitales nos hemos visto obligados a hacer referencia al contrato de suministro de contenidos digitales ya que este contrato se define en torno a lo que se entienda por “contenidos digitales”. A pesar de que mucho de lo que a continuación digamos aquí haya quedado ya dicho en otros apartados (especialmente en el anterior), entendemos que resulta necesario describir este contrato del modo más completo posible.

Se trata de una figura de nueva creación, mencionada por primera vez por la CESL (arts. 1.1., 2.m, 3, 5.b y 6) y la Directiva 2011/83/UE (Cons. 19). Ni uno ni otro texto definen qué debemos entender por “contrato de suministro de contenidos digitales” como tampoco lo dotan de una regulación propia y completa sin perjuicio de determinadas normas que específicamente les resultan aplicables. La propuesta de Directiva 634/2015, en cambio, sí ofrece una regulación completa y sistemática del “contrato de suministro de contenidos digitales”. Teniendo esto en cuenta, por el momento se trata de un contrato nominado, pero atípico<sup>205</sup>. Por otra parte, la figura se encuentra nombrada por normativa europea de consumo, no general sobre

---

<sup>205</sup> BERCOVITZ (2009, 118) entiende que son contratos típicos los que cuentan con una regulación sustancial en las leyes, no bastando con que sean mencionados incidentalmente en alguna ley, o para establecer alguna consecuencia jurídica.



---

comercio electrónico. Ello sin perjuicio de que el término haga fortuna y este contrato acabe siendo utilizado en la contratación entre particulares o entre empresarios a través del principio de autonomía de la voluntad. El Considerando 19 de la Directiva 2011/83 lo configura como un *tertium genus*, no encuadrable ni como contrato de compraventa ni como contrato de servicios<sup>206</sup>, lo que ha servido a parte de la doctrina para criticar esta postura por suponer una merma en la seguridad jurídica (GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, 2013, 758)<sup>207</sup>.

Se barajaron en un principio varias opciones en torno al ahora llamado “contrato de suministro de contenidos digitales”: entenderlo como un contrato de compraventa, como un contrato de servicios, echar mano de alguna categoría contractual poco arraigada o crear un *tertium genus* contractual. Finalmente, parece que triunfaron las dos últimas opciones ya que se echó mano del contrato de suministro, si bien desprovisto de toda su carga jurídica en aras de configurar un *tertium genus* que permitiera eludir calificaciones jurídicas delicadas, creando una categoría contractual transversal, funcional e independiente de las categorías contractuales existentes (CÁMARA LAPUENTE, 2014, 93). En otras palabras, una categoría contractual jurídicamente vacía en tanto que desprovista de objeto o núcleo contractual y construida en torno a su objeto de tráfico (los contenidos digitales), que también es una categoría jurídica creada ad hoc con intención de eludir delicados debates jurídicos.

La voluntad de configurar un *tertium genus* obedecería a la necesidad urgente de ofrecer una regulación homogénea para el “mercado digital”<sup>208</sup>, lo que obligaría a

---

<sup>206</sup> Cons. 19 Dir. 2011/83: “los contratos sobre contenido digital que no se suministre en un soporte material no deben ser calificados a efectos de la presente Directiva como contratos de venta ni como contratos de servicios”.

<sup>207</sup> A favor de esta opción, CÁMARA LAPUENTE (2014, 93).

<sup>208</sup> Sobre la necesidad de una regulación urgente en aras de aprovechar el potencial económico de la revolución digital se pronuncia la comunicación de la Comisión sobre la revisión intermedia de la EMUDE (COMISIÓN, 2017, 4): “Desde que se lanzó la estrategia para el mercado único digital en mayo de 2015, la Comisión ha trabajado sobre todas las medidas principales y ha presentado en total 35 propuestas. Por el momento, los colegisladores han adoptado una de ellas. La Comisión pide al Parlamento Europeo y al Consejo que den pronto su acuerdo a las propuestas que forman parte de la estrategia para el mercado único digital y que todas las partes hagan lo necesario para que las medidas propuestas sean rápidamente adoptadas y aplicadas, de manera que los ciudadanos y las empresas de la UE puedan beneficiarse plenamente de un mercado único digital operativo”.

---

prescindir de una reinterpretación de categorías contractuales tradicionales a la luz de los principios del comercio electrónico (TWIGG-FLESNER, 2016, 47). Por otra parte, se ha argumentado que de este modo la normativa europea no interferiría en las reglas de cada estado sobre la calificación, celebración y validez de los contratos (Cons. 10 propuesta 634/2015). A ello, debe añadirse la mayor comodidad en el corto plazo que supone la creación de una categoría *ex novo* a la que expresamente se excluye de toda identificación con otras preexistentes que pudieran resultar cercanas (Cons. 19 Directiva 2011/83/UE) de cara a evitar prolijas y hasta cierto punto estériles discusiones acerca de los diversos matices que cada una de dichas categorías contractuales (compraventa y contrato de servicios) presentan en los distintos ordenamientos de la UE.<sup>209</sup>

Todo ello ha creado un tipo contractual que no sólo es un *tertium genus*, sino que además se define en torno al objeto de tráfico jurídico (los contenidos digitales) en lugar de definirse en torno al objeto del contrato, como es habitual. Este punto resulta especialmente llamativo, pues los tipos contractuales se construyen en torno al objeto del contrato, es decir, al núcleo de pactos entre las partes. En cambio, un contrato será calificado como “de suministro de contenidos digitales” cuando el objeto de tráfico, independientemente de los pactos entre las partes (hacer, dar, permitir su uso...) se deba calificar como contenido digital.

Hemos tocado en el párrafo anterior algunos aspectos de gran complejidad doctrinal respecto de los que merece la pena hacer alguna parada antes de seguir hablando del contrato de suministro de contenidos digitales. El primero es el que se refiere al objeto del contrato *vs* objeto sobre el que recae el contrato. El segundo, a la noción de “tipo contractual”. A la distinción entre objeto del contrato y objeto sobre el que recae el contrato dedicaremos algunas palabras en el siguiente capítulo (apdo. 4.3, sobre los conceptos de bienes, cosas y objetos). En cuanto a la noción de tipo contractual, se trata de una adaptación de la doctrina penalista del tipo, incorporada posteriormente al Derecho civil (DE CASTRO, 1967, 222), cuyos límites pueden no

---

<sup>209</sup> Contundente respecto de las virtudes de este enfoque a pesar de las críticas se muestra CÁMARA LAPUENTE (2016, 16, nota 51): “Enfoque que para algunos supondrá una vulgarización jurídica más, proveniente del entorno europeo, pero que goza de la virtud de resolver concretos problemas de los consumidores sin perderse en dogmatismos ni categorizaciones, ni poner en riesgo los fines armonizadores ante las disparidades tipológicas nacionales”.

---

estar claros (*vid.* DE NOVA, 1974, 130-134, y su contraposición entre tipo contractual y concepto del contrato).

Seguiremos en este asunto la postura de GETE-ALONSO Y CALERA (1979; 2008), quien considera que el tipo contractual es “aquella estructura contractual a través de la que se describe una conducta humana – el contrato – mediante una serie de elementos y requisitos concretos en función de los cuales, el Ordenamiento establece una determinada regulación jurídica que permite hablar de contratos frente al contrato” (GETE-ALONSO Y CALERA, 1979, 708). Distingue la autora entre el “tipo contrato”, como primer orden de tipicidad contractual, frente a los “tipos contractuales”. Los segundos, a diferencia del “tipo contrato” son un elenco abierto que va evolucionando y creciendo al amparo de la autonomía de la voluntad (GETE ALONSO, 2008, 59). No pretendemos reducir la complejidad inherente a la noción de “tipo contractual” a esta breve cita, pues la propia autora reconoce, siguiendo a DE NOVA, que el tipo contractual es una noción amplia, abierta, flexible, general y comprensiva con la que se quiere aludir a cada especie particular de contrato, y que se identifica no sólo a través de un solo dato, sino con un conjunto (GETE-ALONSO Y CALERA, 1979, 708). Sin embargo, podemos afirmar en lo que aquí interesa que la idea de “tipo” se utiliza para distinguir las diversas conductas que el ordenamiento eleva a la categoría de jurídicas (GETE ALONSO Y CALERA, 1979, 14) y que los “tipos contractuales” son estructuras contractuales que describen conductas humanas. En otras palabras, una proyección de la noción general de “tipo” aplicada primeramente al contrato y, en segundo lugar, a los contratos en especial.

Sin perjuicio de la complejidad en la construcción de los tipos contractuales, podemos convenir en que éstos se distinguen entre sí atendiendo a las “conductas humanas” tipificadas. Esto es, a la expresión básica del intercambio de prestaciones de las partes. Ciertamente es que determinados tipos contractuales estarán condicionados igualmente por el objeto de tráfico (*ad ex.*, diferencia entre contrato y permuta, o entre préstamo y comodato), pero no lo es menos que el primer dato a tener en cuenta son las respectivas conductas humanas a las que se refiere el consentimiento emitido por las partes. Así, aunque el objeto de tráfico condiciona la diferencia entre préstamo y comodato (cosa fungible, préstamo; cosa no fungible, comodato), lo

---

primero que se tiene en cuenta para definir uno y otro tipo contractual es la “conducta humana” de las partes (entrega de una cosa vs obligación de devolverla pasado cierto tiempo). No tendría sentido, teniendo en cuenta el razonamiento expuesto, construir un tipo contractual donde el primer elemento a tener en cuenta fuese el objeto de tráfico y no la “conducta humana” de las partes. Tomando nuevamente los ejemplos anteriores, sería tanto como decir que todo contrato que tenga por objeto de tráfico una cosa no fungible pasa a integrar un “tipo funcional” llamado comodato, y que todo contrato que tenga por objeto de tráfico una cosa fungible pasa a integrar otro “tipo funcional” llamado préstamo. Esto es lo que ocurre en el caso del llamado contrato de suministro de contenidos digitales.

Un contrato donde el objeto de tráfico sea un programa de ordenador podrá ser calificado como contrato de suministro de contenidos digitales si se entrega al cliente por medio de descarga, más allá de que se trate de un contrato de compraventa de *software*, desarrollo de *software* o licencia de uso de *software*, pues el *software* es un contenido digital. Será contrato de suministro de contenido digital también si éste se entrega por medio de un CD o un DVD de resultar finalmente aprobada la propuesta de Directiva 634/2015 (Cons. 12 y art. 3.3), cosa que en la actualidad no queda del todo claro atendiendo al Considerando 19 de la Directiva 2011/83. Sirvan de muestra acerca de esta confusión los dos trabajos sobre contratos de suministro de contenidos digitales de CÁMARA LAPUENTE en relación con este aspecto. En el primer trabajo (2014, 95), ya se pronunciaba el autor a favor de considerar contrato de suministro de contenidos digitales aquellos contratos en los que como soporte material se utiliza un CD o un DVD en los siguientes términos:

“una lectura apresurada podría llevar, en interpretación a contrario, a un resultado incierto o, al menos, matizable: los contratos sobre contenidos digitales sin soporte material (enteramente online, pues) no han de considerarse ni compraventa ni servicios a estos efectos, pero ¿los contratos sobre contenidos digitales con soporte material (offline) deberían considerarse en todo caso como compraventa? El citado considerando 19 no llega a plasmar esa conclusión sino que, antes bien, añade: “si se suministra a través de un soporte material como un CD o un DVD debe considerarse un bien a efectos de la presente Directiva”. Repárese en que el legislador europeo lleva la calificación del plano de los

---

contratos (compraventa/servicios) al plano del objeto contractual (“bien”). Inferir de ahí el silogismo “contenido digital con soporte material igual a compraventa” será certero en la mayoría de los casos, pero puede que no en todos...”

No obstante, en este mismo trabajo considera el autor que “el suministro de contenido digital a través de soporte material, al merecer la consideración de bien mueble corporal o, en términos del TRLGDCU, de producto, merecerá sin duda la aplicación de las reglas relativas a los contratos sobre bienes muebles – incluidas las nuevas reglas sobre entrega y transmisión del riesgo – y, en particular, al de compraventa (conformidad)...” (CÁMARA LAPUENTE, 2014, 98).

Comentando dos años más tarde la propuesta de Directiva 634/2015 se refiere igualmente a este asunto reconociendo la existencia de un debate a este respecto durante la tramitación de la Directiva 2011/83 y del que se hizo eco parte de la doctrina como también recogía en 2014 (GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, 2013, 754). En esta ocasión (CÁMARA LAPUENTE, 2016, 13) podemos leer:

“También es irrelevante si el contenido digital se transfiere en un soporte material (CD, DVD, etc.) o no (descarga en línea, *streaming*, etc). De esta forma la propuesta se desmarca de las distinciones que sí hace al respecto la Directiva 2011/83, urgidas en esencia por el derecho de desistimiento que ésta contempla y que no aborda la PDCDig; y atrae asimismo a su ámbito de aplicación lo que, de no haber previsión expresa como la del art. 3.3 PDCDig., correspondería a la propuesta de Directiva de compraventa en línea de bienes, pues legalmente el soporte duradero en el que se transmiten los contenidos digitales merece la calificación legal de “bien”...”.

Otro aspecto a tener en cuenta es la utilización amplia, laxa incluso, del término “contrato de suministro”, como sinónimo de entrega (*supply*, en inglés), del mismo modo que ocurre en el caso del artículo 115 del TRLGDCU, que no utiliza la expresión “suministro” en los términos en que se conoce en el derecho español, sino como sinónimo de entrega (MARÍN LÓPEZ, 2009, 1422-1424)<sup>210</sup>. El artículo 2.10

---

<sup>210</sup> Nos parece oportuno traer a colación en este punto las palabras de Susana DE LA SIERRA MORÓN (2004, 105) en relación con lo que llama “manifestación activa del problema lingüístico”: “Una alternativa consiste en tratar de encontrar el término que, en el ordenamiento jurídico de la

---

de la propuesta 634/2015 define el suministro<sup>211</sup> como facilitar el acceso o poner a disposición los contenidos digitales; es decir, entregarlos o tolerar su uso (que no es sino otra forma de entrega<sup>212</sup>). Un contrato de suministro es aquél por el cual el suministrador se obliga a realizar a favor del suministrado prestaciones periódicas o continuadas de los bienes objeto del contrato y aquél a pagar un precio (art. 513-1 PCM). A pesar de tratarse de un contrato atípico en España en el sector del Derecho privado (*cf.* art. 16 LCSP), la jurisprudencia ya ha definido este contrato, por ejemplo, en la STS de 30 de noviembre de 1984 (RA 5695), entendiéndolo como un contrato “afín a la compraventa” (sin que por ello deban confundirse una y otra figura) y remitiéndose, precisamente al artículo 1559 CC-IT, norma en la que también se inspira el artículo 513-1 PCM. El artículo 1559 CC-IT contiene una precisión que no ha resultado finalmente incorporada en el por ahora fallido PCM, si bien la jurisprudencia que ha tratado del contrato de suministro acoge plenamente el criterio del artículo 1559 CC-IT. Este precepto habla de prestaciones “de cosas”, y no prestaciones a secas (una prestación, en sentido amplio, puede incluir igualmente servicios). El contrato de suministro responde a una necesidad que se prolonga en el tiempo (duradera) y cuyas manifestaciones se repiten de forma periódica o continuada (según el tipo de prestación) sucesivamente a lo largo de la vigencia de la relación contractual. Esta necesidad no sólo se refiere al aprovisionamiento de determinados bienes (de ser así, bastaría con celebrar un contrato de compraventa, o tantos como necesidades de aprovisionamiento surgiesen). Existe también por ambas

---

lengua en que se escribe, mejor retrata la institución de que se habla. Esta variante, bastante extendida, da lugar a equívocos, ya que el lector, espontáneamente, no sólo asimilará el término, sino también su significado en el ordenamiento que conoce”. Tengamos en cuenta que la expresión “suministro” ha sido importada del inglés (*supply*), sin que se haya tenido en cuenta que tanto en Italia como en España el contrato de suministro goza de una entidad y características propias. Según las explicaciones acerca de las diferentes teorías de la traducción que la autora recoge (DE LA SIERRA MORÓN, 2004, 106-118), podríamos decir que se ha optado por una traducción literal cuando, respecto de esta expresión al menos, habría sido más apropiada una traducción funcional.

<sup>211</sup> La definición de “suministro” quedaría suprimida si se acepta la enmienda propuesta en este sentido en 2017, que considera redundante su inclusión debido al contenido del artículo 5 (cuya modificación también se propone en 2017), referido al contenido del contrato de suministro de contenidos digitales.

<sup>212</sup> *Cfr.* art. 1464 CC: “Respecto de los bienes incorporales, regirá lo dispuesto en el párrafo 2º del artículo 1462. En cualquier otro caso en que éste no tenga aplicación se entenderá por entrega el hecho de poner en poder del comprador los títulos de pertenencia, o el uso que haga de su derecho el mismo comprador, consintiendo el vendedor”.

---

partes, necesidad de asegurarse una relación estable y de confianza, y una comunicación ágil y fluida a la hora de buscar el aprovisionamiento de los bienes, al tiempo que reservarse (el suministrado) un cierto margen de indeterminación respecto de la cantidad y/o frecuencia de entrega de dichos bienes en función de las concretas necesidades que tenga en cada momento la mentada relación. En otras palabras, se busca la tranquilidad que les proporciona una relación jurídica estable y de confianza, aunque lo suficientemente flexible como para que no asfixie a ninguna de las partes (flexiseguridad contractual en el Derecho privado). Se trata, de una necesidad más compleja que el mero intercambio de prestaciones que necesita, por tanto, de un tipo contractual específico que responda a esta complejidad. En este sentido se manifiesta GARRIGUES (1963, 418) cuando afirma que “la razón de ser del suministro está en el deseo de hallar satisfacción rápida, segura y económica a las necesidades constantes en la vida moderna, que sería aleatorio y antieconómico satisfacer concertando un contrato distinto en cada momento en que surgiese la necesidad”. Toda esta complejidad resulta ignorada desde el momento en que se utiliza la expresión “contrato de suministro” para referirse a una categoría contractual jurídicamente “vacía” (pues no consta de un objeto contractual definido) construida en torno a su objeto de tráfico, los contenidos digitales.

Existe en la normativa actual una proximidad considerable entre el contrato de suministro de contenidos digitales y el contrato de compraventa, si tenemos en cuenta que el contrato de suministro de contenidos digitales se define en torno a su objeto de tráfico y que los contenidos digitales, según su definición actual (Cons. 19 y art. 2.11 Directiva 2011/83), pueden entenderse como un tipo específico de bienes<sup>213</sup>. La posibilidad de confundir por su proximidad una y otra figura, sin perjuicio de las específicas reglas aplicables al contrato de suministro de contenidos digitales que ahora comentaremos, se diluye con la ampliación del concepto de contenidos digitales de la propuesta de Directiva 634/2015, al menos en su versión original de 2015.

Las reglas específicas aplicables al contrato de suministro de contenidos digitales se refieren a determinados requisitos de información precontractual como

---

<sup>213</sup> Sobre la llamativa proximidad entre una y otra figura, GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ (2013, 754).

---

la funcionalidad y la interoperabilidad (arts. 60.2.i y j, y 97.1.t TRLGDCU), así como a reglas especiales respecto del derecho de desistimiento (arts. 103.m, 104.c TRLGDCU). Finalmente, también se regula un ámbito de responsabilidad reforzada del suministrador de contenidos digitales (art. 108.4.b TRLGDCU). En cuanto a los requisitos de información precontractual, el suministrador deberá informar al consumidor de la funcionalidad de los contenidos digitales (art. 60.2.i TRLGDCU), así como de las medidas técnicas de protección (ej, gestión de derechos digitales – art. 106.3 TRLGDCU – o codificación regional). Por funcionalidad debemos entender las posibles maneras de utilizar el contenido digital (Cons. 19 Directiva 2011/83). El suministrador deberá informar igualmente de la interoperabilidad del contenido digital con los aparatos y programas conocidos por el empresario o que quepa razonablemente esperar que conozca, como pueden ser, entre otros, el sistema operativo, la versión necesaria o determinados soportes físicos (arts. 60.2.j y 97.1.t TRLGDCU). Se entiende por interoperabilidad la capacidad de los programas de ordenador (o de cualquier otro “contenido digital”) para intercambiar información y utilizar mutuamente la información intercambiada (Cons. 10 Directiva 2009/24/CE). En cuanto al derecho de desistimiento, se establece una excepción para el caso del contrato de suministro de contenidos digitales cuando el consumidor haya comenzado a disfrutarlo, siempre que fuere consciente de que comenzar a disfrutar el contenido digital implicaba automáticamente la pérdida de su derecho de desistimiento (arts. 103.m y 108.4.b TRLGDCU). El *dies a quo* para el plazo del derecho de desistimiento es el de la celebración del contrato, y el plazo de catorce días naturales (arts. 102.1 y 104.c TRLGDCU). Por tanto, si un consumidor adquiere un contenido digital a través de un contrato de suministro de contenidos digitales (ej, un libro electrónico) tendrá un plazo de 14 días desde que celebró el contrato para desistir, salvo que comience a disfrutar del contenido digital (en el caso del libro electrónico, que empiece a leerlo), en cuyo caso perderá automáticamente el derecho de desistimiento desde ese momento salvo que no hubiese sido adecuadamente informado de ello (art. 108.4.b TRLDCU).

La propuesta de Directiva 634/2015 amplía no sólo el ámbito de aplicación de este contrato al ampliar la definición de “contenidos digitales” (art. 2.1), sino que regula de un modo mucho más completo este contrato, respetando igualmente las



---

normas nacionales sobre calificación, formación y validez de los contratos. La ampliación del ámbito de aplicación de esta figura se produce a través del ensanche del concepto de contenido digital, que si bien mantiene la definición actualmente vigente, incorpora determinados servicios online, como aquellos que permiten la creación, tratamiento o almacenamiento de datos en formato digital, cuando dichos datos sean facilitados por el consumidor (*cloud computing*) así como aquellos que permiten compartir o realizar cualquier otro tipo de interacción con datos en formato digital facilitados por otros usuarios del servicio (*streaming* o redes P2P). Se amplía tanto el ámbito de aplicación del llamado “contrato de suministro de contenidos digitales” que acaba por comprender la práctica totalidad de los contratos propios del comercio electrónico directo. Debe alabarse, sin embargo, la armonización total que propone la Directiva así como el conjunto de reglas referidas a la conformidad del contrato (arts. 6 y 7), la carga de la prueba en relación con la conformidad (art. 9), los derechos de terceros (art. 8), la responsabilidad del proveedor o suministrador (arts. 10 y 11), las formas de saneamiento de los contenidos digitales (art. 12), la regulación de la resolución del contrato (art. 13), la indemnización por daños y perjuicios (art. 14), o determinadas especificidades en contratos duraderos como la modificación de los contenidos o el derecho de resolución (arts. 15 y 16).

En 2017 el Consejo ha sugerido una serie de enmiendas que corrigen con bastante acierto el texto inicial. El cambio más significativo respecto a lo que atañe a nuestro objeto de estudio es, como ya se ha señalado, la distinción entre “contenidos digitales” y “servicios digitales”, si bien la Directiva continuaría llamándose “sobre ciertos aspectos concernientes a los contratos de suministro de contenido digital”.

#### 3.3.4. Mensajes de datos, servicios de la sociedad de la información y contenidos digitales. Una visión comparada diferencias

Como hemos visto a lo largo del presente capítulo, la recepción jurídica de las Revoluciones de la Informática puede dividirse en dos fases, que se corresponden a su vez con las dos olas referidas a (1) la Revolución de la Electrónica y (2) la Revolución Digital. Por otra parte, tanto en uno como en otro momento la recepción

---

jurídica se ha llevado a cabo apoyándose en un concepto jurídico “nuclear” que actúa como centro de imputación normativa en torno al cual gira, por tanto, el resto de la regulación con la que se pretende hacer frente a la recepción jurídica de sendas revoluciones tecnológicas. Hemos señalado, sin embargo, tres conceptos jurídicos nucleares: mensajes de datos, servicios de la sociedad de la información y contenidos digitales. La razón no es otra que la sustitución de los “mensajes de datos” por los “servicios de la sociedad de la información” en la Directiva 2000/31/CE de cara a la recepción jurídica de la Revolución de la Electrónica y la configuración de un marco normativo europeo para el comercio electrónico y los servicios de la información<sup>214</sup>. Si hemos de señalar un primer aspecto que nos permita comparar estos tres conceptos jurídicos es su ámbito de aplicación temporal. El primero no resulta jurídicamente vinculante, ya que la LMCE es un mero modelo de ley. Los otros dos se aplican en el espacio de la UE, si bien respecto de los contenidos digitales el concepto a día de hoy vinculante es el del artículo 2.11 de la Directiva 2011/83/UE (interpretado de conformidad con el Considerando 19), ya que todas las demás definiciones de “contenidos digitales” se encuentran aún en fase de discusión.

Existe, no obstante, un aspecto en el que, a efectos de este trabajo, interesa detener la mirada. El mensaje de datos es un elemento de la realidad metajurídica (informática en este caso) que resulta jurídicamente relevante, razón por la cual tiene acogida en la LMCE. Se trata, sin embargo, de un concepto estático. Es información que tenga las siguientes características: debe haber sido generada, enviada, recibida o archivada<sup>215</sup> por medios electrónicos, ópticos o similares. Este concepto estático dinámico o relacional: el intercambio electrónico de datos (EDI). Así, un mensaje de datos, puede ser objeto de intercambio electrónico de datos o no serlo, sin que por ello deje de ser un mensaje de datos. Algo parecido ocurre en el caso de los contenidos digitales: pueden ser objeto de tráfico (en cuyo caso hablamos de contrato de suministro de contenidos digitales) o no serlo, sin que por ello dejen de ser contenidos digitales. El caso de los servicios de la sociedad de la información es

---

<sup>214</sup> Como ya dijimos anteriormente, el comercio electrónico es un ejemplo más (ciertamente importante) de los servicios de la sociedad de la información.

<sup>215</sup> Omitimos en este punto el añadido español “o comunicada” por no formar parte de la versión original en inglés de la LMCE (*cf.*, ILLESCAS, 2009, 69).

---

distinto, pues se trata de un concepto dinámico. Esta diferencia tiene que ver con la propia configuración de los servicios como concepto jurídico. Los servicios nacen sólo en un sentido relacional. Es decir, no nacen estáticos para luego ser o no transmitidos (como ocurre con los bienes), sino que nacen justo cuando se están prestando y mueren cuando acaban de prestarse. Antes de prestado un servicio, lo que existe es una mera expectativa, un derecho de crédito; después de prestado, un cumplimiento del contrato. En cambio, los bienes existen antes, durante, después e independientemente de que sean o no objeto de tráfico jurídico; pues su existencia y su relevancia para el Derecho parte de cualidades intrínsecas de éstos (su aptitud para ser objeto de derechos), y no del contrato a través del cual pueden ser eventualmente objeto de tráfico. Del mismo modo, los mensajes de datos y los contenidos digitales existen con independencia de que sean o no objeto de tráfico (intercambio de datos en el caso de los mensajes de datos, o suministro de contenidos digitales en el caso de los contenidos digitales).

Si nos detenemos, partiendo de esta comparativa inicial en los conceptos de “mensajes de datos” y “contenidos digitales” observaremos que existe una importante proximidad entre ambos más allá de la no menos importante condición que acabamos de señalar: su carácter estático. Partiremos para esta comparación del concepto de contenidos digitales ofrecido por la Directiva 2011/83/UE en su artículo 2.11, ya que se trata del único que a día de hoy es vinculante y que ha sido transpuesto tal cual en los respectivos ordenamientos nacionales (*cf.* arts. 45.m *Codice del consumo* y 59 bis.1.i TRLGDCU). Son contenidos digitales “los datos producidos y suministrados en formato digital”, mientras que se considera mensaje de datos “la información generada, enviada, recibida o archivada por medios electrónicos, ópticos o similares”. Los datos no son otra cosa que información electrificada, es decir, codificada y legible por una máquina (ZECH, 2016, 53). Tanto uno como otro concepto hacen referencia a la información entendida como bien, siempre que ésta esté codificada y sea legible por una máquina. El segundo elemento que conforma el binomio de sendas definiciones se refiere al modo en que el bien “información electrificada” se produce, archiva y eventualmente se transmite: medios electrónicos, ópticos o similares (mensaje de datos), o formato digital (contenidos digitales). Está en formato digital toda aquella información

---

recogida a través de tecnología digital, más allá del soporte (físico o electrónico) que actúe como continente. La tecnología digital se sirve del sistema binario (combinaciones sucesivas de 0 y 1), y constituye la base del desarrollo de la informática desde 1949 hasta nuestros días; utilizado a través de “medios electrónicos, ópticos o similares”. Por tanto, podríamos afirmar que se trata de definiciones equivalentes en lo sustancial, salvando que el mensaje de datos pretendía convertirse en el concepto de referencia de la primera ola de la recepción jurídica de las Revoluciones de la Informática (Revolución de la Electrónica) y los contenidos digitales pretenden hacer lo propio en el caso de la Revolución Digital. El mensaje de datos fue reemplazado en la UE por los “servicios de la sociedad de la información”. En el caso de los contenidos digitales, su definición podría ensancharse hasta abarcar determinado tipo de actividades desarrolladas en línea y que podrían tener la consideración de contratos de servicios o contratos de acceso o bien podría desdoblarse en “contenidos digitales” (manteniendo la definición actual) y “servicios digitales” (incorporando todo lo demás). Ya nos hemos pronunciado en el primer capítulo acerca del empobrecimiento que provoca la progresiva tendencia a apoyar toda referencia jurídica que tenga que ver con la economía digital en los servicios. Por ello creemos acertada la distinción entre contenidos y servicios digitales que se propone en las enmiendas de 2016 y 2017 a la propuesta 634/2015.

Seguidamente enfrentaremos la noción de servicios de la “sociedad de la información” y la de “contenidos digitales”. Se entiende por servicios de la sociedad de la información todos aquellos servicios (en sentido amplio) prestados normalmente a cambio de remuneración, a distancia, por vía electrónica y a petición individual del destinatario (art. 2.a Directiva 2000/31/CE), mientras que son contenidos digitales los datos producidos y suministrados en formato digital (art. 2.11 Directiva 2011/83/UE), tales como programas de ordenador, vídeos, documentos de texto, aplicaciones, etc (Cons. 19 Directiva 2011/83/UE). Esta definición sintética de uno y otro concepto nos sitúan ante un primer punto en común: unos y otros son objetos de tráfico jurídico, objetos sobre los que recaen determinados contratos (prestaciones de servicios de la sociedad de la información, y suministros de contenidos digitales). Sin embargo, uno es dinámico y el otro estático como ya hemos visto.

---

Para una comparativa de ambos conceptos quizás sería buen método retomar las características de cada uno de ellos, de tal manera que podamos ver cuáles comparten y en qué grado, y cuáles otras no. En primer lugar, debemos reparar en que ambas son categorías muy amplias, “funcionales”<sup>216</sup> en el sentido de que sirven para designar cualquier objeto de tráfico dentro del ámbito de aplicación subjetivo y objetivo en que se insertan. En otras palabras, son meros centros de imputación normativa. Una interpretación acorde con esta idea implicaría que no deberíamos tomar en su sentido jurídico la expresión “servicios” cuando hablamos de servicios de la sociedad de la información, como tampoco parecería acertado identificar los contenidos digitales con los bienes (incluso si lo hiciéramos sólo con los bienes inmateriales), especialmente si cristaliza la propuesta de Directiva 634/2015. Tampoco debería tomarse la expresión “contenido” digital provista de su carga jurídica; es decir, relacionado con el *corpus mysticum* de toda obra de propiedad intelectual, que queda “contenido” en un *corpus mechanicum*, soporte o continente (que puede ser físico o informático). Si bien es cierto que una interpretación como esta permitiría que nos manejáramos cómodamente en la interpretación y aplicación práctica de la normativa (y resulta por tanto aconsejable desde este punto de vista), no lo es menos que se trataría de un uso inadecuado por impreciso y por no responder a las connotaciones jurídicas de los mismos.

Una segunda característica que comparten servicios de la sociedad de la información y contenidos digitales es que son objetos de un tráfico jurídico que goza de una concepción amplia de la onerosidad. La expresión “prestados normalmente a cambio de remuneración” en el caso de los servicios de la sociedad de la información da cuenta, como vimos, de que pretenden abarcarse determinado tipo de actividades económicas independientemente de que exista o no contraprestación económica o, mejor deberíamos decir, independientemente de que la contraprestación económica sea de carácter monetario o no. Otro tanto ocurre en el caso de los contratos sobre contenidos digitales. Se ha debatido acerca de si aquellos contratos “gratuitos” sobre contenidos digitales debían o no quedar incluidos en el

---

<sup>216</sup> En el Diccionario de la RAE, la segunda acepción de la voz “funcional” reza como sigue: “Dicho de una cosa: Diseñada u organizada atendiendo, sobre todo, a la facilidad, utilidad y comodidad de su empleo”.

---

ámbito de aplicación de las respectivas normas que han tratado los contratos sobre contenidos digitales. Con acierto se ha observado que la gran mayoría de los contratos que se presentan como “gratuitos” no lo son en realidad, ya que el consumidor proporciona determinados datos personales o consiente que el suministrador acceda a información como pueden ser los datos de navegación. Esta información es ya hoy sumamente valiosa y lo será más cuanto más avancen tecnologías como la del Big Data. Por tanto, debe celebrarse que tanto en uno como en otro caso se acoja una noción amplia de onerosidad de tal manera que no se exija que la contraprestación sea monetaria para entender que el contrato es oneroso.

Los servicios de la sociedad de la información deben ser prestados “a distancia”. En cambio, esta exigencia no se encuentra tal cual en el caso de los contenidos digitales. Tanto en uno como en otro caso, debe repararse en que se está definiendo una categoría objeto de tráfico jurídico acudiendo a circunstancias que, como ocurre en este caso, no tienen que ver con las cualidades del objeto de tráfico jurídico, sino con el modo en que éste circula (a distancia). En cualquier caso, la única precisión respecto del modo de tráfico de los contenidos digitales es que circulen (sean suministrados) en formato digital, sea éste un soporte físico o un soporte informático.

Los servicios de la sociedad de la información deben prestarse “por vía electrónica”, es decir, a través de un intercambio de información digitalizada mediante equipos electrónicos de tratamiento y almacenamiento de datos. Quedan excluidas expresamente por vía de esta característica actividades como la distribución física de CDs (Dir. 98/48/CE, Anexo V). Igual que en el caso anterior, los contenidos digitales “normalmente” son entregados (entendiendo por entrega tanto la actividad misma, como la mera tolerancia de uso *ex art. 1462 CC*) por vía electrónica, es decir, descarga online desde el sitio web del suministrador. Sin embargo, esto no debe ser así en todos los casos si tenemos en cuenta que también se considera contrato de suministro de contenidos digitales aquél que tiene lugar cuando el contenido digital se encuentra en un soporte físico como puede ser, por ejemplo, un CD.

---

Finalmente, son servicios de la sociedad de la información aquellos que se realizan a petición individual del destinatario. Ya vimos que esta última exigencia se encuentra en crisis debido a que los llamados servicios de comunicación audiovisual no lineales o a petición participan tanto de las cualidades de los servicios de la sociedad de la información como de las cualidades de los servicios de radiodifusión televisiva. Por su parte, los contenidos digitales lo son independientemente de que sigan o no las especificaciones del consumidor (art. 2.j CESL). Esta exigencia ha desaparecido de los textos que posteriormente han tratado los contenidos digitales, si bien sigue siendo posible distinguir entre contenidos digitales estandarizados y contenidos digitales personalizados. Ahora bien, no debe confundirse la “petición individual” con la personalización del objeto de tráfico. Un contenido digital no personalizado o estándar puede ser objeto de un contrato de suministro de contenidos digitales a petición individual de su destinatario. La cuestión a dilucidar, tanto en el caso de los servicios de la sociedad de la información como en el caso de los contenidos digitales, tiene que ver con qué entendemos por una prestación realizada “a petición individual del destinatario”. ¿Es exigible que un contrato de suministro de contenidos digitales se realice a petición individual del destinatario? No figura tal exigencia en ninguna de las definiciones de contenidos digitales elaboradas hasta ahora. En nuestra opinión, esto sólo es exigible en la medida en que se interprete de acuerdo con la teoría general de los contratos. Es decir, “petición individual del destinatario” sería sinónimo de consentimiento válidamente emitido por el consumidor.

¿Qué tipo de actividades pueden verse calificadas tanto de servicios de la sociedad de la información como de contenidos digitales? En primer lugar, debemos tener en cuenta cuál es el ámbito de aplicación en que uno y otro concepto confluyen: el comercio electrónico directo B2C. La Directiva 2000/31/CE pretende abarcar cualquier fenómeno que en sentido amplio tenga que ver con el comercio electrónico, tanto directo como indirecto, por mucho que no resulte aplicable a los problemas derivados de la entrega de los productos solicitados por vía electrónica. El contrato de suministro de contenidos digitales, en cambio, se identifica con una parte muy importante del comercio electrónico directo (la propuesta 635/2015 tiene por objetivo regular las manifestaciones de mayor importancia económica del

---

comercio electrónico indirecto con consumidores)<sup>217</sup>, aunque no se identifica con el comercio electrónico directo en su totalidad, ya que sólo quedan incluidos determinado tipo de servicios: aquellos que, por una parte, revisten una importancia económica digna de tener en cuenta en el contexto del mercado digital europeo y, por otra, son susceptibles de ser regulados por unas reglas que inicialmente fueron previstas para un contrato análogo a la compraventa (CÁMARA LAPUENTE, 2016, 27). Por otro lado, el contrato de suministro de contenidos digitales tampoco resulta aplicable a la totalidad del comercio electrónico directo en un sentido subjetivo: sólo al que tiene lugar con consumidores (B2C). Finalmente, debemos tener en cuenta que la entrega de un programa de ordenador en CD o DVD es comercio electrónico indirecto en la medida en que su ejecución tiene lugar fuera del entorno virtual y, al mismo tiempo, se considera contrato de suministro de contenido digital.

En cuanto a la actividad realizada, aquellos contratos de suministro de contenido digital (en los que, por tanto, el suministrado sea un consumidor) que tengan lugar a distancia, por vía electrónica y a petición individual del destinatario, como por ejemplo, la descarga online de un programa de ordenador, la entrega o tolerancia de uso de archivos fotográficos o escritos (ej, *cloud computing*), o el acceso a juegos digitales, serán también prestaciones de servicios de la sociedad de la información. En el caso de los videos en *streaming* encontramos una confluencia de regímenes jurídicos interesante, pues pueden ser al mismo tiempo servicios de la sociedad de la información, servicios de comunicación audiovisual no lineales y suministro de contenidos digitales. Si prosperasen las enmiendas de 2016 y 2017 a la propuesta 634/2015 este tipo de actividades pasarían a denominarse “servicios digitales”; sin embargo, ni en 2016 ni en 2017 se ha propuesto el cambio del nombre del contrato en estos casos (“suministro de servicios digitales” o “prestación de servicios digitales”), por lo que, con la norma en la mano, seguiríamos hablando de contrato de suministro de contenidos digitales pese a que se tratara de “servicios digitales”.

---

<sup>217</sup> Tengamos en cuenta, sin embargo, que la entrega de un programa de ordenador en CD o DVD es comercio electrónico indirecto en la medida en que su ejecución tiene lugar fuera del entorno virtual y, al mismo tiempo, se considera contrato de suministro de contenido digital.



---

### 3.4. Los principios del comercio electrónico y el concepto de contenidos digitales

Una vez examinada la evolución del concepto de contenidos digitales así como los principios del comercio electrónico, procede examinar dicho concepto a la luz de tales principios de modo que podamos determinar si la descripción actual de los contenidos digitales así como su previsible evolución o si, por el contrario, se desmarcan de los mismos y en qué medida. No olvidemos que el ahora llamado mercado digital no es otra cosa que el comercio electrónico en el entorno de la Unión Europea.

Hoy por hoy, debemos entender que son “contenidos digitales” los datos producidos y suministrados en formato digital como, por ejemplo, vídeo, audio, aplicaciones, videojuegos y, en general, *software*; siempre que no se encuentren recogidos en un soporte material, en cuyo caso serán considerados como “bienes”, lo que no necesariamente significa que deban ser objeto de compraventa (art. 2.11 y Cons. 19 Directiva 2011/83). De salir adelante la propuesta 634/2015, de 9 de diciembre, relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos digitales, también formarían parte de dicho concepto determinadas prestaciones de servicios que podríamos ubicar en el desarrollo de la llamada web 2.0: servicios para la creación, el tratamiento o el almacenamiento de los datos en formato digital, cuando dichos datos sean facilitados por el consumidor (art. 2.1.b) y servicios para compartir así como realizar cualquier otro tipo de interacción con datos en formato digital facilitados por otros usuarios (art. 2.1.b). Salvo que se aceptaran las enmiendas presentadas por el Consejo en 2016 o 2017, en cuyo caso distinguiríamos entre “contenidos digitales” y “prestaciones digitales” (2016) o “contenidos digitales” y “servicios digitales” (2017).

A continuación pretendemos demostrar cómo esta evolución expansiva del concepto de contenidos digitales (y, por tanto, del contrato de suministro de contenidos digitales) no respeta los principios del comercio electrónico, razón por la cual consideramos un acierto las enmiendas presentadas en 2016 y 2017, aunque no dejan de ser incompletas en la medida en que el contrato (y el título de la propuesta

---

de Directiva 634/2015) sigue siendo “de suministro de contenidos digitales” y la regulación sigue siendo la misma independientemente de aquello que se suministre.

#### 3.4.1. Contenidos digitales y principio de equivalencia funcional

Hemos definido el principio de equivalencia funcional como aquél por el cual se pretende establecer un equivalente digital (mejor podríamos hablar de equivalente informático) de instituciones tradicionales como por ejemplo la firma o los documentos en papel, no desde un punto de vista técnico, sino desde el punto de vista de la utilidad jurídica que éstos reportan.

Para poder valorar el concepto de contenido digital a la luz del principio de equivalencia funcional conviene recordar brevemente la lógica de la propiedad intelectual. Admitida la dualidad *corpus mysticum* / *corpus mechanicum* vista a la luz de la Revolución Digital nos lleva a la siguiente reflexión: es necesario readaptar la definición de contenido y de soporte para adaptarlo a la nueva realidad. La dualidad *corpus mysticum* / *corpus mechanicum* puede expresarse también como continente / contenido. Por contenido podemos entender, como hasta ahora, cualquier bien inmaterial. Sin embargo, y en la medida en que la información “desnuda” ha pasado a convertirse igualmente en un elemento susceptible de valoración económica y por tanto objeto de tráfico jurídico convendría ampliar el término de modo que dicha información desnuda (ahora relevante económica y jurídicamente) tuviera cabida. Hablaremos, pues, de bienes informacionales, entendiendo por tales todo aquél conjunto de información que por sus características sea susceptible de valoración jurídica en tanto que posible objeto de tráfico. El continente de este contenido (bienes informacionales, incluyendo en este término también los bienes inmateriales) deberá ser un soporte duradero, es decir, todo aquél que permita almacenar dicho bien informacional, dicho contenido, de tal manera que sea fácilmente recuperable en el futuro y permita la reproducción inalterada de la información almacenada (*cf.* art. 2.10 Directiva 2011/83 y art. 2.11 propuesta 634/2015). No parece, sin embargo, que el “soporte duradero” deba identificarse

---

necesariamente con “soporte material o tangible” (*corpus mechanicum* material, corporal o físico), de manera que puede existir un soporte duradero no material (*cf.* art. 20 propuesta 634/2015 según las enmiendas presentadas en 2016 y 2017, al que nos hemos referido con anterioridad).

¿Cuál sería el soporte duradero no material de aquellos “contenidos digitales” que fuesen suministrados online? En esta pregunta puede resumirse la razón por la cual entendemos que la actual definición de “contenidos digitales” no respeta íntegramente el principio de equivalencia funcional. Pensemos en un libro, en un archivo de música o en un documento de texto. Cuando estos bienes (informacionales) quedan disponibles en formato digital se consideran contenidos digitales. Pero, ¿cuál es su continente? El continente de estos contenidos serán programas como pdf, jpg, mp3, exe, y un larguísimo etcétera. Sin embargo, la Directiva 2011/83 y la propuesta 634/2015 (además de la CESL) consideran que los programas de ordenador o las apps son ejemplos de contenidos digitales, y es cierto. Un programa de ordenador (entendido en el sentido más amplio, comprendiendo apps, webs, bases de datos electrónicas... en la medida en que en todos estos elementos hay como base un *software*) es un bien inmaterial, una obra del ingenio, y por tanto, un contenido digital. Lo que pasan por alto todos estos textos normativos es que también es un continente de otros contenidos digitales. El respeto a la equivalencia funcional se complica aún más si tenemos en cuenta que la propuesta 634/2015 en su redacción original incluye como ejemplo de contenidos digitales determinado tipo de “servicios”. Al menos esto último parece haberse frenado con las enmiendas de 2016 y, especialmente, de 2017.

---

### 3.4.2. Contenidos digitales y principio de no alteración del Derecho preexistente

El principio de no alteración del derecho preexistente no es otra cosa que un desiderátum dirigido al legislador que persigue que la Revolución Digital no altere la dinámica de funcionamiento del Derecho de contratos. Es decir, las reglas de un contrato electrónico o de un contrato informático no deberán ser sustancialmente distintas de las que gobiernan los contratos en un sentido tradicional. Como decimos, se trata de un desiderátum. No será, por tanto, fácil alcanzar este objetivo; y será necesario en ocasiones introducir cambios normativos que respondan a las exigencias derivadas de la nueva realidad económica. La propia estrategia de Mercado Único Digital para Europa es buena muestra de ello. La cuestión está en ubicar adecuadamente el punto de deslinde, es decir, qué derecho preexistente debe no verse alterado pese a los cambios que introduce la Revolución Digital. Quizá la figura del contrato de suministro de contenidos digitales muestre, a nuestro juicio, determinados detalles que han traspasado dicho límite.

Ya hemos hecho reiteradas referencias a la confusión en que parece incurrir el legislador europeo cuando mezcla dos planos bien distintos en la propia definición de los contenidos digitales: el plano de los tipos contractuales y el plano de los objetos sobre los que recaen los contratos. En el momento presente este punto puede salvarse ya que la Directiva 2011/83 describe los contenidos digitales exclusivamente como “los datos producidos y suministrados en formato digital” y sólo en el Considerando 19 y respecto del contrato de suministro de contenidos digitales califica esta nueva figura como un *tertium genus*. Sin embargo, la mezcla de ambos planos es clara en la nueva definición de contenidos digitales que da la redacción original de la propuesta 634/2015. Como ya hemos dicho, más correcto habría sido hablar de “contenidos digitales en el marco de ciertas prestaciones de servicios” relacionadas con la web 2.0.

Otro aspecto a tener en cuenta de cara a la valoración del principio de no alteración del derecho preexistente es el término “suministro”, indisolublemente unido al de “contenido digital”. La Directiva 2011/83 creó una categoría neutra,

---

funcional, “vacía”, que giraba en torno al objeto de tráfico jurídico y no a la forma en que operaba dicho tráfico. Aun así, en la medida en que los ejemplos aportados por dicha Directiva hacían referencia a realidades encuadrables en el concepto de “bienes” (por contraposición a actividades o servicios) y teniendo en cuenta además su presencia en la CESL podía afirmarse que el contrato de suministro de contenidos digitales no era más que una forma de compraventa que recibía un nombre distinto por razón del objeto sobre el que recaía (los contenidos digitales), dando por hecho que el término “suministro” se usaba en un sentido lato o desprovisto de las connotaciones jurídicas que en determinados ordenamientos, como el español o el italiano, tiene. Si el contrato de suministro de contenidos digitales gira en torno a los contenidos digitales y éstos a su vez incluirán determinados servicios, se hará difícil identificar el suministro de contenidos digitales con una modalidad de compraventa, más allá de la ya denunciada confusión de los planos referidos al contrato y al objeto contractual.

Independientemente de con qué categoría contractual se lo pueda relacionar, resulta extraña la configuración de un tipo contractual en torno al objeto sobre el que recae el contrato, y no en torno al objeto del contrato. Además, una categoría vacía (o “funcional” como esta lleva a preguntarnos si la clásica distinción entre contratos relativos a obligaciones de dar (principalmente compraventa) y contratos relativos a obligaciones de hacer (principalmente servicios) es irrelevante en el Derecho digital, donde lo único que importaría sería la teoría general de contratos y especialmente los criterios de cumplimiento o conformidad. Cabe preguntarse si todo ello altera el derecho preexistente debido a que (1) inicia una forma nueva de configurar categorías contractuales, desconocida hasta ahora: tipos contractuales definidos en torno al objeto sobre el que recaen y no en torno al objeto del contrato; (2) centra toda la atención en la teoría general del contrato y especialmente en los criterios de conformidad dejando de lado la calificación que el contrato reciba; y (3) se mezclan en esta categoría el plano de los objetos contractuales con el plano de los objetos sobre los que recaen los contratos.

---

### 3.4.3. Contenidos digitales y principio de neutralidad tecnológica

Como ocurriera con el principio de no alteración del Derecho preexistente, el principio de neutralidad tecnológica es un desiderátum dirigido al legislador que persigue el carácter “neutral” de las normas. Es decir, que éstas no queden asociadas a una o varias tecnologías concretas por muy preponderantes que sean en el momento de redacción de la norma de tal manera que la evolución tecnológica no las convierta en obsoletas con el paso de unos años. Como también ocurre respecto del principio de no alteración del Derecho preexistente, este objetivo no podrá cumplirse siempre sin perjuicio de su utilidad.

Este objetivo parece haber sido buscado por la propuesta de Directiva 634/2015 cuando afirma en el Considerando 11 que “con el fin de cubrir los rápidos desarrollos tecnológicos y mantener la naturaleza a prueba de futuro del concepto de los contenidos digitales, este concepto tal y como se utiliza en la presente Directiva debe ser más amplio que en la Directiva 2011/83” y, en particular, “cubrir servicios que permitan la creación, el tratamiento o el almacenamiento de datos”.

Esta interpretación del principio de la neutralidad tecnológica dista considerablemente del modo en que hemos definido el principio. No se trata de ensanchar el concepto de contenido digital (incluyendo, como ocurre en la redacción original de 2015, en el mismo prestaciones de servicios, de manera que se mezclan en la misma categoría el plano de los contratos y el de los objetos sobre los que éstos recaen) para abarcar las formas más importantes de tráfico de dichos contenidos digitales, sino que ni el concepto ni su definición queden adheridos a un paradigma tecnológico concreto de manera que cuando éste cambie no deba necesariamente cambiar la norma. No tiene que ver, por tanto, el principio de neutralidad tecnológica con las formas de circulación de las nuevas realidades objeto de tráfico jurídico, sino con evitar la excesiva vinculación de las normas a un determinado paradigma tecnológico. Cabe mencionar en este sentido, la Comunicación de la Comisión relativa a la revisión intermedia de la EMUDE (MID-TERM, 2017, 25): la informática cuántica promete resolver los problemas de cómputo que están fuera del alcance de los superordenadores actuales. Por consiguiente, la Comisión está

---

redoblando también los esfuerzos para liberar todo el potencial de las tecnologías cuánticas. La actual revolución tecnológica ha sido bautizada como “Revolución Digital” debido a que el paradigma tecnológico en el que se desenvuelve es el digital. Si próximamente abandonaremos el paradigma digital para entrar en el paradigma cuántico parece que la calificación de los contenidos o del mercado como “digitales” nace con una anunciada fecha de caducidad en los próximos años. Sin embargo, no parece del todo errada la calificación del mercado, los contenidos (o, como pretendemos con este trabajo, los bienes) como digitales, pues se trata precisamente de dar acogida jurídica al paradigma tecnológico actual; no de construir la recepción jurídica del paradigma venidero, que aún desconocemos.

---

#### 4. Las teorías de las cosas y los bienes. Reflexiones desde una óptica italo-española

##### 4.1. Importancia de la categoría jurídica de los bienes y ámbito de la investigación

Una de las claves del pensamiento jurídico y uno de los catalizadores fundamentales del tráfico jurídico lo constituye el concepto de bienes o cosas en sentido jurídico. No se trata de una tarea fácil debido a la ya mencionada riqueza de matices de que se ha venido dotando este concepto a lo largo de su historia. Es de gran expresividad la reflexión de GAMBARO (2012, 16) en este sentido: “a seconda del manuale che gli verrà suggerito, il discente delle nostre università potrà apprendere nozioni radicalmente diverse di “bene” e di “cosa”. Tampoco ha ayudado al esclarecimiento de qué debemos entender por bienes o cosas en un sentido jurídico la reticencia de los Tribunales a aplicar los artículos que definen los bienes, haciendo de éstos una mera enunciación en lugar de una norma prescriptiva<sup>218</sup>. La situación en la doctrina civilista no es mucho mejor, pues, pese a que algunos autores se han ocupado del tema la investigación acerca del concepto jurídico de bienes ha sido escasa, especialmente en las últimas décadas en España.

---

<sup>218</sup> Denunciado recientemente por SPANGA (2015, 6), en relación con el artículo 810 CC-IT. Tampoco resulta nada fácil encontrar en la jurisprudencia española casos que pivoten en torno al concepto jurídico de bienes en los que este concepto sea determinante para dar la razón a una de las partes. Según la autora, contribuye a esta situación el propio contenido del artículo 810, que provoca una huida del Código debido a su anacronismo y su incapacidad de adaptación a las nuevas formas de riqueza desmaterializada.

No parece, sin embargo, que se trate de una definición tan petrificada la del Código italiano. Antes bien, es una de las más amplias y moldeables del panorama europeo. No restringe la noción de bienes a aquellas realidades metajurídicas que puedan ser objeto de propiedad, sino que habla de “objeto de derechos” (*cf.* art. 333 CC-ESP), ni tampoco la restringe a las realidades corporales (*cf.* art. 90 BGB). Esto último resulta de gran utilidad, ya que permite una interpretación amplia del concepto jurídico de bienes que acoja existencia de bienes inmateriales (o, en palabras de la autora, de las nuevas formas de riqueza desmaterializada), cosa que no es posible en ordenamientos que siguen el modelo alemán y restringen la noción jurídica de “cosa” a las realidades corporales. Todo ello no es óbice para celebrar la elaboración de propuestas de reforma del Código civil en materia de bienes como la Comisión Rodotà en Italia o la propuesta de Código civil elaborada por la Asociación de Profesores de Derecho Civil en España.



---

Resulta interesante plantear una cuestión cuya respuesta no parece clara y cuyo planteamiento incluso puede resultar incómodo por ser “excesivamente teórico”, y es precisamente si la definición de los bienes debe tener un carácter descriptivo o prescriptivo o, como ha dicho algún autor italiano<sup>219</sup>, si se trata de definiciones propias o impropias, siendo propias aquellas definiciones que carecen por completo de contenido imperativo (normas de contenido descriptivo, cuyo mejor ejemplo podemos encontrarlo en el artículo 1088 CC-ESP). Serían impropias, por otra parte, todas aquellas definiciones que contienen una porción de norma, completando el contenido de otras disposiciones que incluyen el contenido definido. Son pocas las normas que contienen una definición propia “pura” como puede ser la del artículo 1088 CC-ESP, pues todas tendrán en mayor o menor grado un contenido prescriptivo, sin perjuicio de que dicho contenido prescriptivo deba ceder cuando resulte contradictorio con el cuadro normativo puramente prescriptivo en que la norma definatoria queda inserta<sup>220</sup>. En el Código civil italiano de 1942 se redujo considerablemente el número de definiciones por inspiración de la doctrina francesa, lo cual fue especialmente significativo en el caso del Libro III y las disposiciones relativas a los bienes, entendiendo que el trabajo definatorio pertenece a la doctrina más que al legislador (SPANGA, 2015, 41). Por lo que se refiere a los artículos 810 CC-IT y 333 CC-ESP (como también el § 90 BGB o el art. 516 del *Code civil*), parece claro que se trata de definiciones impropias. Muestra de ello es la divergencia entre el modelo francés y el modelo alemán respecto de la teoría jurídica de los bienes: mientras que el primero entiende por tales tanto los bienes materiales como los inmateriales (y así aquellos ordenamientos que, como el español o el italiano, lo siguen), el segundo (que habla de “cosas”), sólo entiende por tales las corporales.

Pretendemos, pues, sentar unas bases mínimas comunes acerca de la teoría de los bienes en el convencimiento de que ello puede contribuir a una mejor recepción jurídica de la Revolución Digital. Como ya hemos visto anteriormente, la Revolución Digital está modificando sustancialmente los hábitos sociales y de consumo, siendo así que entre sus consecuencias se encuentra la expansión del

---

<sup>219</sup> GRASETTI (1938, 299), cit. por SPANGA (2015, 40).

<sup>220</sup> El mejor ejemplo de ello lo tenemos con el uso indistinto por parte tanto del CC-ESP como del CC-IT respecto de los términos “bienes” y “cosas”, que no responde a la relación género / especie que existe entre uno y otro término en la definición de los bienes.

---

comercio de los servicios en detrimento del comercio de bienes derivada de la supuesta desmaterialización de éstos en el contexto digital. Entendemos, sin embargo, que la Revolución Digital ha traído cambios de un calado tal que obligue a una reelaboración de conceptos básicos o incluso principios jurídicos. Otros autores (TWIGG-FLESNER, 2016, 26-27) sí consideran, en cambio, que la Revolución Digital conlleva un “efecto jurídico disruptivo” y que por ello lo más aconsejable sería diseñar nuevos esquemas y principios jurídicos y no tanto reinterpretar los ya asentados a la luz de principios como el de equivalencia funcional. Expone este autor como ejemplo del efecto disruptivo de la Revolución Digital el cuestionamiento del principio de autonomía privada de los contratos debido a la contratación automática (entre ordenadores). No podemos estar de acuerdo con argumentos como los expuestos: la Revolución Digital supone un gran cambio a múltiples niveles que, evidentemente deberá ir reflejado en la normativa que la acoja, pero resulta cuanto menos cuestionable que dicho cambio haya atacado también los esquemas básicos de contratación. Más allá de la discusión acerca de la mayor o menor importancia de los bienes en el contexto digital (eclipsados por la vis expansiva de los servicios en la contratación digital), entendemos que a poco que se examinen con cierto detenimiento los cambios jurídicos mencionados podrá observarse que no son de tal calado como para abogar por un cambio del sistema jurídico en el contexto digital. Valga como ejemplo la importancia del principio de autonomía de la voluntad a que hacía referencia TWIGG-FLESNER: los ordenadores no son sujetos contratantes, sino máquinas que han recibido unas instrucciones vía programación que les permiten tomar unas decisiones de contratación cuando se cumplen determinados parámetros (*cf.* art. 13.2 LMCE)<sup>221</sup>. Así pues, no hay razones para pensar que la Revolución Digital suponga un cuestionamiento del principio de autonomía de la voluntad en la contratación en casos como el expuesto, ya que la iniciativa y aceptación en la contratación debe

---

<sup>221</sup> En este sentido, MADRID PARRA (2013, 320): “Aunque se llegue a hablar de inteligencia artificial y de que el ordenador decide, no parece que se pueda afirmar que se adquiere la condición de persona, en el sentido de sujeto de derechos y obligaciones. Es cada vez más frecuente en el comercio electrónico la utilización de computadoras, que debidamente programadas y analizando la información que van recibiendo, deciden emitir una oferta, pública o a persona determinada, o una aceptación. Evidentemente los mensajes se imputan a la persona en cuyo nombre se utilizan para generar los mensajes y enviarlos. El automatismo se refiere a la forma de generarse y emitirse el mensaje, cosa que hace el ordenador por sí solo”.

---

buscarse en quienes programaron sus respectivos ordenadores (verdaderos sujetos contratantes o partes del contrato) para que “contrataran” entre sí siguiendo sus instrucciones.

La DSMS y la normativa que está produciendo suponen en ocasiones un cambio de esquemas jurídicos aconsejado por una mayor sencillez en la discusión acerca de la elaboración de los preceptos entre juristas de países (y tradiciones jurídicas) diferentes así como por la necesidad imperiosa de establecer una regulación jurídica común que permita el desarrollo de la economía digital en Europa. Si bien es cierto que necesitamos una regulación con urgencia, las normas que se desarrollen no deberían ser una huida hacia adelante sin retorno. El Derecho necesita reposo, pensamiento, debate y bancos de pruebas; mientras que, por otra parte, la economía digital no va a detenerse para que el Derecho pueda pensarla como se merece. Por ello, las normas que actualmente se vienen desarrollando serán más útiles cuanto mejor permitan en un futuro (tras pensar con calma la Revolución Digital, sus necesidades y evaluar las consecuencias de la implementación de esta primera normativa) “desmontarlas” y sustituirlas por otras que sean fruto de una reflexión jurídica que no puede ni debe acelerar sus tiempos por digital que sea la época.

Ya que la reflexión que acabamos de anunciar requiere de un mayor tiempo y profundidad, hemos estrechado el ámbito de investigación desde un doble punto de vista: geográfico y material. Desde un punto de vista geográfico, hemos nutrido nuestra investigación principalmente de doctrina española e italiana acerca de la teoría de los bienes<sup>222</sup>. Esta primera restricción adolece de una carencia evidente si pretendemos que las características básicas de una teoría general de los bienes tengan utilidad a nivel europeo: la concepción de los bienes en nuestros dos países (arts. 333 CC-ESP y art. 810 CC-IT) tiene grandes diferencias con la concepción de los bienes (llamados “cosas”) en los ordenamientos jurídicos que siguen el llamado modelo alemán (ej., art. 90 BGB y art. 250 ABGB) frente a los que, como es el caso de España e Italia, seguimos el modelo llamado francés. Igualmente, tampoco se trata la consideración de los bienes en el modelo anglosajón. Una y otra restricción son necesarias por razones de prudencia. Si dentro del contexto del civil law existen

---

<sup>222</sup> Hay autores que hablan de cosas u objetos para referirse a los bienes. Tendremos ocasión de profundizar en este punto más adelante.

---

al menos dos modelos diferenciados en cuanto a la teoría de las cosas (modelo alemán y modelo francés) y ello exige prestar la adecuada atención a uno de los modelos en algunos de sus Estados (en este caso, España e Italia) no exentos de diferencias, más motivo aún para no adentrarnos en una cultura jurídica ajena (sin perjuicio de los múltiples puntos en común. Un estudio adecuado sobre la teoría de los bienes en un determinado ordenamiento jurídico no debería circunscribirse en exclusiva a un conocimiento más o menos completo de la figura sino un mínimo conocimiento del contexto del pensamiento jurídico de dicho Estado. No significa todo ello que tales estudios no deban hacerse; más bien al contrario, son de imperiosa necesidad. Sin embargo, parece razonable sacrificar la amplitud geográfica de la investigación en favor de una mayor profundidad y claridad de ideas en la medida de lo posible.

Por otro lado, desde un punto de vista material, hemos circunscrito la investigación a la teoría de los bienes sin entrar a indagar acerca del derecho de propiedad salvo cuando ello resulte útil a la argumentación expuesta. Igualmente, el tratamiento de la propiedad intelectual (algo más extenso, por cuanto que tiene más puntos de conexión con nuestra materia de estudio) tendrá también un enfoque deliberadamente instrumental: delimitar adecuadamente los objetivos que persigue la lógica de la propiedad intelectual con el objetivo de diferenciar convenientemente los bienes inmateriales y la protección de los creadores de bienes informáticos, cuya necesidad y conveniencia en absoluto pretendemos poner en cuestión. En la mayoría de la doctrina consultada sobre la teoría de los bienes se mezcla la descripción de éstos con el derecho de propiedad y los derechos reales. No se pretende ni mucho menos negar la evidente relación que existe entre una y otra materia de estudio, pero sí resaltar que en la gran mayoría de ocasiones el estudio de la segunda ha eclipsado una nítida delimitación y descripción de la primera. Pudiera dar la impresión de que no existía debate acerca de qué son, qué no son o cómo son los bienes desde un punto de vista jurídico; o bien, que este debate, al ser fundamentalmente teórico, carece de trascendencia práctica y por tanto de interés en su estudio más allá de discusiones bizantinas o meras referencias iniciales a modo de trámite introductorio. Merece destacar cómo uno de los principales autores italianos que ha escrito sobre el concepto de bienes se lamenta, precisamente, de que la investigación jurídica se

---

haya apartado de la delimitación de las nociones de “cosa” y “bien” por la fuerza de la tradición, los tratados y los códigos modernos, tratándolas como mera premisa de la disciplina sobre la propiedad y los derechos reales, así como de la incertidumbre que ello comporta (BIONDI, 1956, 7-8). Nada más lejos de la realidad. Coincidimos plenamente con GAMBARO (2012, 14) cuando dice que el esfuerzo exegético no es inútil en la medida en que la configuración económica de un país (o, podría decirse, de la Unión Europea) depende del sentido que se quiera atribuir a una determinada palabra (los bienes, en este caso). De nuevo BIONDI (1956, 8) da con la clave al afirmar que si no queremos renunciar a la sistematización de las nuevas entidades y situaciones que son atraídas a la órbita del Derecho debe reconocerse su condición de cosas.

La muestra más reciente de la gran importancia práctica puede encontrarse en algunas de las carencias que, con mejor o peor fortuna, hemos pretendido poner de relieve en estas páginas; y es que se hace muy necesario empezar a pensar en la categorización de algunas de las nuevas realidades surgidas de la Revolución Digital si no queremos que ésta ocasione un desvío importante en la distribución de la riqueza que permiten generar los nuevos medios tecnológicos. Un primer atisbo de cordura parece adivinarse en el documento de trabajo de la Comisión sobre la propuesta de Directiva del Parlamento y del Consejo relativa a ciertos aspectos de los contratos de suministro de contenidos digitales de 1 de junio de 2017, donde, a diferencia de la propuesta 634/2015, de 9 de diciembre, ya sí se distingue, al menos, entre contenidos digitales y servicios digitales; refiriéndose el concepto de contenidos digitales a los datos producidos y suministrados en formato digital (art. 2.1; antiguo art. 2.1. a, propuesta 634/2015) y el de servicios digitales a aquellos que permiten al consumidor la creación, procesamiento, almacenaje o acceso a los datos (*cloud computing*, art. 2.1.a.a; antiguo 2.1.b propuesta 634/2015) y aquellos otros que permiten compartir o realizar cualquier otro tipo de interacción con datos en formato digital subidos o creados por el consumidor u otros usuarios (redes sociales, art. 2.1.a.b; antiguo 2.1.c propuesta 634/2015).

---

#### 4.2. Primera descripción de los bienes y su normativa en Europa en el contexto de la Revolución Digital

A continuación, daremos cuenta de algunos de los textos normativos europeos donde podemos encontrar una definición de los bienes (o cosas) en sentido jurídico. Se trata de una muestra incompleta por las razones que acabamos de exponer; sin embargo no es por ello menos necesaria ya que permite ofrecer una comparativa en relación a las similitudes y diferencias en la definición de los bienes en el contexto europeo continental.

Comenzamos con un extracto de las famosas Instituciones de Gayo para dar un gigantesco salto hasta los Códigos civiles decimonónicos (francés, italiano, español y alemán), el Código civil italiano de 1942; y finalmente las definiciones del término “bienes” ofrecidas recientemente tanto por las iniciativas que pretenden una reforma del Código civil en Italia (Comisión Rodotà) y en España (APDC) así como por aquellas que resultarían aplicables en el contexto del Derecho de los consumidores (Directiva 2011/83, ya en vigor y transpuesta en España e Italia, y propuestas de Directiva 634/2015 y 635/2015). Nuestro objetivo inicial es, como decimos, poner de manifiesto las diferencias y similitudes en cuanto a la terminología y la definición de los bienes (o cosas) en el caso de los Códigos civiles español e italiano así como la normativa de consumidores a nivel europeo, situando todo en un contexto normativo más amplio en el espacio y en el tiempo y que en algunos casos sólo podemos apuntar.

- **Gayo, Instituta, II (s. II d. C.)<sup>223</sup>:**
  - 2. La primera división de las cosas comprende dos secciones: unas son de derecho divino, otras de derecho humano.
  - 10. Las cosas que son de derecho humano se dividen en públicas y privadas.
  - 12. Por lo demás, unas cosas son corporales y otras incorporeales.

---

<sup>223</sup> DOMINGO OSLÉ (2002, 81).

- 
- 13. Son corporales las cosas tangibles, como un fundo, un esclavo, un vestido, una cantidad de oro o de plata y, en fin, otras muchas.
  - 14. Son incorporeales las intangibles, como son las que consisten en un derecho, por ejemplo, una herencia, un usufructo, y las obligaciones de cualquier clase (...).
  - 14ª. Por otro lado, las cosas pueden ser mancipables o no: mancipables son, por ejemplo, un fundo o una casa (...).
- 
- **Code Civil Français (1804, Code Napoleon), art. 516:** todos los bienes son muebles o inmuebles<sup>224</sup>.
  - **Codice Civile del Regno d'Italia (1865), art. 406:** todas las cosas que pueden constituir objeto de propiedad pública o privada, son bienes inmuebles o muebles.<sup>225</sup>
  - **Código Civil de España (1889), art. 333:** todas las cosas que son o pueden ser objeto de apropiación se consideran como bienes muebles e inmuebles.
  - **Bürgerliches Gesetzbuch –BGB- (1900), §90:** cosas en sentido legal sólo son los objetos corporales<sup>226</sup>.
  - **Codice Civile di Italia (1942), art. 810:** son bienes las cosas que pueden constituir objeto de derechos<sup>227</sup>.

---

<sup>224</sup> Redacción original: Touts les biens sont meubles ou immeubles. Norma disponible en: [https://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do;jsessionid=0438BE885821F4F11BD090BF7011BE23.tpdila18v\\_3?idArticle=LEGIARTI000006428592&cidTexte=LEGITEXT000006070721&dateTexte=20170224](https://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do;jsessionid=0438BE885821F4F11BD090BF7011BE23.tpdila18v_3?idArticle=LEGIARTI000006428592&cidTexte=LEGITEXT000006070721&dateTexte=20170224).

<sup>225</sup> Redacción original: Tutte le cose che possono formare oggetto di proprietà pubblica o privata, sono beni immobili o mobili. Norma disponible en: <http://www.notaio-busani.it/it-IT/codice-civile-1865.aspx>.

<sup>226</sup> Seguimos en este punto la traducción al español del Tratado de Derecho civil de ENNECCERUS por PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER (1951, 547). Cfr. LAMARCA MARQUÉS (2008, 50): “cosas en sentido legal sólo son los bienes corporales”. Redacción original: Sachen im Sinne des Gesetzes sind nur körperliche Gegenstände.

<sup>227</sup> Redacción original: sono beni le cose che possono essere oggetto di diritti. Disponible en: <http://www.altalex.com/documents/news/2014/02/10/dei-beni>.

- 
- Art. 814: se consideran bienes muebles las energías naturales que tienen valor económico<sup>228</sup>.
  - **Comissione Rodotà (2007), art. 1.3.a:** deben calificarse como bienes las cosas, materiales o inmateriales, cuya utilidad pueda ser objeto de derechos<sup>229</sup>.
  - **Propuesta de nuevo Código Civil de la Asociación Española de Profesores de Derecho Civil (2016)<sup>230</sup>, art. 311-1:**
    - 1. Se consideran bienes todas las cosas corporales o incorpóreas susceptibles de apropiación.
    - 2. Los bienes se clasifican en muebles e inmuebles, atendiendo a su naturaleza y destino.
  - **Directiva 1999/44/CE, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo, art. 1.2.b):** «bien de consumo»: cualquier bien mueble corpóreo, excepto los siguientes:
    - los bienes vendidos por la autoridad judicial tras un embargo u otro procedimiento,
    - el agua y el gas cuando no estén envasados para la venta en el volumen delimitado o en cantidades determinadas,
    - la electricidad

---

<sup>228</sup> Redacción original: si considerano beni mobili le energie naturali che hanno valore económico. Disponible en: <http://www.altalex.com/documents/news/2014/02/10/dei-beni>.

<sup>229</sup> No se trata, a diferencia del resto de normas, de un texto en vigor o, al menos, una propuesta normativa formulada en un texto completo (como ocurre en el caso de la PCC española). La llamada Comisión Rodotà fue instituida por Decreto de 21 de junio de 2007 con el objetivo de preparar una ley de bases para la modificación de las normas del Código civil italiano en materia de bienes públicos. En este contexto, se ha propuesto la modificación del artículo 810 del CC-IT en el sentido arriba transcrito. Disponible en: [https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg\\_1\\_12\\_1.page;jsessionid=FhcKGMVRPI2v4c1L3zPD4jsO?contentId=SPS47624&previousPage=mg\\_1\\_12\\_1](https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_12_1.page;jsessionid=FhcKGMVRPI2v4c1L3zPD4jsO?contentId=SPS47624&previousPage=mg_1_12_1).

<sup>230</sup> Disponible en: <http://www.derechocivil.net/esp/libros.php>.



- 
- un soporte tangible que incorpore contenido digital si se ha utilizado para suministrar el contenido digital al consumidor tal como se establece en la Directiva (UE) N/XXX<sup>231</sup>.
  
  - **Common European Sales Law –CESL- (2011), art. 2.h:** «bienes»: todo artículo mueble material, con exclusión de:
    - i) la electricidad y el gas natural; y
    - ii) el agua y otros tipos de gases a menos que estén envasados para la venta en un volumen delimitado o en cantidades determinadas
  
  - **Directiva 2011/83/UE, sobre los derechos de los consumidores (2011), art. 2.3:** «bienes»: todo bien mueble tangible, excepto los bienes vendidos por la autoridad judicial tras un embargo u otro procedimiento. El agua, el gas y la electricidad se considerarán «bienes» en el sentido de la presente Directiva cuando estén envasados para la venta en un volumen delimitado o en cantidades determinadas.
  
  - **Propuesta de Directiva 635/2015, de 9 de diciembre (2015), art. 2.d:** «bienes»: todo artículo mueble material, excepto los siguientes:
    - a) los artículos vendidos por una autoridad judicial tras un embargo u otro tipo de procedimiento,
    - b) el agua, el gas y la electricidad, a menos que estén envasados para la venta en un volumen delimitado o en cantidades determinadas.

Si comenzamos con un inicial análisis de la descripción de las cosas que se ofrece en las Instituciones de Gayo podremos observar en primer lugar que el término utilizado es el de “cosas” y no el de “bienes” como, por otra parte, ocurre con la mayoría de los Códigos civiles decimonónicos europeos que siguen el modelo francés, tanto los de, podríamos decir, primera generación (Code Napoleón, Codice

---

<sup>231</sup> Esta última exclusión se añadiría en caso de entrar en vigor la propuesta 634/2015. En la versión original habla de “soporte duradero”. No obstante, en las enmiendas propuestas en 2016 y 2017 se sustituye “soporte duradero” por “soporte tangible”.

---

civile del Regno d'Italia y Código civil español) como de los Códigos civiles producidos durante siglo XX como es el caso del vigente Código Civil italiano (1942). Igualmente, los proyectos de reforma tanto español como italiano prefieren usar el término “bienes” como como termino jurídico en lugar de “cosas” instituyendo se una suerte de relación genero / especie entre los términos cosa y bien de tal manera que serán bienes aquellas cosas que cumplan las cualidades exigidas en los artículos 333 CC-ESP u 810 CC-IT<sup>232</sup>.

El término bien deriva del latín bona que hace referencia al patrimonio que se encuentra en poder de un determinado sujeto, razón ésta que ha permitido a la doctrina contraponer históricamente sujeto y objeto a modo de conceptos dicotómicos<sup>233</sup>. Como equivalente de patrimonio, el término bona (usado siempre en plural) se usa para referirse a un grupo de bienes, más que a específicos y separados objetos de derechos. Parece, pues, que los actuales “bienes” se encuentran más próximos al término romano res que al de bona, si bien debemos tener presente que la polisemia del término res hace estéril cualquier intento de trazar un paralelismo entre las categorías romanas y las actuales de bienes y cosas (SPANGA, 2015, 15). A ello debemos añadir que el Derecho romano constituye un ordenamiento jurídico no sólo pretérito, sino distinto (pese a su indiscutible importancia) a cualquier ordenamiento actual. Si ya encontramos serias dificultades en aventurar un intento de definición de los bienes que sirva tanto en España como en Italia, sería una temeridad pretender trazar “líneas rectas” que conectaran de forma simple los conceptos jurídicos romanos con los actuales. Nuevamente, esta tarea requiere un estudio más profundo y maduro, no por ello menos necesario.

Otro aspecto a tener en cuenta es la aparente desaparición de la corporalidad como cualidad propia de los bienes. Sólo se mantiene la corporalidad como cualidad esencial en la definición de las “cosas” (que no “bienes”) en los Códigos que siguen el modelo alemán. Si observamos la definición que ofrece de “cosas” el BGB

---

<sup>232</sup> En este sentido, SPANGA (2015, 52): “Quando la cosa diviene oggetto di interesse giuridicamente rilevante ed è protetta dall'ordinamento essa diviene bene (...) Ciò esclude ab origine la possibilità di un utilizzo sinonímico dei due termini, a meno di non sostenere che la loro distinzione sia solamente teorica”.

<sup>233</sup> GAYO, Instituta I – 8, en DOMINGO OSLÉ (2002,40); BIONDI (1956, 2); SANTOS BRIZ (1980, 2).

---

veremos que éstas se definen como bienes corporales. Es decir, las cosas o mejor dicho el término “cosas” hace referencia a una entidad metajurídica jurídicamente relevante, que se define como especie del género “bienes”, pudiendo ser éstos corporales o no. Esta descripción de las cosas ha dado lugar a propuestas de conceptualización de los bienes en sentido jurídico en la doctrina italiana que podrían calificarse como filogermánicas (PUGLIATTI, 1962; GALGANO, 2015, 358<sup>234</sup>). No en vano, en la redacción del vigente Código civil italiano se pretendía en un primer momento incorporar una definición de los bienes de carácter “fiscalista” (SPANGA, 2015, 35), si bien finalmente “se decidió no decidir” (GAMBARO, 2012), eliminando esta definición recogida inicialmente.<sup>235</sup>

Siguiendo con el requisito de la corporalidad /incorporalidad como cualidad propia de los bienes o cosas, merece la pena destacar que ésta ha sido recuperada en Italia y España. Hasta ahora en la definición de los bienes de los códigos civiles español e italiano no podemos encontrar referencia alguna a la corporalidad como cualidad de éstos sin perjuicio de que se definan como bienes determinadas realidades calificadas como incorpóreas (*vid.* art. 336 CC-ESP; Gayo, Instituta, II, 14, que califican como bienes – o cosas incorpóreas – los derechos, las rentas o las pensiones). Sin embargo, la Comisión Rodotá en 2007 recibió el encargo de

---

<sup>234</sup> GALGANO (2015, 358): “Per l’art. 810 sono beni le cose: non ogni entità suscettibile di formare oggetto di diritti è, dunque, un bene, ma solo quelle entità che sono definibili come cose. Tali sono gli oggetti materiali o, secondo una più antica qualificazione, corporali, ossia le entità suscettibili di percezione sensibile. Non sono beni in senso tecnico, perché non sono cose, i cosiddetti beni immateriali, quali le opere dell’ingegno, le invenzioni industriali, i Segni distintivi, quantunque anche questi possano formare oggetto di diritti e di atti di scambio”.

<sup>235</sup> Especialmente crítico con la postura doctrinal que defiende una interpretación del artículo 810 CC-IT cercana al modelo alemán se muestra BIONDI (1956, 5): “ci sembra contraria alla tradizione ed alla línea di sviluppo storico della categoria, l’opinione di taluni autori, i quali limitano la nozione di cosa alle cose materiali. Questa limitazione, che si trova nel código tedesco, è contraria all’ampia dizione dell’art. 810 che nella definizione di beni parla di cose che possono formare oggetto di diritti ed è arbitraria poichè limita la nozione di cosa all’ambito della proprietà e dei diritti reali, arrivando alla conclusione che gli altri diritti non abbiano come oggetto cose (...) Limitare la nozione di cosa solo alle entità materiali e quella di beni alle entità immateriali, come se le cose non fossero beni ed i beni non fossero cose, non risponde nè alla tradizione nè al nostro ordinamento positivo.” La decisión de no decidir de que habla GAMBARO la recoge BIONDI (1956, 5-6) cuando recuerda que “il progetto di código civile elaborato dalla comisión reale, a differenza del código del 1865 (...) voleva dare una definizione di cosa in questi termini: cose nel senso della legge sono tutti gli oggetti corporali od oltre entità naturali suscettibili di appropriazione ed utilizzazione (art. 1). In seguito a generali e fondate critiche circa tale formulazione, il legislatore ha creduto di eliminare del tutto l’articolo rinunciando alla definizione di cosa.”

---

redefinir o reelaborar el contenido del artículo 810 del Código Civil italiano en el marco de una reforma referida al derecho de bienes públicos. En este sentido, podemos leer en el texto articulado de la Ley de Bases que hemos transcrito que deben calificarse como “bienes” las cosas materiales o inmateriales cuya utilidad pueda ser objeto de derechos. Por otra parte, el texto elaborado por la Asociación Española de profesores de Derecho Civil como propuesta de nuevo Código civil en 2016 propone en su libro III una definición de bienes según la cual lo son “todas las cosas corporales o incorpóreas susceptibles de apropiación”. Obsérvese la gran similitud entre el texto de la propuesta italiana y el de la propuesta española con la única diferencia terminológica de que la Comisión Rodotà habla de “cosas materiales o inmateriales”; mientras que la propuesta española habla de “cosas corporales o incorpóreas”. Por otra parte, es cierto que el término utilizado por Gayo en sus Instituciones es el de “corporales e incorpóreas” (Instituta, II, 13 y 14). En favor de esta segunda opción puede decirse que no todo lo material es corpóreo, si tenemos en cuenta que es corpóreo aquello que tiene consistencia<sup>236</sup>. Así, la electricidad entendida como bien (art. 814 CC-IT) puede calificarse de “material”, pero no de “corporal”. En cualquier caso, debe señalarse que en la práctica uno y otro término se usan indistintamente, por lo que un excesivo puntillismo en este punto sólo llevaría a complicaciones inútiles en la mayoría de casos.

Igualmente la corporalidad como requisito de los bienes o cosas se encuentra presente en los textos de Derecho europeo que hemos mencionado. Cuestión distinta es si se trata de un texto ya retirado (como la CESL), aún en fase de discusión (como las propuestas 634 y 635 de 2015) o aplicable sólo a contratos con consumidores (como la Directiva 2011/83). Si observamos el artículo 2.h de la CESL veremos que describe los bienes como “todo artículo mueble material” con exclusión de la electricidad y el gas natural, así como el agua y otros tipos de gases a menos que se encuentren envasados. Se trata de una definición prácticamente idéntica a la que recoge la Directiva 2011/83 sobre derechos de los consumidores. No en vano, entre la publicación de la primera y la entrada en vigor de la segunda apenas hay un mes de diferencia y una y otra beben de las mismas fuentes (CÁMARA LAPUENTE,

---

<sup>236</sup> Definición de “corpóreo/a” en el Diccionario de la RAE. Disponible en: <http://dle.rae.es/?id=AwMKRh2>.

---

2016). Esta descripción de los bienes se recoge también en la propuesta de Directiva 635/2015, publicada en el marco de la DSMS. Más allá de la deliberada aplicación sectorial de las tres normas mencionadas y sin tener en cuenta por ahora la redundancia lingüística que supone definir como “bien” “todo bien” para posteriormente limitarlo a los bienes muebles, podría decirse que los tres textos siguen en cierta medida una inspiración del modelo alemán al definir como bienes sólo aquellas cosas que dispongan de materialidad o, como diría el Código Civil alemán, “corporalidad”. El contenido de estos textos tiene su origen en la Directiva 1999/44/CE, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo. En esta Directiva, ya se define como bien de consumo cualquier bien mueble corpóreo excepto los vendidos por la autoridad judicial tras un procedimiento de embargo, el agua y el gas que no estuvieran envasados para su venta y la electricidad. De nuevo debemos observar la extraordinaria similitud en cuanto al contenido de la totalidad de la normativa europea referida al concepto de bienes (siempre aplicable, por otra parte a los contratos celebrados con consumidores salvo en el caso de la CESL). En España, el contenido de este artículo fue traspuesto de una forma poco escrupulosa al TRLGDCU: el artículo 6 del TRLGDCU define como producto “todo bien mueble conforme a lo previsto en el artículo 335 del Código civil”, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 136 del propio texto refundido. Este artículo, tal como está redactado, no habría supuesto ningún problema de interpretación o de transposición incorrecta en cualquier Código civil que siguiese el modelo alemán. Sin embargo, nuestro Código civil, como ya hemos dicho, sigue el modelo francés. Es más, la definición de bienes soslaya por completo el requisito de la corporalidad tanto para incluirlo como para excluirlo expresamente. Así pues, la doctrina ha hecho una interpretación extensiva (incluyendo bienes materiales e inmateriales)<sup>237</sup> del artículo 6 del TRLGDCU amparándose precisamente en esta ambigüedad del artículo 335 del Código Civil a pesar de que dicho artículo se no era sino transposición de mencionado artículo 1.2.b de la Directiva 1999/44, que ya optó (como así han continuado haciendo el resto de Directivas o proyectos normativos europeos en esta materia) por el modelo alemán. La solución por la que ha optado España para incorporar la Directiva 2011/83 ha

---

<sup>237</sup> Esta situación ha sido puesta de manifiesto por CÁMARA LAPUENTE (2011, 180-190).

---

sido, cuanto menos, discutible: ha introducido un artículo 59 *bis.2* al TRLGDCU en el que define el término “bienes”, ahora sí, las cosas muebles corporales (evita, al menos, la redundancia en la definición, y sigue el modelo ofrecido por el Código civil al colocar los bienes como especie del género “cosas”). La opción es desafortunada, en primer lugar, porque provoca que debamos manejar en el ámbito del Derecho de consumidores no ya tres definiciones de la misma entidad, sino cuatro (art. 335 CC, arts. 6, 59.*bis.2* y 136 TRLGDCU). En segundo lugar, no queda claro en qué casos deba entenderse aplicable el concepto de bienes introducido en el artículo 59.*bis.2* TRLGDCU, lo que ha llevado a la doctrina a pedir su modificación<sup>238</sup>.

Finalmente, debemos señalar dos aspectos en cuanto a la descripción de los bienes que ofrecen los textos normativos transcritos. En primer lugar, en todos ellos existe una referencia más o menos completa a la dicotomía bienes muebles / bienes inmuebles, configurándose, como ha dicho gran parte de la doctrina tanto en Italia como en España, una suerte de *summa rerum divisio* (MANRESA Y NAVARRO, 1898, 11) que divide todos los bienes en una de estas dos categorías, ocurriendo, además, que la segunda de ellas es una categoría de carácter residual que se define de forma negativa o por contraposición a los bienes inmuebles. De todo ello hablaremos más adelante con cierto detenimiento. El último aspecto que interesa destacar se refiere a los textos de Derecho europeo. En todos ella existe una exclusión del concepto de bienes referida a la electricidad. Dicha exclusión contrasta con la consideración de la electricidad como bien mueble tal como queda recogido en el artículo 814 del Código Civil italiano. La exclusión de la electricidad como bien en los textos de Derecho de la Unión Europea puede ser importante en lo que se refiere a la categoría de bienes informáticos que pretendemos proponer.

---

<sup>238</sup> Para un análisis en detalle de este punto, CÁMARA LAPUENTE (2014, 108-111).

---

### 4.3. Bienes, cosas y objetos

La confusión terminológica que ha quedado patente en el apartado anterior se observa no sólo cuando contrastamos la normativa a nivel europeo en materia de bienes, sino también a nivel interno. Una lectura atenta a lo largo del articulado del Código civil español y del Código civil italiano permite observar el uso totalmente indistinto que se hace de los términos “bien” y “cosa”, a lo cual se añade la posibilidad de sustituir cualquiera de ellos por “objeto”. Según SPANGA (2015, 49), los retos a que se enfrenta el jurista que se proponga desentrañar el significado del artículo 810 del CC-IT serán la definición del término cosa, su relación con la definición del término bien y el significado que deba atribuirse al concepto de objeto de derechos. Ninguno de los tres términos utilizados ofrece garantías suficientes de claridad. La expresión “objeto de derechos” se contrapone a la de “sujeto de derechos”<sup>239</sup>; no obstante, esta expresión resulta bastante confusa, pues con ella se alude indistintamente al objeto de los derechos strictu sensu (o núcleo de poder jurídico que puede desplegar el titular del derecho consistente en un ramillete de facultades de que dispone) y al objeto sobre el cual recaen los derechos, que será un elemento de la realidad física o, mejor dicho, metajurídica, receptor pasivo o centro de imputación del poder jurídico que puede desplegar el titular del derecho. En este último sentido, puede entenderse el término cosa como referido a un elemento producido por la naturaleza que adquiere relevancia para el derecho en tanto que constituye un centro de atracción normativa respecto de una determinada disciplina jurídica. Una exposición clara sobre la dualidad que acabamos de señalar, podemos encontrarla en SANTOS BRIZ, para quien dentro del ámbito del objeto del derecho “puede distinguirse, en un primer aspecto, el objeto en sentido propio o estricto, basado en una relación de dominio o de disfrute a favor del sujeto, y un segundo aspecto que contempla en el objeto la disposición sobre el mismo a través de negocios jurídicos. Así, la cosa que pertenece en propiedad a una persona, corresponde al primero de dichos aspectos; el acto dispositivo sobre esa cosa, al

---

<sup>239</sup> MANRESA Y NAVARRO (1898, 6); BIONDI (1956, 16); SANTOS BRIZ (1980, 2); ALLARA (1984, 10); GAYO (Instituta, I, 8, en DOMINGO OSLÉ, 2002, 40).

---

segundo”<sup>240</sup>. No interesa detenernos en el objeto de los derechos entendido en sentido estricto (y que se identifica o, mejor dicho, permite dar nombre a los distintos derechos), sino simplemente señalar la confusión generada a partir de que una misma expresión jurídica sirve para designar realidades tan distintas.

En cuanto al objeto sobre el que recaen los derechos, interesa destacar que éste puede ser un bien o una actividad, tanto en sentido negativo (no hacer) como en sentido positivo. CLEMENTE DE DIEGO habla de “objeto inmediato” para referirse a la conducta humana, constituida por acciones u omisiones (hacer o no hacer), y de “objeto mediato”, para referirse a las cosas o bienes. CASTÁN (2007, 542), en igual sentido, señala que “los actos de los seres libres (...) y las cosas (...) son los dos grandes grupos de objetos del derecho”, y que a estas dos grandes categorías debe añadirse la de los bienes inmateriales. A nuestro modo de ver, los bienes inmateriales no son más que otro tipo de bienes de los cuales ya no podría predicarse la corporalidad o materialidad como cualidad sustancial, pero que no por ello dejan de ser una especie del género cosa; si bien, en este caso, las cosas de que se extraen son igualmente, cosas inmateriales o incorpóreas (GAMBARO, 2012). Por tanto, si pretendemos alcanzar una mínima univocidad del Derecho en este punto no parece conveniente que usemos el término “objeto” para hablar de los bienes, pues los bienes pueden ser una de las dos clases de objetos (objeto de derecho u objeto sobre el que recaen los derechos). Por otra parte, y como veremos seguidamente, ni siquiera los posibles objetos sobre los que recaen los derechos (o “centros de imputación jurídica) permiten un tratamiento unitario.

Tampoco el término “cosa” parece ser el más apropiado si tratamos de encontrar una palabra unívoca (CASTÁN, 2007, 542). Según el artículo 1088 CC-ESP toda obligación consiste en dar, hacer o no hacer alguna “cosa”. El núcleo de los derechos (objeto de los derechos strictu sensu) se construye en torno a este artículo, que tiene un carácter fundamentalmente descriptivo. Independientemente de las múltiples combinaciones que puedan realizarse éstas acabarán reconduciéndose, en última instancia, a “hacer” o “dar”, instituyéndose estos verbos en una suerte de

---

<sup>240</sup> En igual sentido se pronuncia en la doctrina italiana BIONDI (1956, 17), estableciendo la distinción entre “contenido del derecho” (objeto del derecho) y “objeto”: “contenuto è la facoltà di procederé alla espropriazione anche preso terzi, oggetto è invece la cosa su cui si può procederé”.



---

números primos de las facultades jurídicas asociadas a cualquier derecho<sup>241</sup>. Pues bien, si dicha facultad u obligación consiste en “dar” (una cosa), el elemento de la realidad metajurídica que jugará el papel de receptor pasivo o centro de imputación jurídica será un bien; mientras que si consiste en “hacer o no hacer” (una cosa) el elemento de la realidad metajurídica que jugará el papel de centro de imputación jurídica será una actividad<sup>242</sup>.

El hecho de que tanto bienes como actividades sean realidades metajurídicas (o “del mundo exterior” en palabras de la doctrina española e italiana) no es contradictorio con la elaboración de una teoría jurídica de los bienes, ni la hace menos necesaria<sup>243</sup>. En el contexto de la economía digital se expande el concepto de servicios en detrimento, justamente, del de bienes y predomina, cada vez de forma más indiscutible, la cultura del acceso. Una y otra circunstancia suponen un considerable empobrecimiento del consumidor digital derivado de su pérdida de poder propietario. Por tanto, la necesidad de una teoría jurídica de los bienes que acoja las nuevas realidades surgidas de la Revolución Digital se hace necesaria no sólo de cara a una adecuada sistematización de éstas, sino también para mantener el poder propietario de los consumidores digitales, de tal manera que la Revolución Digital en la realidad una pérdida de poder propietario por su parte.

Por tanto, existen fundamentalmente dos clases de objetos sobre los que pueden recaer los derechos y obligaciones (bienes y actividades), y a ambas se refiere el artículo 1088 con el término “cosa”. SÁNCHEZ ROMÁN define las cosas como “toda existencia física y real o jurídica y legal susceptible de ser materia de derechos y obligaciones o término objetivo en relaciones jurídicas”. Como podemos ver, el término “cosa” tal como viene empleado por el artículo 1088 CC comprende “no sólo las cosas naturales o del mundo exterior, sino también los actos humanos

---

<sup>241</sup> *Vid.* en relación con el Derecho italiano, BIONDI (1956, 17); ALLARA (1984, 4).

<sup>242</sup> En este sentido, ALLARA (1984, 4).

<sup>243</sup> Parece inferirse esta aparente dicotomía de SPANGA (2015, 4), cuando afirma que las posturas acerca de los bienes van desde quien defiende la importancia central del artículo 810 CC-IT a quien propone una interpretatio abrogans, y de quien defiende la necesidad de una teoría jurídica de las cosas a quien mantiene que se trate de un término metajurídico. Los bienes (y las actividades) son, desde luego, realidades metajurídicas, pero con una relevancia jurídica de primer orden, lo cual hace necesario una teoría jurídica que las defina y las describa adecuadamente.

---

(servicios, prestaciones)”<sup>244</sup>. Un concepto restrictivo del término “cosa” influido por el modelo alemán (*sachen*) al que a continuación haremos referencia, por el contrario, identificaría las cosas solamente con los objetos materiales o corporales. Compartimos, sin embargo, la postura defendida por CASTÁN respecto de la concepción de las cosas. Entiende este autor las cosas como “toda entidad, material o inmaterial, que tenga una existencia autónoma y pueda ser sometida al poder de las personas como medio para satisfacerles una utilidad, generalmente económica”. Un concepto similar ofrece BIONDI (1956, 9), quien considera que desde un punto de vista jurídico el término cosa (bien) hace referencia a “qualunque entità, materiale od immateriale, che si giuridicamente rilevante, coìè sia presa in considerazione dalla legge, in quanto forma o può formare oggetto di rapporti giuridici. Cosa è il riferimento oggettivo del diritto soggettivo”. Este autor, además, pone de relieve el significado tan amplio atribuido al término *res* en el Derecho romano<sup>245</sup>. Más adelante tendremos ocasión de volver sobre el concepto de utilidad en relación con las cualidades generales predicables de todo bien en sentido jurídico.

Tengamos en cuenta, además, que el término “cosa” es empleado en aquellos países que siguen el modelo alemán, restringiéndose el concepto a los bienes corporales (§ 90 BGB). Esta restricción fiscalista de las cosas no se corresponde con la clasificación vigente en el Derecho romano clásico tal como queda recogido en las Instituciones de GAYO, sino que se debe a la doctrina iniciada por SAVIGNY, quien entiende que la posesión es una situación de hecho que no puede predicarse de las entidades no tangibles. Estas reflexiones de SAVIGNY entroncan con la filosofía kantiana<sup>246</sup>, según la cual los objetos (es decir, cosas) perceptibles

---

<sup>244</sup> CASTÁN TOBEÑAS (2007, 543).

<sup>245</sup> BIONDI (1956, 6): “La parola cosa, al pari della latina *res* e delle corrispondenti parole delle lingue moderne, è di uso così svariato e generale da costituire il *genus proximum* di parecchie enunciaciones giuridiche: i giuristi romani qualora non intendevano o non si sentano di inquadrare istituti, fatti e rapporti in precise categorie, parlano genericamente di *res* che per loro indicava anche quello che noi chiamiamo rapporto ed istituto giuridico, per cui non avevano alcun termine particolare.” Igualmente, SPANGA (2015, 15, nota 29) pone de relieve la considerable amplitud del término.

<sup>246</sup> Es, precisamente, en la filosofía de Kant donde podemos encontrar el origen de la dualidad platónica alma/cuerpo aplicada a las obras del ingenio (*corpus mysticum, corpus mechanicum*). Sin embargo, por las razones que observamos Kant nunca habló de bienes inmateriales sino que entendió las obras del ingenio como discursos del autor relacionados, por tanto, con los derechos de la personalidad.

---

por nuestros sentidos son los objetos corporales o naturales y no los objetos sociales, de tal manera que sólo los primeros serían susceptibles de posesión así como de los efectos adquisitivos que ésta puede provocar (usucapión).

Los Códigos civiles español e italiano usan indistintamente los términos “bienes” y “cosas” (sea en singular o en plural). Puede observarse la confusión terminológica en los artículos 335 y 336 CC-ESP: mientras que el primero dice que “se reputan bienes muebles los susceptibles de apropiación no comprendidos en el capítulo anterior”, el art. 336 dice que “tienen también la consideración de cosas muebles las rentas o pensiones”. Esta situación ha sido puesta de relieve en España por CASTÁN (2007, 545), DE LOS MOZOS (1991, 12)<sup>247</sup> o MANRESA (1898, 10)<sup>248</sup>, entre otros. Como ejemplo del uso indistinto de uno y otro término pueden señalarse los artículos 335 y 336, con que comienza el Capítulo II, del Título I del Libro III, titulado “De los bienes muebles”: si bien el artículo 335 usa la expresión “bienes muebles”, en el artículo 336 podemos leer “también tienen la consideración de cosas muebles...”. El uso indistinto de ambos términos ha sido puesto de manifiesto también en Italia por autores como BIONDI (1956, 2), PUGLIATTI (1962, 2), ALLARA (1984, 8) o SPANGA (2015, 47)<sup>249</sup>. Según PUGLIATTI, ambos términos guardan íntima relación y se intercambian frecuentemente a lo largo de múltiples artículos, siendo ello especialmente evidente en el artículo 2822 CC-IT, titulado “Ipoteca su beni altrui”, y en cuya redacción se usa el término “cosa” en lugar del término “bien”<sup>250</sup>. El único Libro del CC-IT donde podría distinguirse un uso diferenciado de los términos “bien” y “cosa” es el Libro IV, y ni siquiera en todos sus artículos, ya que el artículo 1706 CC-IT habla de “cosas muebles”<sup>251</sup>. Como puede observarse, se trata de un problema común en ambos ordenamientos.

---

<sup>247</sup> Señala este autor la confusión del término “bienes” al aparecer como sinónimo de “cosas” y de “derechos”.

<sup>248</sup> Según este autor, el artículo 333 hace “sinónimas dos palabras que, ni en derecho, ni en el uso común, lo son”, y que ello es fundamental de cara a una correcta interpretación del articulado del Código.

<sup>249</sup> Considera la autora que, “infine, resta aperta la questione dell’utilizzo polisemico dei termini bene e cosa all’interno del codice, responsabile di insostenibili incoerenze semantiche e sistematiche”.

<sup>250</sup> Art. 2822 CC-IT: “Se l’ipoteca è concessa da chi non è proprietario della cosa...”

<sup>251</sup> SPANGA (2015, 43).

---

El término “bien”, por su parte, presenta una dificultad de tipo gramatical, y es que el uso del sustantivo en singular puede confundirse con el del adverbio. Quizás sea ésta la razón por la cual los Códigos español e italiano prefieren usar el término “bienes” en plural, mientras que el término “cosa” se encuentra tanto en singular como en plural<sup>252</sup>. Por otra parte, la ciencia económica identifica el término “bien” con cualquier tipo de recurso<sup>253</sup>. Finalmente, existe el problema de la identificación del término “bienes” con el de “derechos”, al defenderse por una parte de la doctrina italiana (influida por el modelo alemán) que la diferencia entre el término “bien” y el término “cosa” debe encontrarse en que el término cosa se identifica con las realidades corporales, mientras que el término bien incluye las realidades corporales y las incorpóreas (PUGLIATTI). Volveremos más adelante sobre esta cuestión, si bien debemos adelantar que no compartimos esta postura. Existen, además, otras dificultades terminológicas asociadas al término bienes, al usarse igualmente para hacer referencia a valores, a derechos de la personalidad, o a aquellos derechos que por ser especialmente valiosos para una sociedad reciben protección a través del Derecho penal (bien jurídico protegido).

¿Cuál debe ser, pues, la relación entre los términos “cosa” y “bien”? Como ya hemos visto, una de las opciones defendidas por la doctrina para explicar la relación que existe entre los términos cosa y bien es considerar que el término cosa hace referencia a entidades corporales o materiales mientras que el término bienes engloba tanto dichas entidades corporales o materiales como aquellas otras que carezcan de esta cualidad, es decir, bienes inmateriales<sup>254</sup>. Esta tesis se apoya por una parte en el modelo alemán, al que ya hemos hecho referencia, y que entiende por cosas únicamente las entidades corporales tal como queda reflejado en el artículo 90 del BGB. Por otro lado, argumentan los defensores de esta postura que el término bienes (cuya raíz latina es bona, que significa patrimonio)<sup>255</sup> asociado a un sujeto

---

<sup>252</sup> En este sentido, PUGLIATTI (1962, 2).

<sup>253</sup> SPANGA (2015, 4).

<sup>254</sup> Puede consultarse, en este sentido, la voz “cosa” del Diccionario online Treccani. Disponible en: <http://www.treccani.it/enciclopedia/cosa/>.

<sup>255</sup> MAJORCA cuestiona esta relación directa entre el término “bienes/beni/biens” y el término latino “bona”. Según este autor: “Beni ha una derivazione solo aparente dal latino bona. Il senso di bona nelle fonti è più circoscritto, e comunque si pone su di un piano semantico diverso da beni. Il latino res si traduce, nell’attuale discorso giuridico, sia cose, sia a beni” (MAJORCA, C., voz “beni”, p. 1).

---

titular del mismo abarca también determinado tipo de bienes inmateriales como son los derechos. Uno y otro argumento presentan a nuestro modo de ver apoyos cuanto menos débiles desde la óptica del modelo francés vigente tanto en España como en Italia<sup>256</sup>. Por una parte, no parece razonable defender que el término cosa debe ser entendido como realidad corporal exclusivamente cuando en ningún momento el Código Civil español o el Código Civil italiano se pronuncian en este sentido. Es más, en el caso del Código Civil italiano de 1942 actualmente vigente existió una primera redacción del artículo 810 actual que se inclinaba por seguir el modelo alemán entendiendo por cosas exclusivamente las relaciones las entidades corporales. Esta opción fue desechada dando lugar a la redacción actual del artículo 810. GAMBARO ha calificado esta opción del legislador como una “decisión de no decidir”. Por otra parte, el argumento que pretende afirmar que el término bienes engloba realidades corporales e incorpóras (evidentemente por contraposición al término cosa, que se referiría solo a las corporales) es erróneo al basarse en una confusión entre la idea de cosas y la de derechos (CASTÁN, 2007, 550). En cualquier caso y en lo que en este punto interesa, merece la pena destacar que si algún término puede hacer referencia tanto a realidades corporales como a realidades no corporales es, precisamente, el término cosa si tenemos en cuenta la clasificación que ofrece Gayo. Sin embargo, a poco que pensemos nos daremos cuenta de que existen cosas corporales y cosas incorpóras de la misma forma que existen bienes materiales o corporales y bienes inmateriales incorpóras, y que por tanto los bienes materiales serán a las cosas materiales lo mismo que los bienes inmateriales a las cosas inmateriales, pues entre todos existe una relación género / especie.

Descartada esta opción podemos centrarnos en la descripción que realiza de los bienes el artículo 333 del Código Civil español así como la que realiza el artículo 810 del Código Civil italiano de 1942. Más allá de las diferencias que existen entre uno y otro concepto de bienes, existe una gran similitud en cuanto a la relación existente entre los términos “cosa” y “bien”. Según el artículo 333 del Código Civil español son bienes todas las cosas que son o pueden ser objeto de apropiación; mientras que según el artículo 810 del Código Civil italiano son bienes las cosas que

---

<sup>256</sup> Según BIONDI (1956, 5), esta opción no responde ni a la tradición jurídica ni al ordenamiento positivo.

---

pueden formar objeto de derechos. Podemos observar que en ambos casos los bienes constituyen una especie del género “cosa”, y que ésta se caracteriza por ser apta para constituirse en objeto sobre el que recaen derechos, es decir, en centro de imputación jurídica<sup>257</sup>. Los derechos que pueden recaer sobre los bienes no son sólo la propiedad y los derechos reales. Ello se observa claramente en el artículo 810 CC-IT<sup>258</sup>. En el caso español, a pesar de circunscribir los bienes a las cosas “apropiables”, debe observarse que un bien puede ser igualmente centro de imputación jurídica de otros muchos derechos. En cualquier caso, para uno y otro Código la relación existente entre los términos cosa y bien parece ser la de género y especie, siendo la cosa el género y el bien una especie de dicho género caracterizada por ser jurídicamente relevante, sin perjuicio de la unanimidad que existe a la hora de afirmar o poner de relieve el uso indistinto que de uno y otro termino hace los respectivos códigos a lo largo de su articulado tanto en el caso español como en el italiano.

Una cosa es, desde un punto de vista filosófico, una creación del pensamiento (MAJORCA, 1937, 5); mientras que una cosa en sentido jurídico será, por tanto, aquella creación del pensamiento con relevancia jurídica, en cuanto constituye o puede constituir objeto de relaciones jurídicas (BIONDI, 1956, 8-9). Cuando hablamos aquí de creación del pensamiento debemos entenderlo en un sentido amplio: la identificación o individualización de la cosa se produce a través de un ejercicio racional de delimitación, lo cual no significa que nos estemos refiriendo exclusivamente a los bienes inmateriales. La teoría de los bienes se construye a partir de los bienes muebles corporales como paradigma a través del cual se adaptan las demás realidades desde un plano jurídico; pero incluso en el caso de los bienes muebles corporales su individualización se produce a través de un ejercicio racional de identificación y, en este sentido, son creaciones del pensamiento.

---

<sup>257</sup> PUGLIATTI (1962, 25): “cosa in senso giuridico può significare ciò che nel linguaggio comune si designa come cosa, in quanto però costituisca termine di riferimento di una qualsiasi relazione giuridicamente qualificata, da parte di un qualsiasi ordinamento giuridico”. En igual sentido, ALLARA (1984, 22): “é bene soltanto la cosa che può formare oggetto di diritti; la cosa che non può formare oggetto di diritti (la res communis omnium) è pur sempre cosa, ma non bene”.

<sup>258</sup> En este sentido, BIONDI (1956, 5) señala que limitar la noción de cosa al ámbito de la propiedad y los derechos reales es arbitraria en la medida en que podría parecer que los otros derechos no tienen a las cosas como objetos.

---

Volviendo a la disyuntiva acerca de qué término pueda ofrecer mayores garantías hemos pretendido constatar que cualquiera de los tres (bienes, objetos, cosas) se encuentra fuertemente contaminado de distintas maneras. Si debemos optar por uno de los tres parece razonable elegir el término por el que los Códigos español e italiano, así como la propia normativa de Derecho de la UE, se han inclinado: “bienes”. Sin embargo, siguiendo igualmente el ejemplo de uno y otro Código, usaremos indistintamente los términos bien y cosa sin perjuicio de las precisiones que acabamos de realizar.

#### 4.4. Cualidades jurídicas de los bienes

Desde un punto de vista semántico, podemos adelantar algunos criterios que nos servirán para discriminar qué elementos de la realidad pueden ser considerados jurídicamente bienes y cuáles no. El Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española define el término “cosa” como aquello que tiene entidad, ya sea corporal o espiritual, natural o artificial, concreta, abstracta o virtual (1ª acepción), y como un objeto inanimado, por oposición a ser viviente (2ª acepción), y como todo objeto material, en oposición a los derechos creados sobre él y a las prestaciones personales (5ª acepción). Por otra parte, en cuanto al término “bien” merece la pena destacar las siguientes acepciones. Un bien es todo aquello apto para satisfacer, directa o indirectamente, una necesidad humana (4ª acepción, asociada a la economía), toda realidad que posee un valor positivo y es por ello estimable (5ª acepción, asociada a la filosofía), y determinadas cosas materiales o inmateriales en cuanto objetos de derechos (6ª acepción, asociada al Derecho).

¿Qué son, pues, los bienes en sentido jurídico? Nos atrevemos a adelantar, siguiendo las definiciones anteriores, que los bienes son elementos de la realidad metajurídica individualizables (y por tanto susceptibles de poder ser nombrados, es decir, que tienen “entidad”), que son capaces de proporcionar una determinada utilidad (entendida en un sentido amplio) y son aptos para ser objeto de derechos (entre ellos, del derecho de propiedad). La SCC de 18 de abril de 1994 (n. 3666)

---

describe perfectamente esta postura acerca de los bienes como entidades metajurídicas:

“Avuto riguardo al testo dell’art. 810 c. c., la nozione di cosa – che è pregiuridica, neutra e costituisce il mero supporto materiale e di fatto – si distingue dal concetto di bene giuridico in virtù della qualificazione e designa l’attribuzione della tutela giuridica ad una certa entità (...) Orbene, la qualifica di bene giuridico si assegna a determinate entità non in ragione della loro esistenza, materiale e di fatto, ma in quanto sulle medesime incidono gli interessi umani, ai quali l’ordinamento ritiene di conferire una certa tutela (...) La cosa, dunque, non acquista rilievo per la sua consistenza materiale e di fatto, ma in quanto costituisce bene giuridico individuato dalla qualificazione”.

Por otra parte, cuando hablamos de realidad metajurídica no hacemos referencia sólo a la realidad física tangible y a la realidad intelectual (o mundo de las ideas), sino también a la realidad informática. Como ya hemos adelantado, partimos del presupuesto de que existe una realidad informática paralela y yuxtapuesta a la realidad física, que goza de sus propias reglas, que no se corresponderían necesariamente con las de la realidad física. Ello nos ha llevado en último término a plantearnos el objeto de este trabajo: la necesidad de reflexionar acerca de la existencia de bienes en dicho entorno cuyas características, si bien no se corresponden con exactitud con las del entorno físico, sí se identifican en lo esencial con los requisitos que desde un punto de vista jurídico permiten identificar determinadas entidades como bienes.

#### 4.4.1. Individualidad o autonomía

Por lo que se refiere a la individualidad o sustantividad, la noción de cosa en sentido jurídico se refiere a una entidad perceptible por los sentidos o por nuestro intelecto (las incorporales)<sup>259</sup> y, por tanto, esta individualización no debe ser

---

<sup>259</sup> BIONDI (1956, 3-4). En igual sentido, CASTÁN (2007, 548), para quien las cosas incorporales son “aquellas que se perciben sólo con los ojos de la mente, con el entendimiento”.



---

necesariamente material sino que basta con que sea nominal<sup>260</sup>. La individualidad, entendida, pues, en un sentido no material sino jurídico, supone que una entidad pueda ser considerada como autónoma e independiente por el ordenamiento, sirviendo como instrumento interpretativo de cara a la orientación de situaciones jurídicas concurrentes (SPANGA, 2015, 63) o, en otras palabras, apta para ser centro de imputación jurídica.

Para identificar un bien en sentido jurídico es necesario, pues, individualizarlo; es decir, identificar una cosa como bien en sentido jurídico, en tanto que entidad jurídica objetiva, unitaria y autónoma con relevancia jurídica (PUGLIATTI, 1962, 175). La individualización puede tener lugar en un sentido físico o en un sentido ideal, independientemente de que se trate de un bien corporal o incorporeal (BIONDI, 1956, 23-24). Por tanto, son bienes en sentido jurídico aquellos objetos que en la experiencia y en el lenguaje común se designan con un sustantivo y presentan una relevancia para el Derecho, así como las energías naturales captadas por el hombre en la medida en que resulten aprovechables (art. 814 CC-IT, del que más tarde hablaremos). Un bien no es individualizable si no es, en primer lugar, perceptible por los sentidos o por “los ojos de la mente” (CASTÁN, 2005, 548)<sup>261</sup>. Para ello deberá tener una existencia separada y autónoma<sup>262</sup>, sea en un sentido físico o

---

<sup>260</sup> BIONDI (1956, 12): “Occorre l’isolamento, almeno pensabile, dall’unità complessiva dell’universo, in guisa che possa delimitarsi la propria sfera giuridica da quella altrui”.

En contra, SPANGA (2015, 52), para quien la necesidad de individualización de un bien es un argumento a favor de las tesis que defienden la necesaria corporalidad de los bienes: “il riferimento alla realtà naturale limita il termine “cosa” alle sole entità materiali, poiché solo la corporeità rappresenta un criterio discretivo sicuro per l’individuazione degli oggetti che, a differenza delle entità immateriali non necessitano di specificazione ad opera del diritto per essere individuati”. Entendemos, sin embargo, que una interpretación de este tipo es contraria al art. 810 CC-IT, especialmente si tenemos en cuenta que la opción por aproximarse al modelo alemán fue eliminada finalmente del texto actualmente en vigor y que los bienes inmateriales pueden ser igualmente objeto de derechos, por lo que la individualización puede ser, efectivamente, meramente nominal o, en otras palabras, un ejercicio racional. Téngase en cuenta, además, que el carácter corporal del bien no reduce la necesidad de realizar un ejercicio racional de individualización del bien.

<sup>261</sup> Esta expresión la utiliza BIONDI (1956, 4) cuando describe las cosas incorporeales como “cose quae tangi non possunt, cioè possono percepirsi con i nostri sensi ma solo col nostro intelletto”.

<sup>262</sup> En relación con el carácter autónomo de los bienes en tanto que cualidad referida a su posibilidad de individualización se pronuncia SPANGA (2015, 63) del siguiente modo: “perchè l’ordinamento elevi un’entità al rango di bene – si dice – esso deve essere autonomo, ossia individuabile ed identificabile singolarmente”.

---

puramente conceptual<sup>263</sup>, de tal manera que no es cosa la parte constitutiva de un todo que resulte absorbida como elemento material de su composición.

Conviene hacer una mención en este punto a la necesidad de inscripción de los bienes como cualidad esencial: no lo es en ningún caso. El hecho jurídico que determina la condición de bien de una cosa es su valor económico en sentido amplio, es decir, su utilidad. Conviene precisar este punto en relación con los bienes inmuebles y con los bienes inmateriales. En relación con los primeros, la inscripción no es constitutiva de los bienes, sino en todo caso (en ordenamientos como el alemán, no así en España o Italia) de los derechos reales que sobre éstos se constituyen. En cuanto a los segundos, el mismo hecho generador de determinados bienes inmateriales (obras de propiedad intelectual) es constitutivo de su consideración como bien al atribuirse automáticamente la propiedad del mismo a su titular, por lo que su inscripción es un acto de publicidad meramente voluntario o ad probationem; como también ocurre respecto incluso de las invenciones patentables, pues su inscripción en el registro es constitutiva del derecho de propiedad industrial sobre la misma, pero no de su existencia como bien en sentido jurídico (secreto industrial o know-how).

Para que una cosa sea individualizable es necesario que, al menos de pensamiento, pueda aislarse de la unidad compleja del universo, de tal manera que pueda delimitarse su propia esfera jurídica, diferenciándola de las demás (autonomía). Este requisito es especialmente importante en los bienes que no están dotados de corporalidad, sean o no materiales. El ejemplo de la electricidad y otras energías naturales sirve bien para entender que no serán cosas aquellas realidades que no puedan individualizarse y constituir entes autónomos, es decir, separados del contexto en el que existen. El art. 814 CC-IT establece que son bienes todas aquellas energías naturales que tienen un valor económico. Por su parte, la Directiva 2011/83/UE y la propuesta de Directiva 634/2015 excluyen del concepto de bienes el agua, el gas y la electricidad a menos que estén envasados para la venta en un volumen delimitado o en cantidades determinadas.

---

<sup>263</sup> SPANGA (2015, 63): “intesa in senso non materiale, ma giuridico, l’autonomia si sostanzia nell’idoneità, tanto materiale quanto immateriale, di un’entità ad essere considerata in via autonoma ed indipendente dall’ordinamento”.

---

¿Significa esto que las normas europeas contradicen el artículo 814 CC-IT en lo que se refiere a la electricidad entendida como bien? En primer lugar, esto no es posible, ya que el artículo 814 es una norma de carácter general, mientras que tanto la Directiva 2011/83/UE como la propuesta de Directiva 634/2015 se refieren exclusivamente a Derecho de los consumidores, siendo, por tanto, ley especial. Por otra parte, no se trata de opciones contradictorias, sino de distintos criterios de individualización de un tipo de bienes (las energías) que, al no estar dotados de corporalidad, exigen que la individualización se realice en un plano exclusivamente jurídico. Así, el artículo 814 CC-IT considera bienes sólo aquellas energías que tienen un valor económico: es decir, aquellas energías que puedan ser manipuladas e instrumentalizadas por el ser humano (“valor económico” debe entenderse aquí como sinónimo de utilidad). No será posible utilizar y aprovechar una energía que no ha sido previamente individualizada a través de alguna técnica o tecnología. Entre las técnicas de individualización o separación de las energías, una de las más elementales es el envasado, que precisamente es el requisito que exigen tanto la Directiva 2011/83/UE como la propuesta de Directiva 634/2015 para entender como bienes la electricidad, el agua y el gas natural. En otras palabras, una y otra norma requieren que un bien no corporal sea individualizado para poder aplicar el estatuto jurídico propio de los bienes a esta realidad, ya que el paradigma sobre el que se construye la consideración jurídica de los bienes es el de los bienes muebles corporales (BIONDI, 1956, 23). Todas las demás categorías presentan ciertas “disfuncionalidades” naturales que deben ser solucionadas a través de una interpretación jurídica de las cualidades de los bienes (despegada, por tanto, del significado “natural” de dicha cualidad). En este caso, la diferencia entre la Directiva 2011/83 y el art. 814 CC-IT es que el segundo alude a la individualización de las energías de una forma indirecta y sin establecer preferencia alguna acerca del método de individualización, mientras que la primera elige un método de individualización concreto para entender como bienes en sentido jurídico unos también concretos ejemplos de energía naturales aprovechables por el ser humano: la electricidad y el gas natural.

El criterio de individualización de aplicado por la Directiva 2011/83/UE así como por la propuesta 634/2015 en relación con las llamadas *res communis omnium*

---

es el envasado (tales como, precisamente, el agua, el aire o las energías naturales). Son res communis omnium todos aquellos bienes que la naturaleza ofrece en una cantidad muy superior a las necesidades del hombre o a las posibilidades de utilización, de tal manera que el uso que cada uno haga de éstas, por amplio que sea, no impide el contemporáneo uso por parte de otros (GALGANO, 2015, 356). Se entiende por parte de la doctrina que la necesidad de individualización de los bienes en sentido jurídico para ser considerados tales impide que las res communis omnium lo sean<sup>264</sup>, salvo cuando puedan ser apropiadas por partes, es decir, cuando sea posible una individualización cuantitativa de éstas de tal manera que puedan representar una concreta utilidad y, por tanto, un interés digno de tutela jurídica (cualidad esencial, por otra parte, de los bienes en sentido jurídico). Especialmente significativo resulta el ejemplo del agua recogida en un recipiente utilizado por PUGLIATTI (1962, 28) por su evidente similitud con las normas europeas citadas: “una porzione determinata d’acqua, raccolta in un recipiente, può divenire cosa autonoma e dar luogo alla nascita di un bene in senso giuridico”<sup>265</sup>. En contra de esta postura se manifiesta GAMBARO (2012, 97-102), para quien no todos los bienes deben necesariamente ser objeto de disfrute individual, sino que la opción por una u otra forma de propiedad dependerá de la naturaleza del bien en cuestión<sup>266</sup>. En relación con, precisamente, el aire, sostiene este autor que “sarebbe assurdo sostenere che l’aria atmosferica non è un bene perché non è suscettibile di appropriazione individuale o di scambio, perché in realtà si tratta di un bene comune perfettamente suscettibile di essere (e di fatto oggetto) di regole volte a preservarlo come tale”.

---

<sup>264</sup> Vid. SPANGA (2015, 77, nota 215) para un elenco de la doctrina que sostiene esta postura.

<sup>265</sup> En sentido similar, BIONDI (1956, 22).

<sup>266</sup> Vid. STC 37/1987, de 26 de marzo, que reconoce que “la flexibilidad o plasticidad actual del dominio que se manifiesta en la existencia de diferentes tipos de propiedades dotadas de estatutos jurídicos diversos de acuerdo con la naturaleza de los bienes sobre los que cada derecho de propiedad recae”.

---

#### 4.4.2. Extrañeza al sujeto y a las actividades

Una de las cualidades señaladas por la práctica totalidad de la doctrina que se ha ocupado de los bienes es que son “extraños al sujeto”. Así, ya GAYO señalaba en sus Instituciones que existen normas relativas a los sujetos y al objeto. BIONDI (1956, 10) señala que la expresión cosa se contrapone a persona (SANTOS BRIZ, 1980, 2). Bienes y sujetos (o personas) comparten el hecho de ser realidades naturales con relevancia jurídica, a diferencia de los derechos, que son creaciones jurídicas cuya existencia no puede traspasar las fronteras del Derecho, de lo jurídico<sup>267</sup>. Esta advertencia inicial, reducida a una mera cláusula de estilo, parece anunciar una suerte de gran división de las realidades naturales con relevancia jurídica: sujetos y objetos. Hablar de sujetos y objetos como realidades naturales con relevancia jurídica no significa que no operen en el Derecho; sino que su existencia no depende de un ordenamiento jurídico que los “cree”, ya que cualquier ordenamiento jurídico se limita, simplemente, a “reconocerlos”, a “identificarlos o individualizarlos”.

Entendemos, por otra parte, que existe al menos un tercer elemento natural que tiene relevancia jurídica: las actividades. El artículo 1088 del CC-ESP establece que toda obligación consiste en dar, hacer o no hacer una “cosa”. Esta suerte de división básica tripartita de las obligaciones sitúa al jurista, en realidad, ante una dualidad: dar y hacer. La dualidad “dar y hacer” no es contradictoria con la anteriormente señalada (“sujetos y objetos”), sino que una y otra actúan conjuntamente: los sujetos, en tanto que el ordenamiento les reconoce personalidad jurídica y capacidad de obrar, operan jurídicamente sobre objetos, convertidos éstos en centros de imputación normativa y obligacional (*cf.* art. 1088 CC-ESP). Estos objetos, como ya hemos visto, pueden ser bienes o actividades.

De un lado los bienes son extraños al sujeto y forman una dualidad contrapuesta que ya sido señalada por la doctrina desde tiempos clásicos: sujetos y objetos. Por otro lado, cuando señala la doctrina esta dualidad no parece ponerse suficientemente

---

<sup>267</sup> BIONDI (1956, 9) señala en este sentido que “dal punto di vista giuridico, cosa è qualunque entità materiale o immateriale, che sia giuridicamente rilevante, cioè sia presa in considerazione dalla legge, in quanto forma o può formare oggetto di rapporti giuridici”.

---

de relieve que en este caso la expresión “objeto” está siendo usada en un sentido sumamente amplio, como sinónimo de centro de imputación normativa y obligacional u “objeto sobre el que recaen derechos”. Este objeto sobre el que recaen derechos puede ser, a su vez, una cosa o una actividad. Con especial claridad respecto del binomio bienes / actividades en relación con el objeto sobre el que recaen los derechos se pronuncia nuevamente BIONDI (1956, 17) cuando afirma que “nei rapporti di obbligazione, che, come ogni altro rapporto devono presentare un oggetto, onn sempre si può rintracciare una cosa. Questa si può riscontrare nelle prestazioni di dare, sebbene la cosa sia l’oggetto mediato del diritto, giacchè questo ha come obbietto immediato la prestazione. Ma è assurdo rintracciare una cosa nelle obbligazioni di fare o di non fare (...) Oggetto dunque del rapporto non è la cosa ma la prestazione stessa, ossia il comportamento attivo o pasivo del debitore”.

La división de GAYO habla de personas, cosas y acciones, si bien la expresión “acciones” tiene aquí un significado de carácter procesal, no como sinónimo de actividades. Sirva, no obstante, la división del jurista romano, para clasificar las realidades metajurídicas de las que se ocupa el derecho: los “sujetos”, en tanto que agentes que operan en el universo jurídico, pudiendo intercambiar objetos (“cosas” y “actividades”) o receptores pasivos de sus operaciones jurídicas con todo lo que éstas implican.

¿Qué diferencia, pues, a los bienes de los sujetos y de las actividades? En cuanto a la diferencia entre bienes y sujetos, mientras que los sujetos son parece clara: los primeros son, desde un punto de vista jurídico, agentes o “actores”; mientras que los segundos son objetos inanimados (por contraposición a “sujeto”) utilizados por dichos agentes. En cuanto a los bienes y las actividades, se distinguen por el carácter estático y aprehensible de los bienes, frente al carácter dinámico y no aprehensible de las actividades, en tanto que éstas deben realizarse en el transcurso de un determinado espacio de tiempo (por breve que sea) y se agotan, en tanto que actividades, en su misma ejecución<sup>268</sup>.

---

<sup>268</sup> A través de determinadas actividades se puede dar lugar a una obra (contrato de obra). Sin embargo, la obra producida es un bien (es una cosa estática, aprehensible y con relevancia jurídica), no una actividad. Se puede distinguir así entre los bienes (por mucho que éstos provengan de un

---

#### 4.4.3. Aptitud para ser objeto de derechos (vs objeto de apropiación)

Según reza el artículo 333 CC-ESP, son bienes todas las cosas que son o pueden ser objeto de apropiación. Como hemos visto, CASTÁN y otros autores, señalan la apropiabilidad como uno de las cualidades que definen los bienes en sentido jurídico. Debemos destacar, siguiendo a MANRESA, que apropiabilidad no significa apropiación actual<sup>269</sup>, sino aptitud para dicha apropiación. No en vano, el Código se expresa en estos términos: “son o pueden ser objeto de apropiación”. En un sentido similar se expresa el Codice civile del Regno d’Italia de 1865 en su artículo 406, al establecer que todas las cosas que pueden constituir objeto de propiedad pública o privada son bienes muebles o inmuebles. El artículo 406 CC-IT 1865 es el precedente inmediato del actual artículo 810 CC-IT 1942, que define los bienes en sentido jurídico como todas las cosas que pueden constituir objeto de derechos.

No es una diferencia menor definir los bienes como cosas que pueden ser objeto de derechos o cosas que pueden ser objeto de propiedad. Se trata, además, de la diferencia más importante entre los Códigos civiles español e italiano en relación con el concepto jurídico de bienes. Con el nuevo Código civil en Italia se decide eliminar la referencia al derecho de propiedad a favor de una referencia genérica a los bienes como “objeto de derechos”, procurando iniciar así una teoría de los bienes válida para todo el Derecho patrimonial y no solamente referida al derecho de propiedad, entendiendo que los bienes en sentido jurídico son, en tanto que objetos de derecho (o, mejor dicho, objetos sobre los que recaen derechos), aquellas

---

proceso de fabricación, manufactura o desarrollo) de las actividades orientadas a producirlos, que se agotan una vez que dicho bien ha sido terminado.

<sup>269</sup> MANRESA Y NAVARRO (1898, 9). Según este autor, “la consideración de bienes se aplica aquí no sólo a las apropiadas (actualmente), sino a todas las apropiables”. Bien es verdad, que a continuación añade que “resta por ver si hay alguna cosa que, en el mero hecho de serlo, no sea juntamente apropiable”. Esta duda ha sido sobradamente contestada en un sentido afirmativo. En contra, PERLINGGIERI, (2007, 169), quien propone como superación de la confusión terminológica entre cosas y bienes entender que las primeras son entidades materiales o inmateriales que pueden constituir objeto de derechos, mientras que los segundos son en la actualidad objeto de derechos (cit. por SPANGA, 2015, 55).

---

entidades o situaciones del mundo exterior que constituyen el punto de referencia necesario de un interés jurídicamente protegido en la medida en que representan una utilidad para el sujeto.

Más que de elaborar un concepto jurídico de bienes válido para todo el ordenamiento jurídico, podríamos decir que las definiciones del CC-ESP así como del art. 406 CC-IT 1865 son definiciones de carácter estático, mientras que la del artículo 810 CC-IT es una definición de carácter dinámico. Todo bien en sentido jurídico pertenece o puede pertenecer a alguien (persona física o jurídica, el Estado, una entidad administrativa...) y, en este sentido, es posible objeto de apropiación. En cambio, en tanto que posible objeto sobre el que recaen derechos (“objeto de derechos” en las palabras del artículo 810 CC-IT), no es un centro de imputación jurídica únicamente en relación con el derecho de propiedad. Un programa de ordenador puede ser objeto de licencia de uso, de compraventa, alquiler, contrato de desarrollo... Cuando se celebra un contrato de alquiler de vivienda, el inquilino no se está apropiando de la misma, a menos que entendamos apropiación en un sentido tan amplio que abarque cualquiera de las facultades que contempla el artículo 348 CC-ESP, lo cual no parece razonable. Tampoco lo sería negar la condición de bien en sentido jurídico a dicha vivienda por lo que respecta al contrato de alquiler argumentando que no está siendo objeto de apropiación a través del contrato de alquiler.

La diferencia en la redacción de uno y otro Código respecto del concepto jurídico de bienes lleva a plantear la necesidad de realizar una distinción adecuada entre bienes y actividades, tal como hemos desarrollado en el apartado anterior, especialmente respecto del caso italiano. Al definir el artículo 333 CC-ESP los bienes como todas aquellas cosas que son o pueden ser objeto de apropiación no puede haber duda alguna respecto de qué “cosas” puedan ser los bienes, incluso si entendemos “cosas” en el sentido más amplio posible como ocurre en el artículo 1088 CC-ESP, ya que las actividades no son posible objeto de apropiación. El caso del artículo 810 CC-IT es distinto, pues define como bienes todas aquellas cosas que pueden constituir objeto de derechos. Si aquí también entendemos cosas en un sentido amplio (lo cual sería más difícil dado que el art. 1088 CC-ESP no encuentra



---

un homólogo en el CC-IT)<sup>270</sup> incluyendo, por tanto, las actividades u obligaciones de hacer, el artículo 810 CC-IT introduciría un elemento de confusión dado que también una actividad es una “cosa” que puede formar objeto de derechos, si bien no de “derecho de propiedad”. Tiene sentido, pues, precisar que cuando el art. 810 CC-IT define los bienes como cosas que pueden formar objeto de derechos, utiliza el término cosa como contrapuesto (es decir, extraño) a “actividad”.

#### 4.4.4. Valor económico o utilidad

Siguiendo a DÍEZ-PICAZO, una de las principales funciones del Derecho es disciplinar intereses económicos<sup>271</sup>. Como ya hemos tenido ocasión de afirmar, los bienes son la pieza clave en torno a la cual giran los intereses económicos, y ello independientemente de que exista un constatable desplazamiento de la cultura propietaria a la cultura del uso y el acceso impulsado, y especialmente patente, en la economía digital. No en vano, el término “bienes” procede del latín “bona”, que hacía referencia a la fortuna o patrimonio en poder del sujeto (pater familias). Es difícil, por tanto, concebir bienes carentes de un cierto valor económico. El valor económico, sin embargo, no debe entenderse en un sentido monetario sino como sinónimo de utilidad<sup>272</sup>. Un bien es útil cuando puede servir como medio para satisfacer las necesidades humanas, lo cual dependerá a su vez del paradigma tecnológico concreto, pues dependiendo de éste existirán cosas susceptibles o no de

---

<sup>270</sup> El art. 1217 CC-IT, de hecho, habla de “un hacer” y de “prestación” en relación con las actividades, pero no de “cosa”: “Se la prestazione consiste in un fare, il creditore è costituito in mora mediante l’intimazione di ricevere la presrtazione o di compiere gli atti che sono da parte sua necessari per renderla possibile”.

<sup>271</sup> DÍEZ-PICAZO (2008, 186).

<sup>272</sup> BIONDI (1956, 12): “Per la nozione giuridica di cosa non si richiede che abbia valore económico, cioè, possa direttamente o indirettamente tradursi in quantità di denaro. Non mancano però autori che limitano la nozione di cosa alla sfera patrimoniale: si dice che sono cose solo quelle capaci di soddisfare un interesse económico. Questa limitazione è anzitutto contraria non solo alla tendenza, storicamente accertata, di ampliare la cerchia giuridica delle cose, ma altresì alla vasta nozione enunciata nell’art. 810”. Tampoco en el Derecho español se entiende como necesario el requisito de la patrimonialidad, entendiendo el concepto de utilidad igualmente como la aptitud de la cosa para satisfacer necesidades humanas (DE LA ESPERANZA MARTÍNEZ-RADÍO, 2003, 32).

---

aprovechamiento, es decir, útiles<sup>273</sup>. En palabras de las Partidas, “bienes son llamados aquellas cosas de que los omnes se sirven e se ayudan”<sup>274</sup>. En la medida en que una cosa puede ser objeto de derechos, centro de imputación jurídica (no necesariamente referida al derecho de propiedad) representa una utilidad valorable económicamente, sea de forma directa o indirecta. La utilidad debe ser entendida, además, en un sentido objetivo o apriorístico; es decir, independientemente del interés subjetivo que en cada momento concreto despierte el bien. Bien es verdad que la cuantificación de dicha utilidad dependerá del tipo de relación jurídica de la que sea objeto<sup>275</sup> así como del momento concreto en que ésta se produzca (FERRARA), pudiendo darse situaciones en que la utilidad sea de carácter meramente moral, y no económico (DUSI). Por esta razón, BIONDI considera que debe entenderse la utilidad, como cualidad referida a los bienes, en un sentido amplio.

Debemos realizar una distinción importante entre los bienes y la utilidad que reportan dichos bienes. Ya hemos dicho anteriormente que las cosas son entidades prejurídicas y neutras que constituyen el soporte material y de facto (es decir, el género) de los bienes en sentido jurídico, cuya condición de tales está determinada no por su existencia o sus cualidades naturales sino por su aptitud para ser útiles a intereses humanos (SCC de 18 de abril de 1994, n. 3666), es decir, son “cosas de que los omnes se sirven e se ayudan” (Partidas) o “cosas que pueden formar objeto de derechos” (art. 810 CC-IT). Sin embargo, conviene destacar un aspecto que no resulta fácilmente perceptible: los bienes en sentido jurídico no dejan de ser cosas, si bien son un grupo particular de cosas con unas cualidades específicas (que son útiles y, por tanto, dignas de tutela jurídica). Ello no significa, en cambio, que los bienes

---

<sup>273</sup> ALLARA (1984, 29) señala como cualidades esenciales de los bienes desde un punto de vista económico la aptitud para satisfacer un interés y la posibilidad de sujeción al dominio humano.

<sup>274</sup> BIONDI (1956, 11) recuerda precisamente el proverbio latino que define las cosas como todo aquello que “*hominis usui aut commodo esse potest*”. En igual sentido, SPANGA (2015, 53): “il termine cosa identifichi una porzione materiale del mondo esterno, utile all’uomo al punto da stimolare il suo interesse che, ove ritenuto meritevole di protezione da una parte dell’ordinamento, rende la cosa oggetto di situazione giuridica e, quindi, bene in senso giuridico”.

<sup>275</sup> En esta frase podemos observar cómo los bienes son “objeto sobre el que recaen” derechos, es decir, dentro de imputación jurídica; dicho de otro modo, centro de imputación de los derechos y obligaciones propios de una relación jurídica.

---

sean la utilidad que representan, como afirma la SCC citada, incurriendo en una contradicción interna:

“L’entità materiale e di fatto si considera dal diritto come gene in senso giuridico in ragione dell’utilità e, quindi, dell’interesse (...) Segue che con riferimento ad una cosa única – ad un’unica entità materiale e di fatto – da cui provengono utilità differenziate, l’ordinamento può individuare distinti beni giuridici, i quali diventano oggetto di diritti diversi.”

Se afirma que una cosa se considera bien en sentido jurídico en razón de su utilidad o del interés que reporta (el valor en sentido amplio al que nos referimos en este apartado). Es decir, que el término cosa (al que se califica como entidad prejurídica y neutra<sup>276</sup> o, como hemos dicho en este trabajo, metajurídica) actúa en calidad de “género” frente al término bien, que es la “especie”. Si la cosa, el género, es prejurídica, también debe serlo la especie. Seguidamente, de esta primera afirmación debe deducirse que lo que distingue a los bienes de las cosas en general es que de ellos puede extraerse una utilidad. Si de los bienes puede extraerse una utilidad, la utilidad extraída no se identifica (no “es”) el bien de la que se extrae, sino algo distinto, por mucho que su presencia condicione la calificación de una determinada cosa como bien. Cuando la SCC afirma que en relación con una sola cosa de la que se extraen utilidades diferentes el ordenamiento puede individualizar distintos bienes en sentido jurídico parece estar identificando de forma errónea bienes y utilidades o valor económico. Puede comprenderse esta confusión enlazando con el sentido que ha pretendido darse a veces a la dicotomía bienes/cosas, resuelto a partir de un criterio etimológico que rescata la procedencia del término “bienes” del latino bona, sinónimo de patrimonio. Sin embargo, ha llovido mucho desde entonces y establecer paralelismos es sumamente arriesgado. Ateniéndonos a la descripción que de los bienes realiza el artículo 810 CC-IT, parece lo más razonable afirmar que éstos son una especie del género cosa caracterizada porque pueden constituir objeto de derechos, lo cual deriva a su vez de que representan un valor económico entendido en sentido amplio en tanto que son útiles al ser humano y ello los hace dignos de tutela. Pero no dejan de ser por ello

---

<sup>276</sup> Vid. BIONDI (1956, 15); ALLARA (1984, 30); SPANGA (2015, 94).

---

tan prejurídicos como las cosas en tanto que género al que pertenecen: los bienes son una especie del género “cosas”, caracterizados por unas determinadas cualidades económicas (utilidad, entendida en sentido amplio<sup>277</sup>), naturales (aptitud para ser individualizados y posibilidad de aprehenderlos) y jurídicas (relevancia para el Derecho), pero participan de las cualidades de las cosas en tanto que género al que pertenecen.

Esta posición podemos entenderla mejor con un ejemplo. Un bien inmueble puede representar múltiples utilidades para su titular, incluso de forma simultánea. Pensemos que puede ser objeto de varios contratos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles, de un usufructo y de una compraventa, sucesivamente o (respecto de estos concretos contratos) incluso al mismo tiempo. Ello no significa que existan al menos cuatro bienes, o tantos como concretas utilidades diferentes puedan extraerse. El bien inmueble en concreto es, en primer lugar, “bien” porque tiene la condición de “cosa”, es decir, porque pertenece al género de las cosas y, en segundo lugar, porque puede ser objeto sobre el que recaen derechos o centro de imputación jurídica (normativa u obligacional); y ello independientemente de cuántas utilidades concretas puedan extraerse de dicho bien. Pues las utilidades concretas que puedan extraerse de cada bien dependerán, por ejemplo, de los contratos respecto de los cuales el bien sea objeto o centro de imputación obligacional o, dicho de otro modo, de los derechos que se constituyan sobre él.

En ocasiones se ha relacionado la utilidad o el valor económico de los bienes con su escasez, entendiéndose que una entidad que no sea escasa y útil no crea problemas de rivalidad ni suscita interés (SPANGA, 2015, 61). Desde luego, si una determinada entidad no es útil no será objeto o centro de imputación jurídica, por lo que no podrá ser calificada como de bien en sentido jurídico. El asunto de la escasez como sinónimo del valor económico es distinto, pues si bien es cierto que la escasez de un bien es directamente proporcional al interés que éste despierta, no todo bien debe ser necesariamente escaso. No obstante, este argumento ha sido empleado en ocasiones para afirmar que determinadas entidades no deben ser calificadas como

---

<sup>277</sup> La “utilidad” se encuentra más próxima a los derechos que pueden recaer sobre el bien que al bien mismo.

---

bienes al no necesitar de tutela jurídica<sup>278</sup>. Sin embargo, este criterio de la escasez debe ser rechazado en la actualidad como requisito sine qua non de los bienes en sentido jurídico, pues no todos los bienes deben ser objeto de un aprovechamiento rival desde un punto de vista económico para ser considerados tales. Los bienes inmateriales son bienes no rivales desde un punto de vista económico<sup>279</sup> (si bien hay quien defiende que en este caso su escasez deriva no de una circunstancia natural, sino del monopolio amparado por el ordenamiento jurídico atendiendo a objetivos específicos<sup>280</sup>) al igual que también lo es cualquier bien informático que pueda ser utilizado de forma simultánea por “n” sujetos en cualquier parte del mundo bastando que tengan una conexión a internet<sup>281</sup>.

#### 4.4.5. Unidad de destino económico

Una cualidad de los bienes relacionada con su valor económico en el sentido amplio que hemos venido explicando es la unidad de destino económico. Podemos afirmar, siguiendo a DÍEZ-PICAZO, que existe un objeto de derecho (es decir, un “objeto sobre el que recaen derechos”) allí donde las necesidades o los intereses de una explotación exigen que la unidad exista. Dicho de otro modo, un conjunto de elementos que física o conceptualmente sean divisibles se entenderán como uno solo (unidad, individualidad, entidad) cuando sirvan a un interés digno de protección que exija entenderlos de forma unitaria. En este sentido BIONDI (1956, 104), que habla de “destinazione unitaria”, entiende que ésta permite considerar un conjunto de cosas no como una suma sino como un todo. Para que exista unidad de destino económico debe existir, según BIONDI, una conexión ideal entre las distintas cosas que atribuya al todo una función superior que aquella que desempeñan cada una de

---

<sup>278</sup> Así, ALLARA (1984, 29) y GALGANO (2015, 356) respecto de las llamadas res communis ómnium.

<sup>279</sup> Recordemos que, entre otros, GALGANO (2015, 358), entiende que no son bienes en sentido jurídico los bienes inmateriales.

<sup>280</sup> SPANGA (2015, 62).

<sup>281</sup> *Vid.* QUAH (2003, 13): “Digital goods are nonrival (...) A good is nonrival when its use by one agent does not degrade its usefulness to any other agent”.

---

las cosas singularmente consideradas y que no podría ser obtenida a través de éstas si no es con su unión<sup>282</sup>.

La unidad de destino como cualidad propia de los bienes permite resolver los problemas de división y agregación (tanto física como jurídica) de elementos a un bien, y distinguir cuándo se trata de un conjunto o de elementos de un solo bien. En otras palabras, permite determinar cuándo una realidad metajurídica (DÍEZ-PICAZO y CASTÁN hablan de “realidad del mundo exterior”<sup>283</sup>) debe ser considerada un bien en sentido jurídico y cuándo una pluralidad de bienes. Este problema se manifiesta tanto en un sentido, llamémoslo así, multiplicativo como divisivo. Un elemento de la realidad metajurídica puede dividirse casi eternamente: ni siquiera los átomos, pese a su nombre, son indivisibles<sup>284</sup>, ni tampoco parece que pueda decirse que un átomo deba ser considerado como un bien en sentido jurídico. Este “límite mínimo” de los bienes resultará especialmente importante en el caso de los bienes informacionales cuando éstos queden recogidos en soporte informático, pues no parece que podamos calificar un mero dato informático (es decir, un bit) como bien. Por otro lado, tampoco es demasiado claro el “límite máximo” de los bienes, pues a un elemento singular se le pueden agregar sucesivamente otros, ahora sí, hasta el infinito.

Nos encontramos, en definitiva, ante un problema de divisibilidad tanto física como jurídica de los bienes, que se manifiesta también en un sentido inverso en la medida en que a un bien concreto se le pueden agregar más elementos sin que necesariamente debamos hablar de una pluralidad de bienes. Por otra parte, no es sencillo distinguir en determinadas ocasiones entre un bien (llamémoslo “simple”) y un conjunto de bienes que reciben un tratamiento unitario (“bienes compuestos o

---

<sup>282</sup> BIONDI aplica el criterio de la unidad de destino económico a la universalidad de muebles (art. 816 CC-IT), por lo que afirma seguidamente que la función del todo no anula la de cada uno de los componentes de la universalidad. En el caso de bienes simples conformados por elementos distintos, esta función singular sí quedaría anulada. En cualquier caso, entendemos que el criterio de la unidad de destino económico resulta aplicable tanto a los bienes simples como a la universalidad de bienes; sin perjuicio de que en el primer caso anule la función singular de los elementos que lo componen y en el segundo no.

<sup>283</sup> DÍEZ-PICAZO (2008, 183).

<sup>284</sup> SILLERO CROVETTO (1995, 1757), quien considera que sólo en el mundo jurídico puede comprenderse la distinción entre cosas divisibles e indivisibles, “toda vez que físicamente y al compás de los avances de la ciencia hoy día todas las cosas, por pequeñas que sean, son divisibles”.

---

complejos”). Un ejemplo sencillo que puede ayudarnos a ver la diferencia entre una colección de sellos y una enciclopedia: la primera es un conjunto de bienes que recibe un tratamiento unitario; mientras que la segunda es un bien simple, cuya división en diversos volúmenes responde únicamente a una decisión de política editorial<sup>285</sup>.

El artículo 816 CC-IT entiende por “universalidad de muebles” aquella pluralidad de cosas que pertenecen a la misma persona y gozan de unidad de destino<sup>286</sup>. BIONDI (1956, 103) señala los siguientes requisitos para apreciar la existencia de una universalidad de bienes. En primer lugar, debe tratarse, de una pluralidad de cosas que gocen de una individualidad social y jurídicamente apreciable<sup>287</sup>; en otras palabras, de bienes (art. 810 CC-IT), pues una cosa no podrá ser objeto de derechos sin tener una individualidad social y jurídicamente apreciable. Asimismo, debe presentar un destino unitario (o unidad de destino económico)<sup>288</sup> por decisión de su propietario, que debe serlo de cada una de las cosas que componen la universalidad.

En España no existe un artículo equivalente al 816 CC-IT, si bien nuestro Código civil recoge algunos casos en los que diversos bienes reciben un tratamiento unitario. Así, el artículo 659 CC-ESP sobre la herencia (considerada el arquetipo de

---

<sup>285</sup> El contraste lo ofrece RUPERTO (2012, 11), apoyándose en la SCC de 28 de mayo de 1966 n. 1409, que considera universalidad de muebles la colección de sellos, y la SCC de 23 de febrero de 1976, n. 593, que considera la enciclopedia como un bien simple.

<sup>286</sup> Art. 816 CC-IT: “É considerata universalità di mobili la pluralità di cose che appartengono alla stessa persona e hanno una destinazione unitaria.

Le singole cose componenti la universalità possono formare oggetto di separati atti e rapporti giuridici.”

<sup>287</sup> SCC de 23 de febrero de 1976, n. 593.

BIONDI habla de la existencia de “pluralità di cose autonome, materialmente distinte tra di esse”. Hemos preferido, sin embargo, utilizar la expresión de la SCC mencionada, que habla de “individualità socialmente e giuridicamente apprezzabile”, y de la que se hacen eco tanto BIONDI (1956, 104) como RUPERTO (2012, 10). Hablar de una pluralidad de cosas “materialmente autónomas” implicaría, en primer lugar, que estas cosas deban ser también materiales. Sin perjuicio de los matices referidos a los bienes inmateriales, informáticos, informacionales y la electricidad entendida como bien a los que nos referiremos en los apartados siguientes, hablar de una pluralidad de cosas cuya individualidad es social y jurídicamente apreciable permite a priori una aplicación con carácter general del concepto de universalidad a cualquier tipo de bien mueble, material o inmaterial.

<sup>288</sup> DÍEZ-PICAZO (2008, 183).

---

universalidad) y el artículo 1531 CC-ESP sobre la venta de la herencia<sup>289</sup>, el artículo 499 CC-ESP sobre el usufructo de rebaño o piara de ganado, o el artículo 1491 CC-ESP, sobre un tiro, yunta, pareja o juego de animales (DE LA ESPERANZA MARTÍNEZ-RADÍO, 2003, 159).

En lo que ocupa a nuestro trabajo, este problema será especialmente importante, como decimos, en el caso de los bienes informacionales recogidos en soporte informático. No parece que deban existir dudas acerca de su condición de bienes a pesar de ser mera información gracias a la facilidad de recolección y filtrado que proporcionan los medios tecnológicos actuales, pero, ¿dónde está los límites mínimo y máximo? Puede que la respuesta la encontremos teniendo en cuenta que el valor de un bien compuesto no es el resultado de la mera agregación del valor de los elementos que lo componen, sino uno distinto y propio (generalmente superior) derivado de su carácter de conjunto organizado con unidad de destino económico<sup>290</sup>.

#### 4.5. Algunas clasificaciones de los bienes

A pesar de que la división entre bienes muebles e inmuebles (a la que nos referiremos más adelante) es una suerte de *summa rerum divisio*<sup>291</sup>, no se trata del único criterio de clasificación de los bienes. Una de las clasificaciones más exhaustivas por parte de la doctrina española se encuentra en la obra de CASTÁN<sup>292</sup>, siendo quizás este autor el único que ha dedicado una mínima atención a reflexionar con cierto detenimiento acerca de la categoría jurídica de los bienes. En la doctrina italiana, en cambio, la preocupación por la teoría jurídica de los bienes ha sido constante y dilatada en el tiempo. Existen muy diversos criterios para clasificar los bienes en sentido jurídico. A continuación veremos algunos de ellos.

---

<sup>289</sup> La STS de 15 de mayo de 1983 considera que este artículo regula la venta de una universalidad.

<sup>290</sup> En este sentido, respecto de la universalidad de muebles en Italia, BIONDI (1956, 102), quien considera que “dal punto di vista económico, alla somma del valore delle singole cose si aggiunge generalmente un quid, un plus valore, ed è precisamente in considerazione di esso che la legge assoggetta la universitas ad un regime particolare...”.

<sup>291</sup> DÍEZ-PICAZO (2008, 210). En igual sentido, BIONDI (1956, 11).

<sup>292</sup> CASTÁN TOBEÑAS (2007, 548).



---

Podemos clasificar los bienes atendiendo a su apropiabilidad, distinguiendo entre bienes apropiables y no apropiables. Son no apropiables aquellos bienes que carecen total o parcialmente de idoneidad para ser objeto de derechos privados patrimoniales. Se los conoce tradicionalmente como *res extra commercium* y pueden clasificarse en inapropiables por naturaleza (entre los que figuran las llamadas cosas comunes), por destino (*ad. ex*, bienes públicos), y bienes de derecho divino (que pueden ser sagrados si están dedicados al culto y religiosos si están dedicados al sepelio)<sup>293</sup>. Los bienes apropiables pueden pertenecer o no a algún sujeto. En el primer caso hablamos de bienes apropiados los cuales pueden pertenecer a un sujeto público o a un sujeto privado mientras que si no pertenecen a nadie puede tratarse bien de *res nullius* o bien de *res derelictae* o abandonada. En función del sujeto al que pertenecen puede tratarse de bienes de dominio público o de bienes privados. Dentro de los bienes de dominio público deberá distinguirse entre bienes que pertenecen al sujeto público actuando éste en calidad de persona pública (bienes demaniales) y bienes que pertenecen al sujeto público actuando éste en calidad de persona jurídica (bienes patrimoniales de la Administración correspondiente). Para diferenciar estos dos tipos de bienes será importante atender a su función económica. Así, serán bienes demaniales aquellos que satisfagan necesidades colectivas en concepto de bienes directos o de primer grado mientras que serán bienes patrimoniales aquellos otros que satisfagan indirectamente dichas necesidades siendo susceptibles de transformarse en otros valores y de producir renta.

#### 4.5.1. Bienes muebles e inmuebles

La clasificación aparentemente más importante de los bienes es aquella que los divide en muebles e inmuebles. El artículo 333 del CC establece que todas las cosas que son o pueden ser objeto de apropiación se consideran bienes muebles o inmuebles. Por su parte, el CC-IT en sus artículos 810 y 812 realiza una división sustancialmente similar a la española afirmando que son bienes las cosas que pueden constituir objeto de derechos, y que éstos se dividen en muebles e inmuebles. Como

---

<sup>293</sup> GAYO, Instituta, II, 3-6 (DOMINGO OSLÉ, 2002, 81-82).

---

podemos observar, se realiza una suerte de división universal por la cual todas las cosas susceptibles de ser calificadas como bienes deben entrar en una u otra categoría. Esto se consigue a través de la creación de la categoría de los bienes muebles a partir de una definición negativa o de carácter residual. Tanto en el caso español como en el italiano, se reputan bienes muebles todos los que no son susceptibles de ser considerados bienes inmuebles. En el caso español nos encontramos, como acertadamente señala DÍEZ-PICAZO, con una doble definición de los bienes muebles. En primer lugar, entiende el CC por bienes muebles todos aquellos que pueden ser transportados de un sitio a otro sin menoscabo de la cosa inmueble a que estuvieren unidos. Por otra parte, define el CC como bienes muebles todos aquellos que no sean inmuebles. Esta doble definición ha sido criticada por la doctrina como redundante e innecesaria, puesto que al introducirse una definición negativa del concepto de bienes muebles no era necesario (incluso se podría decir que no era recomendable) introducir una definición genérica de éstos. Los bienes muebles se definen fundamentalmente por contraposición a los inmuebles o, en otras palabras, son muebles aquellos bienes que no son inmuebles.

No es extraño que el binomio muebles / inmuebles cope todas las posibilidades en lo que a bienes se refiere ya que se trata de una clasificación dual universal. Esto ocurre también con otras clasificaciones duales como la que distingue entre bienes consumibles y no consumibles, fungibles y no fungibles, de dominio público y de dominio privado, apropiables y no apropiables... Lo singular de este binomio es la importancia que tiene y que se refleja en su presencia en el articulado de los Códigos civiles. En torno a la división de los bienes en muebles e inmuebles se configuran dos regímenes de dominio y tráfico jurídico diferenciadas, normas sobre capacidad y poder de disposición, publicidad de los negocios relativos a uno y otro tipo de bienes, etcétera, que tiene que ver en origen con la diferente importancia económica de uno y otro tipo de bienes, especialmente en un contexto donde la tierra y los bienes adscritos a ésta (en principio, inmuebles) tenían un valor considerablemente superior al de los muebles (res mobiles, res viles). En otras palabras, la dicotomía muebles / inmuebles no obedece tanto a sus cualidades naturales cuanto al estatuto

---

jurídico de unos y otros así como a la función económica y social que desempeñan<sup>294</sup>.

La distinción dicotómica entre bienes muebles e inmuebles tiene su origen en el Derecho romano clásico, que distinguía los bienes o cosas no en cuanto a sus cualidades naturales o metajurídicas<sup>295</sup>, sino en cuanto a su función y relevancia económica y social (SPANGA, 2015, 13). En este sentido, se distingue entre *res Mancipi* y *res nec Mancipi*<sup>296</sup>, en función de si el bien concreto debía ser objeto de intercambio a través de la *Mancipatio*. Las *res Mancipi* constituyen un catálogo cerrado, y deben ser objeto de intercambio a través de un negocio solemne como es la *Mancipatio*, que cumple, además, una función de publicidad y control; mientras que las *res nec Mancipi* constituyen un catálogo abierto configurado por exclusión (todas aquellas cosas que no son objeto de intercambio a través de *Mancipatio*). El conjunto del sistema patrimonial privado se construye en torno a esta dicotomía, si bien en la actualidad los términos no pivotan en torno a un negocio jurídico sino al carácter mueble o inmueble de los bienes.

Esta diferencia ha sido señalada como anacrónica tanto por la doctrina española como por la italiana (DÍEZ-PICAZO, 2008, 209; MANRESA, 1898, 13; SPANGA, 2015, 110). Sin embargo, el sistema privado patrimonial se construye en torno a esta dicotomía, lo que hace difícilmente imaginable un abandono de la misma en el medio plazo. En la PCC podemos observar que esta clasificación dicotómica muebles / inmuebles se mantiene. La razón, como acabamos de apuntar, es que el conjunto del sistema privado patrimonial se construye en torno a la misma y su mantenimiento asegura la coherencia interna del mismo. La importancia económica

---

<sup>294</sup> En este sentido, SPANGA (2015, 133): “la distinzione tra mobili ed immobili non ha finalità classificatorie di stampo fiscalista, ma si fonda sulla valutazione socio-economica dell'importanza dei due tipi di beni”.

<sup>295</sup> Descripción naturalística o metajurídica de los bienes es la que ofrece el artículo 335 CC-ESP cuando establece que “se reputan bienes muebles “todos los que se pueden transportar de un sitio a otro sin menoscabo de la cosa inmueble a que estuvieren unidos”.

<sup>296</sup> GAYO, Instituta, II-14 (en DOMINGO OSLÉ, 2002, 81).

---

diferenciada de uno y otro tipo de bienes ha dejado de ser, sin embargo, un elemento esencial<sup>297</sup>.

Interesa detenernos en una división a la que ya hemos hecho referencia pero que resulta de gran importancia: la que distingue entre bienes corporales e incorporales. El criterio distintivo entre uno y otro es la tangibilidad, es decir, su aptitud para ser percibidos por los sentidos. Ya hemos tenido ocasión de precisar el matiz existente entre la corporalidad y la materialidad: algo corpóreo (es decir, dotado de cuerpo, de consistencia) es también algo material; sin embargo, algo material (perceptible por los sentidos) no necesariamente debe ser también corporal. El ejemplo que mejor muestra este matiz es el de la electricidad (*vid.* art. 814 CC-IT). Es quizás el único caso en que un uso indistinto de uno y otro término puede inducir a confusión, y así ocurre si observamos que parte de la doctrina la ha calificado como bien incorporal mientras que otros la califican de bien corporal. La electricidad es un bien material, pues la podemos percibir a través de nuestros sentidos, pero incorporal al no estar dotada de consistencia (es decir, de “cuerpo”). No obstante este matiz y su utilidad en casos como el de la electricidad, lo cierto es que se usan de forma indistinta los términos material y corporal respecto de los bienes, de igual manera que se hace referencia a los mismos indistintamente como “bienes” y como “cosas”.

Hablaremos, por tanto, de bienes corporales para referirnos a aquellos bienes tangibles (o perceptibles a través de nuestros sentidos), mientras que serán bienes incorporales los no tangibles o, dicho de otro modo, los que sólo se puedan percibir con los ojos de la mente (CASTÁN, 2008, 548). En lo que se refiere a la tangibilidad, debemos señalar, como ya hemos hecho respecto de otras cualidades de los bienes, que ésta debe ser examinada desde una óptica jurídica. Por tanto, no debemos entender la tangibilidad en un sentido absoluto o físico (aquello que se puede tocar), sino jurídico. Es decir, serán tangibles aquellos bienes susceptibles de dominio o de uso interesado por parte del ser humano utilizando la tecnología a su disposición. La remisión que acabamos de hacer a la tecnología disponible en cada momento permite ampliar los ejemplos de bienes corporales en función del

---

<sup>297</sup> SPANGA (2015, 110) considera que “il codificatore (...) preferisce però mantenere invariato lo schema classificatorio (...) perchè l’adozione di un diverso criterio avrebbe comportato la necessità di intervenire orizzontalmente sull’ interno diritto privato patrimoniale”.

---

paradigma tecnológico de cada momento. Interesa en este sentido traer a la actualidad las palabras de BIONDI (1956, 10):

“Se la nozione giuridica di cosa può dirsi universale e costante, la effettiva e concreta cmprensione è variabile in funzione dell’ordinamento positivo: oggi talune entità, appunto perchè attualmente non susceptibili di procurare utilità, sono del tutto indifferenti per il diritto; quindi non sono giuridicamente cose. Ma non possiamo escludere a priori che tali entità in seguito possano essere attratte nell’orbita del diritto e quindi diventare cose giuridicamente, giacchè, come abbiamo già osservato, la sfera della giuridicità non è fissa nè predeterminata.”

#### 4.5.2. Bienes inmateriales e incorporales

Aquellos ordenamientos que siguen el modelo alemán respecto de la teoría de las cosas no conciben la existencia de bienes incorporales. Inmanuel KANT, precursor de la vigente dualidad *corpus mysticum* / *corpus mechanicum* con la que trabajamos en materia de propiedad intelectual e industrial, no llegó a hablar de bienes inmateriales, sino que identificó el *corpus mysticum* de la obra con un discurso del autor, encuadrado, por tanto, en los derechos de la personalidad. En otros ordenamientos que se situarían en la órbita del modelo francés de la teoría de los bienes sí es posible la existencia de bienes incorporales o inmateriales. Queda por ver la consideración que deban tener los derechos y su encaje en la teoría de los bienes. Recordemos que ya GAYO en las Instituciones identificaba las cosas incorporales con los derechos, la herencia, el usufructo y las obligaciones de cualquier clase. Este criterio ha sido seguido por algunos ordenamientos europeos: aquellos que no han seguido el modelo alemán y se han decantado en cambio por el modelo francés, como es el caso de Italia y España. Según el artículo 336 CC, “también tienen la consideración de cosas muebles las rentas o pensiones, sean vitalicias o hereditarias, afectas a una persona o familia, siempre que no graven con carga real una cosa inmueble, los oficios enajenados, los contratos sobre servicios públicos y las cédulas y títulos representativos de préstamos hipotecarios”. En Italia, el artículo 813 CC-IT establece que “salvo che dalla legge risulti diversamente, le

---

disposizioni concernenti i beni immobili si applicano anche ai diritti reali che hanno per oggetto beni immobili e alle azioni relative; le disposizioni concernenti i beni mobili si applicano a tutti gli altri diritti”. Como vemos, el dictado del CC-IT en este aspecto es algo más elaborado que el del CC español ya que no llegan a identificarse, al menos en una primera lectura, los bienes muebles con los derechos, sino que se limita a decir que serán aplicables las disposiciones relativas a los bienes muebles. No obstante, la interpretación de la doctrina italiana a este respecto no ha sido uniforme, existiendo notables discrepancias entre quienes defienden una interpretación del artículo 810 CC-IT que comprende no sólo los bienes materiales, sino también los inmateriales (BIONDI, GAMBARO) y quienes la niegan, incluso de manera categórica (GALGANO).

Este debate no sólo tiene que ver con la interpretación de normas nacionales, sino también europeas. Interesa traer a colación en este sentido el DCFR que, si bien no ha pasado de ser una propuesta meramente académica, concentra el llamado *acquis communautaire*. Este texto así como sus explicaciones vuelven a poner de manifiesto la enorme cercanía existente entre los bienes en sentido jurídico y el derecho de propiedad, pues el texto habla de *property*, debiendo entenderse por *property* “anything which can be owned: it may be movable or immovable, corporeal or incorporeal”<sup>298</sup>. Parece, pues, que también a nivel europeo debemos admitir la existencia de bienes incorporeales, entendiendo por tales todos aquellos que no tienen una existencia física, sea en forma líquida, sólida o gaseosa<sup>299</sup>. Cuando se usa el término *goods*, se hace en referencia, en cambio, a los bienes muebles corporales<sup>300</sup>.

Si bien ha pasado a nuestros vigentes códigos la identificación entre derechos y bienes inmateriales, debe tenerse presente que ésta parte de una confusión entre los bienes en cuanto que objeto del derecho de propiedad y el derecho de propiedad

---

<sup>298</sup> VON BAR *et. al.* (2008, 563), voz “property”.

<sup>299</sup> VON BAR *et. al.* (2008, 556), voz “incorporeal”. Repárese en que la definición de bienes incorporeales que se propone en este texto difiere del matiz que hemos propuesto respecto de la distinción entre materialidad y corporalidad, según la cual la corporalidad quedaría asociada únicamente al estado sólido.

<sup>300</sup> VON BAR *et. al.* (2008, 555), voz “goods”. Sin embargo, el término “movables” redirige de nuevo a cualquier forma de propiedad sobre entes corporales o incorporeales

---

mismo. El Derecho romano clásico no distinguió adecuadamente uno y otro plano y se refirió a las res corporales para hacer referencia al derecho de propiedad sobre la cosa y a las res incorporeales para referirse a los derechos reales sobre cosas ajenas y derechos de crédito. Esta confusión de planos ha pasado a los artículos que hemos comentado sin una crítica excesivamente sonora por parte de la doctrina italiana o española. Pueden encontrarse, sin embargo, algunas críticas como la de MANRESA (1898, 10), quien considera que “sin género de duda, el derecho no es una cosa, sino una relación” o CASTÁN (2008, 550), cuyas reflexiones transcribimos a continuación por lo certero de su juicio al respecto de esta materia:

“La doctrina alemana y el Código de su país (§ 90) han suprimido la categoría de cosas incorporeales, sustituyéndola por la concepción de los derechos sobre derechos. Una segunda posición, muy moderna, admite dicha categoría de las cosas incorporeales, pero sólo para designar los llamados bienes inmateriales, como las obras del ingenio o el nombre civil comercial. Una tercera posición, que es la clásica y del derecho romano, considera con criterio más amplio, como cosas incorporeales los derechos, a excepción del derecho de propiedad.

Científicamente nos parece más ventajosa la segunda de estas posiciones. Pero en nuestro Código civil perdura todavía la tercera (véase arts. 334, n.º 10, y 336, así como el artículo 1464, que habla expresamente de bienes incorporeales, y el epígrafe del cap. VII, tít. IV, lib. IV, que habla de derechos incorporeales), y hay que aceptarla, por consiguiente, como construcción positiva de la ley, aunque reconociendo que está basada en una confusión entre la idea de cosas y la idea de derechos.”

Resultan particularmente relevantes de cara a la confusión entre la idea de cosas y la idea de derechos las reflexiones de RUGGIERO citadas por CASTÁN (2008, 550, nota 939). Para este autor “la concepción romana de los derechos como cosas incorporeales tiene como base la confusión que del derecho de propiedad se hace con la cosa objeto del dominio y el derecho mismo; se confunde el derecho de propiedad con la cosa cuando se afirma *res mea est*, ya que en lugar de nombrar el derecho de propiedad nombran la cosa. Y como en el patrimonio se incluyen también otros derechos, como los que recaen sobre cosas ajenas, y los de crédito, los cuales no

---

tienen consistencia material, se llaman estos derechos res incorporalis, como el derecho de propiedad identificado con la cosa se llama res corporalis. Como se ve, hay aquí una confusión entre la clasificación de las cosas y las partes constitutivas del patrimonio; son tratados en común las cosas (corporales) y los derechos, es decir, entidades heterogéneas.”

Si aceptamos que las cosas y los bienes (entendiendo que entre uno y otro término existe una relación de género / especie por mucho que se usen de manera indistinta en el Código civil tanto italiano como español<sup>301</sup>) son entes naturales (o metajurídicos) con relevancia jurídica podremos comprender que efectivamente existe una confusión entre las cosas (corporales o incorporales) y los derechos. Hay quien ha defendido que la distinción entre bienes y cosas debe ser que el primer concepto admite la categoría de los bienes inmateriales, mientras que el segundo no. Se trata de un análisis, entendemos, errado, que parte de la comparación entre el término utilizado en los ordenamientos que siguen la influencia del Code Napoléon y hablan de bienes (como es el caso de España e Italia) y aquellos otros que siguen la influencia del BGB y hablan de cosas, restringiendo en este caso el término a las entidades corporales. El primer error de esta afirmación parte de no tener en cuenta que cada ordenamiento debe interpretarse desde sus propias normas como un conjunto coherente y completo. Por tanto, para entender el concepto jurídico de bienes en Italia o España no podemos echar mano de la norma que los define en Alemania. Cuestión distinta es que utilicemos esta norma para comparar cómo funcionan uno y otro sistema. Pero afirmar que el término “bienes” comprende entidades corporales e incorporales mientras que el término “cosas” comprende sólo las corporales no tiene apoyo en una norma ni en Italia ni en España, ya que ni uno ni otro ordenamiento definen qué deba entenderse por “cosas”, y el significado de este término no debe venir de una norma extranjera sino que debe buscarse en el propio ordenamiento, entendido (insistimos) como un conjunto completo y coherente.

Interesa detenernos igualmente en la figura de los “derechos sobre derechos”. De nuevo, tiene sentido que aquellos ordenamientos que no contemplan la existencia de

---

<sup>301</sup> En este sentido, ALLARA (1984, 8-9).



---

cosas incorpóreas busquen figuras alternativas que permitan resolver los problemas a los que hace frente el reconocimiento jurídico de las cosas incorpóreas. Sin embargo, en ordenamientos que sí reconocen la existencia de cosas incorpóreas la figura de los “derechos sobre derechos” no debe ser interpretada como sustitutivo de las cosas incorpóreas o bienes inmateriales. Por otra parte, la existencia de “derechos sobre derechos” nos permite explicar la diferencia entre un derecho entendido como tal y un derecho entendido como bien inmaterial. Para ello se hace preciso recordar, en primer lugar, que los bienes no son realidades jurídicas, sino realidades metajurídicas “con relevancia jurídica” que actúan como centro de imputación normativa u obligacional del mismo modo que ocurre con las actividades (a través de la categoría jurídica de los servicios). ¿Puede un derecho entenderse como un bien inmaterial? Sí, pero eso no significa que exista una identificación plena entre bienes inmateriales y derechos. Un derecho puede actuar como tal derecho cuando permite a su titular ejercer el conjunto de facultades que le confiere. En cambio, puede igualmente actuar como bien inmaterial, precisamente, cuando se crean derechos sobre ese derecho, pues ante esa situación el derecho en cuestión no es ya un conjunto de facultades conferidas a un titular, sino un centro de imputación jurídica, es decir, un objeto sobre el que recae otro derecho<sup>302</sup>.

Este criterio sirve asimismo para tratar la consideración de los derechos como bienes inmateriales. Si bien la doctrina tanto italiana como española ha afirmado que los derechos son bienes inmateriales, debemos precisar que esto no siempre será así. Los derechos son, como ya hemos dicho, realidades jurídicas referidas al haz de facultades de que dispone un sujeto en relación con un determinado bien o actividad. Son bienes inmateriales sólo en la medida en que actúan no como tales derechos sino como centros de imputación jurídica cuando, por ejemplo, se constituye un

---

<sup>302</sup> En este sentido, SPANGA (2015, 75): “i casi in cui il diritto è mero oggetto di trasferimento contrattuale. La situazione giuridica diventa oggetto di altro diritto, e quindi bene, nel momento in cui il suo esercizio è finalizzato al conseguimento di un interesse ulteriore e diverso autonomamente tutelato”, trayendo a colación ejemplos como la SCC de 13 de septiembre de 2007 (n. 19161), que considera bien en sentido jurídico la cuota de participación en una sociedad. *Vid.* también BIONDI (1956, 29): “solo limitando il diritto soggettivo all’ambito dei diritti reali e concependolo quindi come potere su di una cosa si può trovare assurdo un diritto sopra un diritto”; y BIONDI (1956, 35): “In generale, un diritto può formare oggetto di altro diritto, qualora possa considerarsi come bene”. Esta afirmación redundante en la distinción entre los derechos como relación (MANRESA, 1898, 10) y los derechos como bienes inmateriales, cuando actúan como centro de imputación jurídica.

---

derecho sobre otro derecho. Respecto de la confusión que genera la consideración de los derechos como bienes incorporeales derivada de la confusión de planos de la que parte (realidades metajurídicas con relevancia jurídica u objeto sobre el que recaen los derechos – bienes – mezcladas con realidades jurídicas, es decir, derechos<sup>303</sup>) se pronunció BIONDI (1956, 27) de forma muy clara, situando el origen de la confusión en el Derecho romano, que identifica el derecho de propiedad con la misma cosa sobre la que recae: “quando diciamo che il fondo è cosa corporale e l’usufrutto incorporale ci riferiamo al diritto piuttosto che alla cosa. In realtà se consideriamo la cosa su cui cade il diritto, è cosa corporale il fondo su cui cade sia la proprietà che l’usufrutto; se invece consideriamo il diritto, tutti i diritti sono incorporali, ossia tanto il diritto di proprietà che l’usufrutto. La incoerenza deriva dal fatto che i romani indicano la cosa per designare il diritto di proprietà...”. Este autor, finalmente acaba conviniendo en que atendiendo a la letra del artículo 813 CC-IT, debe interpretarse que los derechos son cosas<sup>304</sup>.

Son bienes inmateriales no solamente los derechos (*ex arts. 336 CC-ESP u 813 CC-IT*) cuando pueden actuar como centro de imputación jurídica (*vid. infra*), sino toda una serie de entidades que no pueden percibirse sino intelectualmente<sup>305</sup>. Estas creaciones intelectuales necesariamente tienen que ser utilizadas a través de su exteriorización material; en otras palabras, no es posible extraer utilidad de las mismas si no es extrayéndola a través del uso del soporte material en que quedan insertas (ASCARELLI, 1970, 281). Pese a la inexorable unión existente entre los bienes inmateriales como tales (*corpus mysticum*) y el soporte al que quedan adheridos (*corpus mechanicum*), no cabe duda de que estamos hablando de bienes, ya que son cosas (inmateriales) jurídicamente relevantes en la medida en que son útiles al ser humano y sobre éstas pueden constituirse derechos (*cf. arts. 810 CC-IT y 333 CC-ESP*<sup>306</sup>). La doctrina no es uniforme respecto de los bienes inmateriales, ni

---

<sup>303</sup> MANRESA Y NAVARRO (1898, 10) es muy claro respecto de la distinción entre bienes y derechos cuando afirma que “sin género de duda, el derecho no es una cosa, sino una relación”.

<sup>304</sup> En igual sentido, CASTÁN (2008, 550) (*vid. supra*).

<sup>305</sup> BIONDI (1956, 63). CASTÁN (2008, 548) habla de aquellas entidades que pueden percibirse “con los ojos de la mente”.

<sup>306</sup> Ya hemos hablando anteriormente acerca de la diferencia en el contenido de uno y otro artículo (*vid. apdo 4.4.3*).

---

acerca de su cabida en el ordenamiento en cuanto que categoría jurídica, ni acerca de qué entidades constituyan este grupo particular de bienes<sup>307</sup>.

Cuando hablamos de bienes inmateriales hacemos referencia a las creaciones u obras del ingenio, individualizadas y tuteladas por el ordenamiento jurídico en tanto que centro de imputación jurídica u “objeto de derechos”, cuya utilidad se contrapone a la cosa material o soporte en que se ha materializado (ASCARELLI, 1970, 287)<sup>308</sup>. Este término, acuñado en la doctrina italiana (opere dell’ingegno) nos permite hablar en general de todas aquellas creaciones intelectuales<sup>309</sup> con relevancia jurídica independientemente del régimen por el cual deban quedar protegidas. No es objeto de este trabajo realizar un repaso del régimen jurídico de este tipo de bienes en los ordenamientos español e italiano, ni siquiera europeo. Tal materia ocuparía, como de hecho ocurre, un estudio propio. Pretendemos tratar la existencia de los bienes inmateriales como categoría jurídica como paso necesario para describir adecuadamente los bienes informáticos o bienes digitales. Nos interesa, por tanto, la categoría de los bienes inmateriales en cuanto tal, sin perjuicio

---

<sup>307</sup> Por citar algunos ejemplos en la doctrina italiana, mientras que GALGANO o PUGLIATTI niegan que se trate de bienes, ASCARELLI o BIONDI admiten esta categoría, si bien dotándola de un contenido distinto.

<sup>308</sup> Entiende también ASCARELLI las energías como bienes inmateriales, si bien aboga por una concepción restringida de los bienes inmateriales y un tratamiento separado de los problemas relativos a los derechos sobre derechos y la apropiabilidad de las energías (*vid.* sobre las energías como bienes inmateriales BIONDI, 1956, 36-42). Las energías, sin embargo, son materiales aunque incorporeales. Pese a todo es comprensible que uno y otro término se usen de manera indistinta.

<sup>309</sup> ASCARELLI (1970, 285) distingue entre creación intelectual y bien inmaterial, afirmando que es posible que a una misma creación intelectual correspondan varios bienes inmateriales. Esta postura es coherente con aquella que identifica los bienes con las utilidades que de éstos pueden extraerse. Se trata, como ya hemos afirmado, de una confusión (*vid. supra* apdo. 4.4.5), pues si los bienes son todas aquellas cosas de las cuales puede extraerse una utilidad, no deben identificarse los bienes con la utilidad extraída de éstos, en cuanto que cualidad que confiere a determinadas cosas la condición de bienes en sentido jurídico. Por tanto, serán bienes inmateriales todas aquellas creaciones intelectuales (u obras del ingenio) de las que pueda extraerse una utilidad o varias utilidades, sin que por ello dejen de ser un solo bien inmaterial. La constitución de derechos reales limitados sobre un bien favorece el progreso económico al permitir que sujetos distintos extraigan utilidades diversas del mismo bien, lo cual se observa especialmente en el caso de los bienes inmateriales (ASCARELLI, 1970, 285). Si respecto de las distintas utilidades se constituyen distintos derechos, y éstos a su vez circulan en el tráfico jurídico puede crearse la falsa imagen de que sobre una misma cosa se constituyen distintos bienes. Cuando los derechos circulan lo hacen porque sobre éstos se constituyen otros derechos (ej, compraventa de una licencia de uso), pero la cosificación de este derecho convertido en bien inmaterial objeto de tráfico jurídico no implica que el bien objeto de la licencia de uso deje de ser uno solo.

---

de la específica regulación a que se sometan salvo en la medida en que ésta sirva para apoyar o matizar nuestras afirmaciones.

En cuanto que bienes, no cabe duda de su utilidad o valor económico tal como hemos descrito esta cualidad al hablar de los bienes en general. Sin embargo, debemos precisar que su delimitación o individualización sólo puede tener lugar en un sentido racional y no físico, por razones evidentes. Constituye una afirmación común entender, además, que la individualización de los bienes inmateriales es, además, constitutiva de los mismos; a diferencia de la individualización de los bienes corporales o incluso de las energías, que es declarativa<sup>310</sup> (ASCARELLI, 1970, 283). En otras palabras, se afirma que los bienes inmateriales no existen en la realidad prenORMATIVA, sino que son un acto de constitución jurídica ad hoc desde el momento en que una norma les reconoce como tales y sólo en la medida en que lo hace dicha norma. Los bienes corporales, en cambio, existirían en la realidad prenORMATIVA, y el Derecho se limitaría a reconocer o declarar su existencia. Esta afirmación tiene sentido si recordamos que los bienes muebles corporales son el paradigma a partir del cual se construye toda la teoría jurídica de los bienes; que no es sino una proyección jurídica de las cualidades naturales percibidas en éstos en tanto que son útiles para su descripción. Nos aventuramos a introducir un matiz a esta postura: los bienes inmateriales son cosas inmateriales que pueden ser potencialmente objeto de derechos (*cf.* art. 810 CC-IT). Estas cosas inmateriales son perceptibles con los “ojos de la mente”, y adquieren relevancia jurídica en la medida en que pueden ser centro de imputación jurídica. Para que puedan ser centro de imputación jurídica es necesario que una norma configure y delimite en qué medida pueden serlo. Pero, ¿no ocurre acaso igual con los bienes corporales? Son las normas jurídicas las que configuran y delimitan los derechos que pueden recaer sobre éstos y las que los describen (*cf.* arts. 334 y 335 CC-ESP, y art. 811 CC-IT, sobre los bienes muebles e inmuebles). ¿Por qué se afirma entonces que la individualización de los bienes inmateriales es, precisamente, la que da lugar a su existencia y que, en cambio, la individualización de los bienes materiales

---

<sup>310</sup> ASCARELLI (1970, 319): “así como frente a las cosas materiales y a las energías el Derecho se limita a tomar nota de una realidad pre-jurídica, en relación con los bienes inmateriales regula normativamente el propio supuesto de hecho constitutivo del bien”.

---

simplemente reconoce jurídicamente la naturaleza prenormativa? Quizás nos encontremos, nuevamente, ante una confusión de planos. Las cosas inmateriales existen en la realidad racional, en el “mundo de las ideas” si queremos; y es el Derecho el que identifica y delimita algunas de estas cosas como bienes al permitir que sean objeto de derechos de la misma forma que identifica y delimita los elementos de la realidad material (las cosas materiales) que del mismo modo pueden ser objeto de derechos, confiriéndoles a unas y otras la cualidad de bienes en sentido jurídico. Por tanto, podríamos decir que la individualización es siempre “declarativa” respecto de la existencia de cosas (sean éstas materiales o inmateriales) y “constitutiva” de bienes en sentido jurídico (sean éstos materiales o inmateriales).

Hemos definido, siguiendo a ASCARELLI, los bienes inmateriales como aquellas creaciones intelectuales individualizadas y tuteladas por el ordenamiento jurídico en tanto que centro de imputación jurídica u objeto de derechos. Aporta este autor una distinción interesante entre “creación intelectual, creación intelectual tutelable y creación intelectual tutelada”. La distinción es interesante porque invita a plantearse la existencia de “bienes inmateriales de nadie” (res nullius). Hemos dicho que son bienes todas aquellas cosas que “pueden ser” objeto de derechos, es decir, también son bienes aquellas cosas que no siendo objeto actual de derechos o centro de imputación jurídica sí lo son en un sentido potencial. ¿Ocurre lo mismo con los bienes inmateriales? En otras palabras, ¿son bienes inmateriales todas aquellas creaciones intelectuales que “pueden ser” objeto de derechos o sólo aquellas que actualmente “son” objeto de derechos, precisamente por el hecho de serlo? La pregunta tiene que ver con una situación normalmente transitoria de los bienes cuando aún no pertenecen a nadie pero existen como tales (res nullius), y se relaciona con la afirmación anteriormente tratada acerca de si la individualización de los bienes inmateriales es declarativa o constitutiva. Ya hemos dicho que la existencia de los bienes inmateriales tiene que ver por una parte con su existencia en la realidad inmaterial en cuanto que cosas inmateriales y, por otra, con el reconocimiento jurídico de su valor económico, que los configura como bienes. En este caso es importante ante qué tipo de bien inmaterial nos encontramos y qué régimen jurídico lo protege. Si nos encontramos ante una obra del ingenio protegida por el régimen de propiedad intelectual, no será jurídicamente posible que pueda ser

---

considerada como *res nullius* ya que los artículos 1 TRLPI<sup>311</sup> y 6 de la Legge sul diritto d'autore<sup>312</sup> atribuyen la titularidad al creador de la obra de propiedad intelectual por el mero hecho de su creación. Algo diferente ocurre con las invenciones patentables que son utilizadas por las empresas como conocimientos secretos, pues en este caso sí podríamos hablar de *res nullius* ya que cualquiera que desarrollara lícitamente la misma invención podría patentarla, apropiándose de ella<sup>313</sup>.

Igualmente interesantes son las reflexiones de ASCARELLI acerca de la autonomía jurídica de los signos distintivos en tanto que bienes inmateriales. De nuevo, sin perjuicio de la normativa que a ellos se refiere (pues nos adentraríamos nuevamente en un terreno cuya complejidad requiere de un tratamiento separado), compartimos la opinión de este autor acerca de que también los signos distintivos son bienes inmateriales. Ciertamente es que respecto de éstos no es tan importante la originalidad subjetiva (propiedad intelectual) u objetiva (propiedad industrial); pero no lo es menos que son tan “obra del ingenio” como cualquier otra. Esto lleva a reflexionar acerca de la originalidad como cualidad “esencial” de los bienes inmateriales, precisamente, para negar que sea así. No sólo porque el concepto y el grado de originalidad necesario varíe en función del tipo de bien inmaterial, sino porque la información en cuanto tal es tan inmaterial como cualquier creación intelectual y carece por completo de originalidad (al igual que ocurre, por ejemplo, con aquellos signos distintivos que se limitan meramente a denominar una marca). La consideración de la información como bien en sentido jurídico constituye en la actualidad un elemento clave de la economía digital ya que cuando ésta es digitalizada (es decir, recogida en forma de datos) es un posible objeto de tráfico jurídico cuyas posibilidades económicas empiezan hoy a descubrirse (*vid. infra*).

---

<sup>311</sup> Art. 1 TRLPI: “La propiedad intelectual de una obra literaria, artística o científica corresponde al autor por el solo hecho de su creación”.

<sup>312</sup> Art. 6 Legge n. 633 di 22 aprile 1941: “Il titolo originario dell’acquisto del diritto di autore è costituito dalla creazione dell’opera, quale particolare espressione del lavoro intellettuale”.

<sup>313</sup> Esta afirmación debe entenderse sin perjuicio de las normas de protección del secreto comercial (arts. 39 Acuerdo ADPIC, 2598 CC-IT, 99 CPI y 13 LCD). Señala ASCARELLI (1970, 330) que la creación/exteriorización no es el único hecho constitutivo del bien inmaterial sino que, en el caso de los signos distintivos, que nacen a ojos del Derecho con su circulación o uso públicos.

---

#### 4.5.3. La electricidad entendida como bien

Según el artículo 814 del CC-IT se consideran bienes las energías naturales en la medida en que tengan valor económico<sup>314</sup>. El valor económico debe entenderse en un sentido amplio como sinónimo de utilidad, lo cual dependerá a su vez de los medios tecnológicos disponibles en cada momento. Así, a mayor oferta de medios tecnológicos que permitan aprovechar y utilizar determinadas energías, mayor será la cantidad o variedad de energías naturales que tendrán valor económico y, por tanto, serán dignas de ser consideradas bienes acorde con lo establecido en el artículo 814 CC-IT. No será posible, en cambio, afirmar que una determinada energía tiene valor económico si ésta no puede quedar sometida al dominio humano (RUPERTO, 2012, 9), lo cual dependerá, nuevamente, de los medios tecnológicos disponibles en cada momento.

Retomando el matiz que anteriormente hemos tratado, cabe señalar que las energías naturales son bienes materiales en tanto que tangibles o perceptibles por nuestros sentidos (pensemos, por ejemplo, en el chispazo producido por un cable de la electricidad). En cambio, no son bienes corporales al no estar dotados de consistencia o cuerpo<sup>315</sup>. Ello implica que la sujeción al dominio humano (y por tanto, la posibilidad de “poseer” dichas energías) estará supeditada a la posesión o utilización de los medios tecnológicos que permitan su aprovechamiento; a diferencia de lo que ocurre con los bienes corporales, susceptibles de posesión independientemente de la posesión de determinados medios tecnológicos para su aprovechamiento. La energía eléctrica, ejemplo paradigmático del artículo 814 CC-IT es equiparable al fluido de un torrente de agua. Esta situación puede inducir a confusión respecto de la consideración jurídica de las energías como bienes.

---

<sup>314</sup> ALLARA (1984, 17) pone de manifiesto el matiz introducido en este artículo, que dice que las energías “se consideran” bienes, no que “son” bienes.

<sup>315</sup> BIONDI (1956, 22): “l’acqua fluente, il gas o la corrente elettrica che socorre in ujna determinata conduttura sono sempre cose materiali, nonostante la continua mobilità ed il variare della entità corporea”.

---

La Sentencia de la Corte di Cassazione n. 24182, de 30 de diciembre de 2004, establece, en un caso de suministro de energía eléctrica, la imposibilidad de ejercitar acción posesoria por parte del usuario como respuesta jurídica ante el corte de suministro de energía eléctrica por parte de Enel al superar una determinada potencia. Enel redujo indebidamente la potencia eléctrica del usuario al colocar un limitador de potencia sin previo aviso, provocando la imposibilidad de usar electrodomésticos. La Corte admite que ello podría ser constitutivo de responsabilidad contractual; sin embargo, al no reiterar la parte recurrente tal argumentación entiende la Corte que se renuncia tácitamente a la misma *ex art. 346 CPC*<sup>316</sup>. La argumentación del usuario (demandante) se apoya en que según el artículo 814 CC-IT las energías se consideran bienes muebles y por tanto susceptibles de posesión (art. 1140 CC-IT), añadiendo que si la energía eléctrica se considera objeto de propiedad como ocurre a través del delito de hurto de energía eléctrica (art. 624 CP-IT) debe ser también susceptible de posesión. La Corte rechaza de plano el argumento, manteniendo el criterio que ya fijara en 1993<sup>317</sup>, que establece que la interrupción de la energía en curso no comporta espolio en la medida en que la energía ya ha sido consumida por el usuario y que tampoco puede hablarse de espolio de la energía aún por suministrar (potencia asegurada), ya que ésta no puede ser objeto de posesión actual sino que existe una potencial disponibilidad realizable a través de la colaboración con el ente suministrador. Existe, por tanto, según la Corte, una obligación contractual del ente suministrador de permitir al usuario la utilización de la energía eléctrica en la cantidad convenida (potencia asegurada), pero no una situación posesoria por parte del usuario ya que no se trata de un “bien real”, ni sería tampoco, por tanto, encuadrable la situación en el tipo penal referido al hurto de energía eléctrica.

Este caso nos invita a valorar tres aspectos interesantes en relación con la energía eléctrica: la consideración de la electricidad como bien en sentido jurídico, la relación existente entre la electricidad entendida como bien y el contrato de suministro como canal principal a través del cual ésta es comercializada y

---

<sup>316</sup> Art. 346 CPC: “Le domande e le eccezioni non accolte nella sentenza di primo grado, che non sono espresamente riproposte in appello, si intendono rinunciate”.

<sup>317</sup> SCC de 3 de septiembre de 1993, sec. II, n. 9312.



---

aprovechada; y, derivado de estas dos primeras cuestiones, la aptitud de la electricidad para ser objeto de propiedad y de posesión.

En primer lugar, la expresión de la Corte de que no se trata de un “bien real” no parece acertada, más aún cuando el artículo 814 CC-IT establece que se consideran bienes las energías naturales que tienen valor económico pensando, principalmente, en la energía eléctrica. Cuestión distinta es que se trata de un bien incontable como puede ocurrir con el agua o el gas cuando no se encuentran envasados. En este caso, la distinción gramatical es importante a efectos jurídicos: hablamos de un libro o una mesa (bienes contables), mientras que para referirnos al agua o la electricidad (bienes incontables) usamos unidades de medida como el litro (agua) o el vatio (potencia eléctrica). Debemos tener presente que las energías son bienes incontables (desde un punto de vista gramatical), y que, como ya hemos dicho, su posesión no es inmediata sino que depende de la posesión de los medios tecnológicos para su aprovechamiento económico<sup>318</sup>. Sin embargo, el hecho de que no sean susceptibles de posesión inmediata dadas sus características no implica que no sean “bienes reales”. Esta consideración de la Corte choca frontalmente con el contenido claro del artículo 814 CC-IT.

Por otra parte, no debe confundirse la consideración jurídica de la energía eléctrica como bien con el contrato a través del cual ésta es objeto de disfrute y aprovechamiento (normalmente, como es el caso, a través de contrato de suministro de energía eléctrica). A través del contrato de suministro la parte suministradora se obliga a hacer entrega a la parte suministrada de prestaciones<sup>319</sup> periódicas o continuadas. En caso de interrupción del suministro, el suministrado deberá ejercitar acción de cumplimiento del contrato de suministro, como también ocurre en el caso tratado por la Corte di Cassazione que comentamos. El problema no reside, por tanto, en la consideración jurídica respecto del objeto del contrato (la energía eléctrica, que es un bien en sentido jurídico como establece el artículo 814 CC-IT), sino que se trata de un problema relativo al objeto del contrato, pues el objeto del

---

<sup>318</sup> El instrumento tecnológico de aprovechamiento más simple es un envase. Precisamente, la Directiva 2011/83/UE, considera bienes muebles el agua, el gas y la electricidad envasados. De esto nos ocuparemos seguidamente.

<sup>319</sup> El término “prestaciones” se usa en un sentido genérico, abarcando tanto bienes como servicios, si bien la doctrina y la jurisprudencia han restringido la aplicación al suministro de bienes.

---

contrato de suministro es la entrega periódica o continuada (dependiendo de la naturaleza contable o incontable del bien objeto de tráfico jurídico a través de este contrato) de una prestación y por tanto lo que puede reclamar la parte acreedora de dicha prestación es justamente esta entrega según las condiciones establecidas en el contrato. En la medida en que el contrato de suministro no tiene por objeto del contrato la posesión ni la propiedad de los bienes suministrados sino su entrega periódica o continuada, el incumplimiento del contrato de suministro dará lugar a una acción de cumplimiento del contrato.

Por otra parte, el goce o aprovechamiento inmediato de la energía eléctrica una vez que entra en la esfera de control del suministrado y el hecho de que se trate de una mera expectativa de entrega mientras esto no ocurre hace que la situación posesoria, la condición de propietario de la energía en uso del suministrado y el aprovechamiento de esta energía se confundan al no existir separación temporal entre estos tres momentos. Explicaremos, a continuación, de manera breve, la figura del contrato de suministro de bienes contables en España e Italia en la medida en que ello nos permite analizar de forma separada los aspectos relativos a la posesión, la propiedad y el aprovechamiento de bienes a través del contrato de suministro. Seguidamente podremos aplicar estas reflexiones al suministro de energía eléctrica.

El contrato de suministro se considera, tanto en Italia como en España, un contrato afín a la compraventa. Sin embargo, existe una aparente divergencia entre el ordenamiento español y el ordenamiento italiano que exige una breve incursión en los contratos de suministro y compraventa tanto en España como en Italia. Debe quedar claro, no obstante, que pese a la estrecha relación entre los bienes en sentido jurídico y el derecho de propiedad, no es éste último la única forma de aprovechamiento económico de los mismos, lo que implica que es posible y, más aún, frecuente, que contratos que tienen por objeto de tráfico bienes tengan que ver con su uso o su acceso más que con la transferencia del derecho de propiedad sobre el bien<sup>320</sup>.

---

<sup>320</sup> *Vid. supra* apdo. 1.5 sobre el desarrollo de la cultura del acceso y de los contratos de servicios en la economía digital.

---

La transferencia de la propiedad funciona de manera distinta en España e Italia, ya que mientras que Italia sigue un modelo consensualista (art. 1376 CC-IT), en España se sigue la teoría del título y el modo (art. 609 CC-ESP). Para entender la diferencia de funcionamiento de uno y otro ordenamiento basta con analizar los artículos 1376 y 1470 CC-IT y 609 y 1445 CC-ESP respectivamente. En Italia, el contrato de compraventa tiene efectos reales, es decir, la propiedad se transfiere del comprador al vendedor por efecto del mero consentimiento *ex art. 1376 CC-IT*<sup>321</sup>. No en vano, el objeto del contrato de compraventa en Italia es la transferencia de la propiedad de una cosa u otro derecho a cambio de un precio (art. 1470 CC-IT<sup>322</sup>). Doctrinalmente se reconoce la figura de la “venta obligatoria” (*vid. GALGANO, 2015, 696-704*), asociada a cuatro supuestos: (1) la venta de cosas genéricas, (2) venta de cosas futuras, (3) venta de cosa ajena y (4) venta a plazos con reserva de la propiedad. Se entiende por venta obligatoria aquella venta en la cual la transferencia de la propiedad no es un efecto inmediato del contrato, quedando el vendedor obligado a hacer que el comprador adquiriera la propiedad del bien (GALGANO, 2015, 606). Esta figura no debe inducir a confusión. El sistema de transferencia de la propiedad continúa siendo consensualista, si bien dicha transferencia tiene lugar de manera retardada: en el caso de venta de cosa genérica, la propiedad de ésta quedará transferida al comprador en el momento de individualización de la cosa; en la venta de cosa futura, cuando la cosa llegue a existir; en la venta de cosa ajena, cuando el vendedor llegue a ser propietario de la cosa vendida, momento en el que automáticamente pasa a ser propietario el comprador (art. 1478.2 CC-IT); y en el momento de venta a plazos con reserva de la propiedad, cuando se produce el último pago por parte del comprador. En ninguno de los casos señalados se produce una quiebra del modelo consensualista, pues la transferencia de la propiedad sólo necesita de la existencia del contrato (“título”, visto desde la óptica del artículo 609 CC-ESP), sin que sea necesario nada más, y ello sin perjuicio de que dicha transferencia tenga lugar en un momento posterior por diversas circunstancias. En

---

<sup>321</sup> Art. 1376 CC-IT: “Nei contratti che hanno per oggetto il trasferimento della proprietà di una cosa determinata, la costituzione o il trasferimento di un diritto reale ovvero il trasferimento di un altro diritto, la proprietà o il diritto si trasmettono e si acquistano per effetto del consenso delle parti legittimamente manifestato.”

<sup>322</sup> Art. 1470 CC-IT: “La vendita è il contratto che ha per oggetto il trasferimento della proprietà di una cosa o il trasferimento di un altro diritto verso il corrispettivo di un prezzo.”

---

España, en cambio, la transferencia de la propiedad a través de contratos sigue la teoría llamada “del título y el modo” del artículo 609 CC-ESP, según el cual la propiedad y demás derechos reales sobre los bienes se adquieren y transmiten “por consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición”. Este sistema se estructura, pues, en dos pasos: (1) la existencia de un título (un contrato, como puede ser la compraventa) y (2) un modo, es decir, la tradición o entrega del bien, que podrá tener lugar a través de cualquiera de las maneras que recogen los artículos 1462 a 1464 CC-ESP aplicables no sólo al contrato de compraventa sino, de forma supletoria, a cualquier contrato que comporte la obligación de entrega de bienes por analogía. Según el artículo 1445 CC-ESP, “por el contrato de compra y venta uno de los contratantes se obliga a entregar una cosa determinada y el otro a pagar por ella un precio cierto, en dinero o signo que lo represente”. Resulta evidente el contraste con el artículo 1476 CC-IT, pues mientras que según éste último el objeto del contrato de compraventa es la transferencia de la propiedad de la cosa, según el artículo 1445 CC-ESP, el objeto del contrato de compraventa es la entrega de la cosa. Ciertamente es que por aplicación, del artículo 609 CC-ESP tendrá lugar la transferencia de la propiedad al existir un contrato o título y producirse el modo (tradición o entrega), pero tendrá lugar de manera mediata y no automática como ocurre en el caso italiano.

¿Cómo se traduce esto en el caso de un contrato de suministro? El contrato de suministro se considera, tanto en Italia como en España, un contrato “afín a la compraventa” (GALGANO, 2015, 712). Si bien en España es un contrato parcialmente atípico<sup>323</sup>, su uso e incluso el intento de cristalización normativa de esta figura en el PCM (art. 513-1) se fijan la regulación del contrato de suministro en Italia. El artículo 1559 CC-IT define el contrato de suministro como aquél a través del cual una parte se obliga a realizar prestaciones periódicas o continuadas de cosas a cambio de un precio. La proximidad del contrato de suministro con el contrato de

---

<sup>323</sup> Existe regulación del contrato de suministro en el TRLCSP (art. 9), y se lo menciona en algunos textos como el TRLGDCU, pero no goza de una regulación de sus características básicas. Por esta razón, siguiendo a BERCOVITZ (2013, 118), que entiende que son contratos típicos los que cuentan con una regulación sustancial en las leyes, entendemos que el contrato de suministro en España es nominado (al mencionarse en varios textos normativos), pero parcialmente atípico ya que goza de una regulación básica sólo en el sector de la contratación pública.

---

compraventa tiene que ver con la obligación de entrega o la transferencia de la propiedad de la cosa; sin embargo se trata de una figura autónoma<sup>324</sup>. GALGANO sitúa el contrato de suministro en el campo de la llamada “venta obligatoria”. Ya hemos visto como esta figura no supone una quiebra del principio consensualista que rige la transmisión de la propiedad a través de contratos en el ordenamiento italiano. Dado que el contrato de suministro comporta una relación de carácter duradero (contrato marco) que se materializa en concretos pedidos atendiendo a las condiciones fijadas al inicio de la relación jurídica (en el contrato marco de suministro), podemos entender que si hemos de asociar el contrato de suministro a alguno de los ejemplos que recoge GALGANO como de venta obligatoria el más próximo es la venta de cosa genérica. Admitida esta proximidad y sin negar, como también reconoce el autor, la autonomía de la figura del contrato de suministro, podemos decir que cuando se individualiza el pedido concreto que será entregado en el marco de la relación contractual entre suministrador y suministrado, el segundo se convierte automáticamente en propietario, sin que deba tener lugar la entrega. En España, en cambio, la individualización de cada entrega en el marco del contrato de suministro no convierte al suministrado en propietario, pues debe tener lugar la entrega (art. 609 CC-ESP). Adquirida la condición de propietario, bien en el momento de individualización de los bienes que serán objeto de entrega (Italia), bien tras la entrega (España), el suministrado podrá ejercitar las acciones de defensa de la propiedad que estime convenientes contra quien lo perturbe en el ejercicio pacífico de la misma. Esta consideración tiene un sentido práctico cuando se trata, como decimos, de bienes contables. El suministro de electricidad es continuo y, por tanto, la individualización, entrega y aprovechamiento son una sola cosa.

Por otra parte, la posesión es una situación de facto que tiene que ver con la tenencia de la cosa y el ejercicio de poder inmediato sobre la misma (art. 430 CC-ESP<sup>325</sup> y art. 1140 CC-IT), contraponiéndose a la propiedad como situación de derecho. Volviendo a la argumentación utilizada por la parte recurrente en la Sentencia de la Corte di Cassazione n. 24182, de 30 de diciembre de 2004, debemos

---

<sup>324</sup> Según GALGANO (2015, 712), “la somministrazione è un tipo a sé stante di contratto che si inquadra nell’ampio schema della vendita obbligatoria”.

<sup>325</sup> Vid. STS de 24 de marzo de 1982 (RJ 2284).

---

preguntarnos si es posible ejercitar acciones posesorias ante la interrupción de un suministro continuo como puede ser el de energía eléctrica (ej., por colocación de un limitador de potencia como ocurre en el caso tratado por la Corte), y ante la interrupción de un suministro periódico (un caso similar en un contrato de suministro periódico podría ser la limitación a X unidades de los bienes objeto de suministro por parte del suministrador). Tanto en caso de suministro periódico como en caso de suministro continuado, no sería posible interponer acciones relativas a la posesión por interrupción del suministro, ya que el suministrado, o bien adquiere la condición de propietario antes incluso que la de poseedor (Italia), o bien adquiere al mismo tiempo la condición de propietario y de poseedor (España). En el caso de un suministro continuado como el de energía eléctrica debemos añadir a esta reflexión la circunstancia ya señalada de que la individualización, la entrega y el aprovechamiento de la energía eléctrica suceden un solo tiempo. Sin embargo, el hecho de que no sea posible interponer acciones relativas a la posesión por parte del suministrado cuando incumple el suministrador total o parcialmente con su obligación de entrega no priva de la condición de “bienes reales” ni a aquellos que son objeto de un contrato de suministro periódico, ni tampoco a aquellos otros que, como ocurre con la electricidad, son objeto de un contrato de suministro continuo.

El artículo 814 CC-IT no tiene correspondiente en el CC español. No obstante, la doctrina española ha admitido desde hace tiempo la consideración de las energías como bienes.

Cuestión distinta respecto de las energías es la consideración como bienes muebles del agua, el gas y la electricidad siempre que se encuentren envasados para su venta en un volumen delimitado o en cantidades determinadas. En este caso, es el continente (es decir, el envase o el volumen delimitado) lo que determina su consideración como bienes muebles, pero no su consideración de energías. En otras palabras, son bienes muebles por estar envasados, no por ser energías. Algo parecido a lo que ocurre, en el caso de la Directiva 2011/83/UE, con los contenidos digitales que se encuentran recogidos en un soporte físico como un CD o un DVD: su continente, su “envase”, determina su condición de bienes muebles a efectos de la Directiva. Por otra parte, debe tenerse en cuenta que estos textos no son aplicables

---

con carácter general (como sí lo es el art. 814 CC-IT), sino que su ámbito de aplicación se encuentra restringido a contratos celebrados con consumidores.

La consideración de las energías como bienes muebles reviste gran importancia en relación con los bienes informáticos, pues todo bien informático igual que todo bien informatizado (que no es lo mismo) tiene un sustrato físico compuesto por pequeños impulsos eléctricos convenientemente canalizados (bits). Se comprenderá, por tanto, la enorme importancia que puede tener la consideración de las energías como bienes de cara a la teoría que proponemos sobre los bienes informáticos, ya no sólo en cuanto a su posible inserción en ordenamientos como el español o el italiano, seguidores del modelo francés de la teoría de los bienes, sino también en ordenamientos seguidores del modelo alemán de la teoría de las cosas si afirmamos que las energías son bienes materiales y fuera posible entender de manera indistinta “materialidad” y “corporalidad”, lo cual no es posible<sup>326</sup>.

#### 4.5.4. La información entendida como bien. Los datos

Cuando hemos hablado sobre la sociedad de la información hemos dicho que lo que la caracteriza, frente al paradigma anterior, es que la información es objeto de tráfico jurídico y tiene valor por sí misma<sup>327</sup>. Como hemos visto en el apartado anterior, una determinada energía (como puede ser, por ejemplo, la electricidad) será considerada un bien en sentido jurídico en la medida en que goce de valor económico, y ello dependerá, a su vez, de los instrumentos tecnológicos disponibles en cada momento. Esta regla también resulta aplicable en el caso de los datos. Hasta tal punto es así, que el desarrollo en la actualidad de determinadas tecnologías de la información como por ejemplo el llamado *big data* hacen que información hasta ahora poco relevante recogida en grandes cantidades (*raw data*) y tratada con estos nuevos “instrumentos tecnológicos” sea susceptible de utilización con objeto de

---

<sup>326</sup> Cfr. ENNECCERUS (1951, 549), que considera que las energías naturales (como por ejemplo la electricidad) no son “cosas” por faltarles la naturaleza de objeto corporal.

<sup>327</sup> SARTOR (2012, 2) resume perfectamente el cambio de la Sociedad Industrial a la Sociedad de la Información cuando dice que “la produzione di merci a mezzo di merci diventa produzione di informazione a mezzo di informazione”.

---

perseguir determinados fines y disponga, por primera vez, de valor económico. Esto nos obliga a reflexionar acerca de una categoría de bienes que podríamos denominar “bienes informacionales”, cuya existencia, si bien no enteramente dependiente de la Revolución Digital, se ha visto considerablemente ampliada a información que aisladamente considerada resulta irrisoria. Ha sido precisamente la Revolución Digital y el desarrollo de medios tecnológicos asociados a ésta lo que ha permitido que dicha información irrisoria goce ahora de valor económico.

No es algo novedoso que una persona pague una determinada cantidad de dinero por averiguar determinada información valiosa acerca de una persona. Múltiples y variopintos son los ejemplos de la información que pretende recabarse cuando se contrata a un detective privado, por ejemplo. Es decir, la información en sentido amplio, o mejor dicho, determinada información, ha gozado y goza de valor económico independientemente de la existencia de la Revolución Digital y los medios tecnológicos asociados a ésta. Lo novedoso de la Revolución Digital es que permite que cualquier información se convierta en información relevante económicamente. No se trata sólo de la tecnología *big data*, si bien ésta constituye un buen ejemplo de cómo información poco relevante puede adquirir un gran valor económico. SHAPIRO y VARIAN (2000, 4) señalan cómo gracias a los motores de búsqueda una determinada información puede superar por completo las barreras del espacio y del tiempo dado que resulta más fácilmente accesible a pesar de estar camuflada entre una gran cantidad de datos de muy variado tipo. No en vano, una de las cualidades características del ciberespacio es el completo desconocimiento de los límites espacio-temporales propios del mundo físico<sup>328</sup>.

La Comisión europea se ha hecho eco del valor de la información recogida en forma de datos al afirmar a principios de 2017 respecto del emergente mercado de intercambio de datos lo siguiente:

For centuries, information has been traded. However, with the availability of information stored in digital form, data trading has drastically increased.

---

<sup>328</sup> Esta superación de las barreras espacio-temporales también ha sido subrayado por autores como CASTELLS o RIFKIN, entre otros (*vid. supra* apdo. 1.3).



---

Examples of well-developed markets for non-personal data are the markets for financial or commodities market data.<sup>329</sup>

...

The market for financial markets data is expected to reach \$ 6, 65 bn (€ 5.94 bn) by 2018 (...) we understand that, on the mentioned market, data is traded often in a processed form as “information” (= data structured and put in context).<sup>330</sup>

Más allá de estimaciones económicas, no cabe duda de que la información desnuda<sup>331</sup> tiene en la actualidad un valor incuestionable cuando queda recogida en formato digital, es decir, en datos. El valor de la información ya no queda restringido en función del tipo de información ya que cualquier dato, incluso aquellos de poca relevancia singularmente considerados, cuando son tratados en masa (*raw data*), adquieren un importante valor económico gracias al paradigma tecnológico actual. Los datos se han convertido en un recurso esencial para el crecimiento económico, la creación de empleo y el progreso social en la medida en que su análisis facilita la optimización de procesos y decisiones, la innovación y la predicción de acontecimientos futuros<sup>332</sup>. Según la Comisión, el valor de la economía de los datos ascendió a los 247000 millones de euros en 2013, llegó a 257000 millones de euros en 2014, aumentó hasta los 285000 millones en 2015<sup>333</sup>, y rozó los 300000 millones de euros en 2016, situándose cerca del 2% del PIB europeo<sup>334</sup>. Entendemos por “economía de los datos”, siguiendo a la Comisión<sup>335</sup> aquél ecosistema en el que diferentes tipos de agentes de mercado colaboran para

---

<sup>329</sup> Commission Staff Working Document, on the free flow of data... *op. cit.*, p. 13.

<sup>330</sup> Commission Staff Working Document, on the free flow of data... *op. cit.*, p. 13, nota 41.

<sup>331</sup> Hablamos de información desnuda por contraposición a aquella otra con valor creativo y originalidad (bien en sentido subjetivo u objetivo) que merece protección a través de las normas de propiedad intelectual o industrial.

<sup>332</sup> Comunicación de la Comisión, La construcción de una economía de los datos... *op. cit.*, p. 2.

<sup>333</sup> Comunicación de la Comisión, La construcción de una economía de los datos... *op. cit.*, p. 2. La cifra coincide con el estudio elaborado IDC y OPEN EVIDENCE titulado European Data Market, que cuantifica el valor de la economía de los datos en 2015 en 285.633 millones de euros (European Data Market..., *op. cit.*, p. 264).

<sup>334</sup> European Data Market..., *op. cit.*, p. 126.

<sup>335</sup> Comunicación de la Comisión, La construcción de una economía de los datos... *op. cit.*, p. 2. Resulta igualmente ilustrativa, desde el punto de vista jurídico, la expresión “*Commercial data law*”, utilizada por BECKER (2017, 253).

---

garantizar que los datos sean accesibles y utilizables, permitiéndoles, de este modo, extraer valor de dichos datos.

Debe realizarse una precisión importante, y es la diferencia entre los datos en general y los datos personales. No se trata de una cuestión de poca importancia, en la medida en que los datos personales gozan de un estatuto jurídico bien definido desde hace tiempo. En la actualidad, se encuentran regulados a través del Reglamento General de Protección de Datos, que resultará aplicable en su totalidad a partir del 25 de mayo de 2018. Sin embargo, como acertadamente se ha ocupado de señalar la Comisión<sup>336</sup> el RGPD brinda un elevado nivel de protección a los datos personales; pero los datos de carácter no personal quedan fuera de su ámbito de aplicación (*vid.* Cons. 26 RGPD). Cuando hablamos de datos con carácter general debemos entender que hacemos referencia tanto a datos personales como a datos no personales. Sin embargo, mientras que los datos personales gozan de una protección y un estatuto jurídico claro, los datos no personales se encuentran aún en un limbo jurídico<sup>337</sup>. La consideración de un dato como personal o no personal depende de si se lo puede vincular con una persona física identificada o identificable (art. 4.1 RGPD), no de su origen. Los datos generados por personas pueden convertirse en datos no personales tras verse sometidos a un proceso de anonimización. La seudonimización<sup>338</sup>, en cambio, no hace perder al dato la condición de dato personal en la medida en que dicho dato puede vincularse con una persona, si bien no identificada, identificable (Cons. 26 RGPD). Por otro lado, los datos generados por máquinas pueden ser indistintamente personales o no personales en función, nuevamente, de que puedan vincularse con una persona física identificada o identificable<sup>339</sup>.

---

<sup>336</sup> Comunicación de la Comisión, La construcción de una economía de los datos... *op. cit.*, p. 6. *Cfr.* en igual sentido la comunicación de la Comisión sobre la revisión intermedia de la EMUDE (COMISIÓN, 2017, 12).

<sup>337</sup> BECKER (2017, 253): "Rights in data, an issue which is beyond the scope of personal data protection, has been addressed by German and European jurists only in recent years".

<sup>338</sup> Se entiende por seudonimización "el tratamiento de datos personales de manera tal que ya no puedan atribuirse a un interesado sin utilizar información adicional, siempre que dicha información adicional figure por separado y esté sujeta a medidas técnicas y organizativas destinadas a garantizar que los datos personales no se atribuyan a una persona física identificada o identificable" (art. 4.5 RGPD).

<sup>339</sup> Comunicación de la Comisión, La construcción de una economía de los datos... *op. cit.*, p. 10.

---

En un mundo hiperconectado como el nuestro, la inmensa mayoría de actividades que realizamos producen datos, como también la actividad desarrollada por determinados aparatos electrónicos (*machine generated and machine to machine data*). Los datos producidos por máquinas se han visto y se verán incrementados gracias al desarrollo de la conocida como “internet de las cosas”, que está sólo en sus comienzos<sup>340</sup>. Según la Comisión, los instrumentos y dispositivos conectados al internet de las cosas generan a coste cero una gran cantidad de datos que se convierten en importantes fuentes de información para análisis a través de tecnología *big data*. No obstante, la cuestión acerca de quién sea propietario de dichos datos no está clara<sup>341</sup>, si bien ha adquirido una gran importancia en la actualidad debido a la demostrada rentabilidad económica que reportan<sup>342</sup>.

Otro aspecto interesante a tener en cuenta acerca de los datos como mercancía o, en palabras de la Comisión, la economía de los datos, es el “proteccionismo digital”, actualmente en auge. La importancia económica creciente de los datos justifica la preocupación de la UE a este respecto, entendiendo que existe un “principio de libre circulación de los datos en el interior de la UE como corolario de las obligaciones que le incumben (a cualquier Estado miembro) en virtud de las disposiciones sobre libre circulación de servicios y libertad de establecimiento contenidas en el Tratado en el Derecho derivado pertinente” (*vid.* art. 16.2 TFUE)<sup>343</sup>. No obstante, la gran incertidumbre acerca de la consideración jurídica de los datos hace comprensible el proteccionismo digital no sólo de los Estados, sino de empresas y, en general, de cualquier productor de datos, sean del tipo que sean. La Comisión ha reconocido que hacen falta unas normas modernas y coherentes en la UE para que los datos circulen libremente de un Estado miembro a otro, y que las restricciones injustificadas a la libre circulación de los datos pueden suponer un freno importante al desarrollo de la economía de datos en la Unión. Ya en la EMUDE (2015, 8) se advirtió de que la innovación en investigación tanto para fines comerciales como no comerciales

---

<sup>340</sup> Comunicación de la Comisión, La construcción de una economía de los datos... *op. cit.*, p. 4.

<sup>341</sup> La Comisión se refiere en este punto a la cuestión jurídica acerca de la propiedad de los datos en los Estados Unidos. No obstante, se trata de un aspecto que tampoco está claro en la UE, así como tampoco lo están qué tipo de contratos son aquellos que tienen por objeto de tráfico los datos.

<sup>342</sup> Commission Staff Working Document, on the free flow of data... *op. cit.*, p. 24.

<sup>343</sup> Comunicación de la Comisión, La construcción de una economía de los datos... *op. cit.*, p. 8.

---

basada en la utilización y extracción de texto y de datos podría verse obstaculizada por un marco jurídico confuso y enfoques divergentes a escala nacional<sup>344</sup>.

Podemos entender por dato, en un sentido informático toda aquella información codificada y legible por una máquina (ZECH, 2016, 53). En otras palabras, información recogida en formato digital, sea en soporte informático (ej, archivo pdf) o físico (ej, CD o DVD). SARTOR (2012, 141), afina más en el concepto de datos, entendiendo por tales no los datos en bruto, sino aquellos ya clasificados e interpretados según categorías conceptuales, así como la selección y organización de las categorías relevantes según determinadas formas o esquemas.

Desde un punto de vista contractual, en cualquier caso, interesa destacar que los datos pueden ser objeto de tráfico jurídico. Es decir, objeto sobre el que recae el contrato (ZECH, 2016, 53). En otras palabras, una secuencia de unos y ceros codificada y legible por una máquina puede ser concebida como mercancía, como bien en un sentido jurídico. Ya hemos visto que no es algo novedoso que la información sea objeto de intercambio, sino que lo novedoso está en el considerable incremento del valor económico de la información en un doble sentido: por una parte, una información singularmente considerada vale más gracias a la posibilidad de difundirla y posicionarla adecuadamente en el entorno digital; y, por otra, una mayor cantidad y variedad de información es susceptible de aprovechamiento económico por poco relevante que sea singularmente considerada gracias a la posibilidad de tratarla con instrumentos tecnológicos nacidos de la Revolución Digital como pueden ser la tecnología *big data*.

La información codificada en datos puede ser analizada en tres niveles: sintáctico, semántico y en cuanto a su canal de comunicación. El nivel semántico se refiere al significado de la misma, a su contenido; mientras que el nivel sintáctico tiene que ver con los signos a través de los cuales dicha información se expresa y la interrelación entre los mismos. El nivel semántico resulta de particular importancia en cuanto a la distinción entre datos personales y datos no personales; y, por tanto, será determinante a la hora de decidir si el RGPD resulta o no aplicable. Por último,

---

<sup>344</sup> La misma preocupación se expresa en la Comunicación de la Comisión, La construcción de una economía de los datos... *op. cit.*, p. 5.

---

el canal de comunicación tiene que ver con el soporte sobre el que descansa dicha información: físico o informático. Se comprenderá, pues, que la expresión “contenidos digitales” no parezca la más adecuada para referirse, por ejemplo, a *software*; en la medida en que el *software* no sólo es un contenido sino que también es un continente al actuar de soporte (informático) o canal de comunicación de otros contenidos digitalizados (en otras palabras, de datos).

Volviendo a los datos, ¿puede cualquier tipo de dato ser objeto de tráfico jurídico? Caminamos hacia una clara respuesta afirmativa, sin perjuicio de que ha quedado ya constatado el enorme valor económico de los datos a través de los instrumentos tecnológicos de la Revolución Digital. El artículo 3.1 de la propuesta 634/2015 sobre ciertos aspectos relativos al contrato de suministro de contenidos digitales establece que la Directiva será aplicable a cualquier contrato en virtud del cual el proveedor suministre al consumidor contenidos digitales o se comprometa a hacerlo y éste, a cambio, pague un precio u “otra contraprestación no dineraria en forma de datos personales u otro tipo de datos”. Este párrafo resulta especialmente significativo en cuanto a la consideración de los datos como objeto de tráfico jurídico o, dicho de otro modo, como bienes. Por un lado, debemos recordar que el propio concepto de contenidos digitales ya remite a los datos como una suerte de sinónimo casi absoluto (son contenidos digitales los datos producidos y suministrados en formato digital). Sin embargo, si se tratase de la misma realidad no tendría sentido utilizar dos conceptos distintos<sup>345</sup>. Parece que los contenidos digitales no son sólo datos, sino concretos conjuntos de datos que sirven para algo más que como mera información digitalizada. Pero el artículo 3.1 no se queda en el mero intercambio de contenidos digitales sino que, por primera vez, una norma emanada de la UE admite como contraprestación el pago a través de “datos personales u otro tipo de datos”. Ello no significa que actualmente (en tanto que la norma no está en vigor) esto no sea posible, pero sí que no ha sido visible. Hasta ahora, los contratos de suministro de contenidos digitales en los que no existía una contraprestación monetaria se entendían como contratos gratuitos. En otras palabras,

---

<sup>345</sup> Esto ocurre respecto de los términos “bienes” y “cosas”. No obstante, hemos señalado en su momento ciertos matices propios de cada término sin perjuicio de constatar su uso indistinto en ordenamientos como el español o el italiano (*vid. supra* apdo. 4.3).

---

la inclusión en una norma como el artículo 3.1 de la propuesta 634/2015 del pago a través de datos (sean personales o de otro tipo) supone el reconocimiento del valor económico de los datos en el tráfico jurídico de la Revolución Digital<sup>346</sup>. Por tanto, si es posible pagar con datos (sean o no datos personales), los datos personales ya son en la actualidad posibles objetos de tráfico jurídico, es decir, bienes en sentido jurídico o, como también se los ha llamado, *tradeable commodity* (ZECH, 2016). La diferencia entre datos personales y no personales en este sentido tiene que ver con la aplicación del RGPD (*vid.* art. 4.1 RGPD) así como el mayor valor económico de los datos personales frente a los datos no personales.

El texto de la propuesta 634/2015 está siendo actualmente objeto de debate en el seno de la UE, por lo que un análisis de la misma debe permanecer siempre atento a posibles cambios. Precisamente, en junio de 2016 y junio de 2017 el Consejo ha presentado enmiendas a esta propuesta. Las enmiendas propuestas por el Consejo redundan en la idea que acabamos de expresar. No obstante, conviene dar cuenta de ellas y analizarlas para comprobar que, efectivamente, la Unión Europea mantiene el acertado criterio de reconocer normativamente una realidad cada vez más incuestionable: que los datos (personales y no personales) son ya un objeto de intercambio y funcionan en muchas ocasiones como contraprestación económica, es decir, son bienes en sentido jurídico.

Como decimos, las enmiendas proyectadas en lo que se refiere al pago a través de datos redundan en la idea de entender los datos como un objeto de tráfico

---

<sup>346</sup> CÁMARA LAPUENTE (2016, 21) ya celebró el cambio de criterio respecto de propuesta 634/2015. A continuación transcribimos algunas de sus palabras por resultar de gran claridad y concisión respecto gran parte de lo que venimos afirmando en este apartado: “adopta una decisión valiente y bien enfocada (aunque algo insuficiente), al incluir en su ámbito de aplicación también a los contratos de suministro de contenidos digitales a cambio de “otra contraprestación no dineraria en forma de datos personales u otro tipo de datos”. De esta manera se equipara de inicio el “precio” (en dinero) y los “datos” (personales o de “otro tipo”)<sup>346</sup> (...). Sin duda, las instituciones comunitarias han tomado en serio el ingente valor económico y de cambio que tiene la información (datos), han huido del yugo histórico-dogmático de considerar siempre “gratuito” el contrato – basado en el paradigma de la compraventa- en que no media precio, cuando pueden existir otras contraprestaciones de dar (bienes materiales o inmateriales), hacer o no hacer, y han superado el inicial pero incompleto paso que en este sentido dio el CESL – que partía de la calificación del contrato de contenidos digitales como “compraventa”-, cuando en su versión primigenia limitaba o eliminaba ciertos derechos del consumidor por falta de conformidad en caso de que los contratos de suministro no fuesen a cambio de un precio (...).”

---

jurídico, como un bien en sentido jurídico, como posible contraprestación. La primera muestra de ello es la enmienda presentada al artículo 2.6, que define el “precio”. En el texto original de la propuesta 634/2015 se entiende por precio “el dinero pagadero a cambio de los contenidos digitales suministrados”. La enmienda presentada por el Consejo a este artículo define el precio como dinero o una representación digital de su valor incluyendo monedas virtuales a cambio del suministro de contenidos o servicios digitales<sup>347</sup>. Puede entenderse que cuando el Consejo habla de la representación digital de valor incluyendo monedas virtuales se refiere también a los datos, pues éstos son representaciones digitales de información que gozan de valor económico. La enmienda del artículo 2.6 se entiende mejor mirando al artículo 3.1. Según la propuesta de enmienda del Consejo éste quedaría redactado del siguiente modo:

Esta Directiva resultará aplicable a cualquier contrato en que el suministrador suministre o se comprometa a suministrar contenidos digitales o servicios digitales al consumidor.

No resultará aplicable al suministro de contenidos o servicios digitales para los cuales el consumidor no pague o se comprometa a pagar un precio y no proporcione o se comprometa a proporcionar datos personales al suministrador.

Tampoco resultará aplicable cuando los datos personales sean exclusivamente procesados por el suministrador para el suministro de los contenidos o servicios digitales, o para que el suministrador cumpla con los requisitos legales a que está sujeto, siempre que no use los datos para cualquier otro propósito<sup>348</sup>.

---

<sup>347</sup> El texto de la enmienda, por el momento sólo dado a conocer en inglés, define el precio como “money or a digital representation of value including a virtual currency that is due in Exchange of the supply of digital content or a digital service”. Añade, además, una nota aclaratoria acerca de las monedas virtuales, donde dice que “the recitals could explain that virtual currencies, to the extent that they are recognised by national law of the Member States, have no other purpose than to serve as a way of payment. They should therefore not be considered as digital content or digital services within the meaning of this Directive but as “price”. The recital could also clarify that “digital representations of value” also include electronic vouchers or e-coupons”.

<sup>348</sup> Traducción propia. En el texto emanado del consejo el artículo 3.1 queda redactado como sigue:

“This Directive shall apply to any contract where the supplier supplies or undertakes to supply digital content or digital services to the consumer (...).

---

Si según este texto, la Directiva no resulta aplicable a aquellos contratos en los cuales el consumidor no pague o se comprometa a pagar un precio, quedan excluidos los contratos gratuitos. Se trata de un enfoque distinto y mucho más avanzado que el que podíamos ver en la CESL cuando en su artículo 5.b establecía que resultaría aplicable a los contratos de suministro de contenidos digitales independientemente de si eran o no suministrados a cambio del pago de un precio, entendiéndose entonces por precio exclusivamente la contraprestación monetaria. Este cambio de criterio implica que todos aquellos contratos en los que exista contraprestación económica no dineraria en forma de datos personales o de otro tipo no serán considerados gratuitos ni por tanto habrá necesidad de hacer diferenciación respecto del régimen de responsabilidad por incumplimiento del suministrador. Las enmiendas que acabamos de recoger mantienen esta idea en la medida en que no se queda sólo en reflejar normativamente la posibilidad de una contraprestación económica en forma de datos, sino que identifica dicha contraprestación con el precio (*cfr.* art. 2.6 y 3.1 párrafo 2º de las enmiendas).

Existe, no obstante, una redundancia en el texto de la enmienda cuando afirma que la Directiva no resultará aplicable a los contratos de suministro de contenidos o servicios digitales por los cuales el consumidor no pague un precio o se comprometa a hacerlo y no transfiera o se comprometa a transferir datos personales al suministrador. Esta última coletilla resulta del todo innecesaria, además de confusa. Si ya han sido equiparados los datos personales al precio al definir éste último de tal modo que se refiere no sólo a las contraprestaciones monetarias sino también a contraprestaciones no monetarias (como datos), no hay necesidad de recoger que la Directiva no resultaría aplicable cuando el consumidor no se comprometa a transferir datos personales, pues ya ha quedado dicho al establecer que no resulta aplicable si no se paga un precio (pudiendo entenderse por precio, también, datos). Por otra parte, la alusión a los datos es incompleta, pues se refiere sólo a los datos

---

It shall not apply (...) to the supply of digital content or digital service for which the consumer does not pay or undertakes to pay a price and does not provide or undertakes to provide personal data to the supplier.

It shall also not apply where personal data are exclusively processed by the supplier for supplying the digital content or digital service, or for the supplier to comply with legal requirements to which the supplier is subject, and the supplier does not process these data otherwise.”



---

personales. Si se celebra un contrato de suministro de contenidos digitales a cambio de la entrega activa de datos de navegación anonimizados, por poner un ejemplo, ¿resultaría aplicable la propuesta de Directiva 634/2015 acorde con la nueva redacción propuesta en junio de 2017 por entenderse que la entrega activa de datos de navegación equivale a precio *ex art. 2.6* o, por el contrario, no resultaría aplicable al no haberse entregado datos personales *ex art. 3.1*? O, en cambio, ¿debe interpretarse que el ámbito de aplicación de la propuesta 634/2015 se refiere a contratos de suministro de contenidos digitales en los que el consumidor pague un precio (que puede ser monetario o no monetario y, en este último caso, a través de datos personales o no personales) y además transfiera datos personales? En este último caso, un contrato de suministro de contenidos digitales a cambio de contraprestación monetaria en el que el consumidor no proporcionase al suministrador datos personales no entraría dentro del ámbito de aplicación de la Directiva al no darse uno de los dos requisitos cumulativos que exige el artículo 3.1.

Merece la pena tratar un último aspecto limítrofe respecto del ámbito de aplicación de la propuesta 634/2015 según el texto de la enmienda presentada en 2017 al artículo 3.1 relacionado con lo anterior. ¿Resultaría aplicable la Directiva sobre contenidos digitales (con el artículo 3.1 tal como quedaría redactado de acogerse la enmienda) a un contrato de suministro de contenidos digitales en que el suministrado se compromete a entregar, a cambio de los contenidos digitales, exclusivamente datos no personales? En un principio y con lo que hemos venido razonando deberíamos responder que sí: los datos son bienes en un sentido jurídico teniendo en cuenta la posibilidad de aprovechamiento económico de los mismos a través de los instrumentos tecnológicos de que disponemos en la actualidad independientemente de su condición de datos personales o no personales. Esta última circunstancia sólo es determinante de cara a la aplicación del RGPD y en cuanto a la determinación del valor económico de los datos en la medida en que los datos personales normalmente tienen un valor considerablemente mayor que los datos no personales. Sin embargo, según la nota aclaratoria 15 del texto de las enmiendas, debería añadirse una reflexión como la que sigue en los considerandos de la Directiva:

---

Esta Directiva no debería aplicarse cuando el consumidor no pague o se comprometa a pagar un precio y no transfiera datos personales al suministrador. Esta Directiva no debería aplicarse a situaciones donde el suministrador sólo recoja metadatos, la dirección IP u otra información generada automáticamente y transmitida por cookies, excepto si se considera un contrato según el ordenamiento jurídico del Estado miembro<sup>349</sup>.

La aclaración resulta confusa e incluso contradictoria con la afirmación de que los datos (de cualquier tipo) pueden servir de contraprestación en un contrato de suministro de contenidos digitales. La primera frase no añade nada nuevo a lo que ya figura en el texto del artículo 3.1 enmendado y respecto del cual acabamos de pronunciarnos. La segunda, en cambio, podría en una primera lectura parecer útil de cara a responder (negativamente) si un contrato de suministro de contenidos digitales que tenga por contraprestación datos no personales entra dentro del ámbito de aplicación de la Directiva. Según esta aclaración, no resulta aplicable la Directiva a contratos en los que el suministrador sólo recoge metadatos, o dirección IP, es decir, datos no personales. Sin embargo, no se queda ahí el texto: no resulta aplicable a metadatos, dirección IP y cualquier otra información generada automáticamente y transmitida por cookies. Es decir, no resulta aplicable a contratos en los que estos u otros datos no sean suministrados de forma activa por el consumidor sino generados automáticamente o requeridos por razones técnicas. Por tanto, sí entran dentro del ámbito de aplicación de la Directiva, también con la nueva redacción, aquellos contratos de suministro de contenidos digitales en los que el consumidor entrega como contraprestación datos no personales, siempre que dicha entrega no tenga lugar de forma pasiva debido a, por ejemplo, instalación de cookies. Nuevamente, la redacción es confusa. Habría bastado con mantener la expresión “actively provides”, que ha desaparecido de la nueva redacción del artículo 3.1. El pago a través de datos sólo se considera tal en la redacción original del artículo 3.1 cuando éstos son proporcionados de forma activa por el consumidor.

---

<sup>349</sup> Traducción propia. El texto original dice lo siguiente: “...The Directive should not apply where the consumer does not pay or does not undertake to pay a price and does not provide personal data to the supplier. This Directive should not apply to situations where the supplier only collects metadata, the IP address or other automatically generated information such as information collected and transmitted by cookies, except where this is considered as a contract by national law...”

---

Si la transferencia de los datos resulta necesaria por razones técnicas, ésta no podría entenderse ya como el pago de un precio sino simplemente como la colaboración del acreedor de la prestación característica con el deudor (el suministrador de los contenidos digitales) de cara al correcto cumplimiento del contrato. Cuestiones distintas serán determinar qué datos son necesarios por razones técnicas y cuáles otros no, cómo puede el consumidor comprobar que los datos que entrega por “razones técnicas” efectivamente son necesarios por estas razones o cómo puede defenderse de la instalación de cookies o archivos que envían datos sin conducta activa del consumidor. Sin perjuicio de estas y otras objeciones, lo cierto es que los datos pueden y de hecho son objeto de tráfico jurídico, es decir, bienes.

Un bien informacional, pues, no es otra cosa que información desnuda entendida como bien en sentido jurídico en tanto que resulta aprovechable económicamente, es decir, que goza de valor económico. Es importante establecer criterios que nos permitan distinguir cuándo nos encontramos ante un bien informacional (independientemente de la información que contenga) y cuándo ante una multiplicidad de bienes informacionales. Este problema entronca con los ya tratados acerca de la divisibilidad casi infinita de la materia y la posibilidad (esta sí, infinita) de agregación de elementos. El criterio para decidir si nos encontramos ante uno o varios bienes no debe ser distinto de aquél que ya se usa respecto de los bienes físicos (adaptado funcionalmente al entorno digital): la unidad de destino económico. Así, una determinada información, por escasa que sea, puede ser entendida como un bien informacional en tanto que único objeto de tráfico jurídico dotado de unidad de destino económico de la misma forma que una cantidad de información mucho más abundante.

Un aspecto no menos importante son los contratos a través de los cuales se comercializan o intercambian datos. Si los datos son tratados como tales, deben considerarse bienes y no como servicios relativos a datos (ZECH, 2016, 56). Por tanto, serán objeto de tráfico jurídico a través de contratos de dar (bienes), pero no a través de contratos de prestación de servicios (pues en tanto que objetos de tráfico no son actividades sino bienes). De acuerdo con el artículo 810 CC-IT, son bienes todas aquellas cosas que pueden ser objeto de derechos, mientras que según el artículo 333 CC son bienes todas aquellas cosas que pueden ser objeto de

---

apropiación. Por lo que se refiere a los datos, la concepción jurídica de los bienes en Italia allana mucho más el camino de cara a la consideración de los datos como bienes en sentido jurídico en la medida en que basta para afirmar su condición de bienes la constatación de que pueden ser objeto de derechos, cosa que ocurre ya que son objeto de tráfico jurídico cuando, por ejemplo, pueden ser contraprestación no dineraria en un contrato de suministro de contenidos digitales. No es necesario ahondar en un tema jurídicamente incierto por el momento como es el de la propiedad de los datos, cosa que sí sería necesaria en el caso español.

El caso de aquellos ordenamientos que siguen el modelo alemán y reducen el concepto jurídico de cosas (*sachen*) a elementos corporales es algo más complicado, ya que los datos podrían entenderse a lo sumo como bienes materiales de igual modo que la electricidad, pero no como bienes corporales. Así, las posibilidades de protección jurídica de los datos desde un punto de vista patrimonial (por tanto, más allá de la lógica de la protección de datos personales) pasarían por (1) la protección sui generis de las bases de datos, (2) la protección de secretos comerciales y know-how a través de la normativa sobre competencia desleal y (3) la protección del soporte en que dichos datos quedan recogidos cuando éste fuera tangible (*vid.* § 90 BGB). Cada una de estas opciones, sin embargo, presenta limitaciones. La normativa sobre protección sui generis de las bases de datos no resulta aplicable a datos que no forman parte de una colección en una base de datos; la lógica de los secretos comerciales implica poca transparencia y, consecuentemente, no ofrece una infraestructura legal para el intercambio de datos entendidos éstos como mercancía; y, por último, la protección del soporte tangible no contempla el fenómeno de la economía de datos en su totalidad, sino sólo la protección jurídica del soporte de éstos cuando sea tangible. En otras palabras, ninguno de estos sistemas permite una protección jurídica de los datos desde el punto de vista patrimonial independientemente de su contenido (perspectiva semántica) o del conjunto del que forman parte (perspectiva sintáctica, ej, protección jurídica de las bases de datos). La situación jurídica en aquellos otros países europeos que, como España o Italia, siguen el llamado “modelo francés” no dista demasiado de la que acabamos de describir siguiendo a BECKER (2017, 254), salvo en lo que se refiere al último método de protección en la medida en que el modelo francés contempla la existencia

---

de bienes inmateriales. Sin embargo, la categoría de los bienes inmateriales está fuertemente vinculada a las obras del ingenio, protegidas por la lógica de la propiedad intelectual o industrial; y aún no se ha dado el paso de entender la información como un bien en sentido jurídico ni, consecuentemente, se ha precisado cuándo determinada información puede ser entendida como bien y cuándo no.

---

## 5. I beni informatici o beni digitali come categoria giuridica necessaria davanti allo sviluppo del Mercato Unico Digitale Europeo

### 5.1. La recezione giuridica della Rivoluzione Digitale. Conseguenze giuridiche fondamentali

Abbiamo visto all'inizio di questo studio che la Rivoluzione Digitale ha comportato una rivoluzione sociale, economica e giuridica che ha scosso le fondamenta di strutture ormai consolidate, al punto tale che c'è chi considera che la Rivoluzione Digitale è così importante che implica un "effetto dirompente", cioè, che giustifica pensare *ex novo* le fondamenta del Diritto applicabili a tutto ciò che riguarda all'ambiente digitale. Nelle pagine precedenti abbiamo presentato gli argomenti che giustificano il nostro parere al riguardo e che è, insomma, ciò che giustifica il proposito di questo studio: che la Rivoluzione Digitale, malgrado la sua indiscussa importanza, non giustifica l'abbandono delle basi giuridiche che ci hanno regolato durante secoli. Diventa necessaria, quindi, una sistematizzazione delle conseguenze giuridiche della Rivoluzione Digitale e delle misure normative orientate alla sua recezione giuridica.

¿Quando comincia la Rivoluzione Digitale e che conseguenze ha dal punto di vista giuridico? Nel 1989 Tim Berners-Lee disegna la World Wide Web. Nei suoi primi anni la web funziona come strumento del CERN, sebbene, quattro anni dopo, nel 1993, l'accesso alla web diventa pubblico e gratuito. Emergono i primi "browser", motori di ricerca (Mosaic, 1993; Yahoo, 1994), nell'anno 1997 nasce Google. In questa prima fase, la web si conosce come "1.0", ed è caratterizzata dalla suo carattere statico ed unidirezionale a valle. In altre parole, internet durante questi primi anni non è più che un grande tabellone attraverso il quale si può raccogliere informazione, ma non permette una comunicazione bidirezionale agevole, sia verticale (tra consumatori ed imprenditori) che orizzontale (tra consumatori). Nonostante, questa affermazione non è del tutto vera, dato che la comunicazione attraverso e-mail era ormai frequente: si usava dal 1970, e nel 1980 nacquero i chat. Tuttavia, non è possibile ancora parlare di "web 2.0", dato che gli utenti non

---

possono ancora compilare il web con contenuti propri, ne esisteva coscienza di funzionare in un ambiente parallelo. Internet, in questo periodo, è solo un *mass media*. L'inserimento nei siti web di direzioni e-mail funzionando come cassette postali non permetteva un equilibrio comunicativo tra fornitori di contenuti e cittadini (internauti). Questi ultimi dovevano utilizzare un canale di comunicazione diverso (e-mail) per mettersi in contatto con i fornitori di contenuti. D'altra parte, sebbene è certo che i chat permettevano una precaria coscienza di comunità virtuale, il suo uso e le sue prestazioni non sono comparabili alle reti sociali.

Nel 2004 Tim O'Reilly parla per prima volta di "web 2.0", dove gli utenti possono conversare, condividere, classificare e, soprattutto, compilare di contenuti il web. Le cosiddette "wiki" (siti web con contenuti che possono essere modificati dagli utenti attraverso un navigatore) e delle reti sociali all'inizio degli anni 2000 costituiscono il miglior esempio della transizione dalla "web 1.0" (dove gli utenti sono passivi e i contenuti vengono già predisposti dai fornitori) alla "web 2.0", in cui gli utenti svolgono un ruolo attivo. Non a caso si comincia già a parlare di "prosumer". In questo contesto nasce il cibernazio come ambiente, come realtà socialmente rilevante. Tutto questo percorso non si deve confondere con i primi anni dell'informatica, caratterizzati dall'uso di reti chiuse (ess., l'EDI) e dell'e-mail. Per questo distinguiamo tra Rivoluzione dell'Elettronica (1949-1989) e Rivoluzione Digitale (1989-oggi).

Dall'inizio delle Rivoluzioni dell'Informatica sono emerse fonti di ricchezza e sono stati sviluppati modelli di business sconosciuti fino ad allora. Un primo aspetto che dobbiamo mettere in rilievo è la transizione dall'economia industriale all'economia informazionale, ossia, la transizione dalla Società Industriale alla Società dell'Informazione. SARTOR riassume perfettamente questa transizione quando afferma che "la produzione di merci a mezzo di merci diventa produzione di informazione a mezzo di informazione". Sebbene non si può dire che prima l'informazione non avesse valore proprio, è da questo momento in poi quando l'informazione diventa oggetto di traffico giuridico perfettamente paragonabile con quale altro bene e, finalmente, possibile metodo di contropartita generica non monetaria per alcuni tipi di contratti come succede con il contratto di fornitura di contenuti digitali. Quest'ultimo caso si può osservare leggendo l'articolo 3.1 della

---

proposta di Direttiva 634/2015, il cui contenuto rimarrà sostanzialmente uguale se si accettano le modifiche proposte sia nel 2016 che nel 2017. Secondo questo articolo 3.1, la Direttiva verrà applicata “ai contratti in cui il fornitore fornisce contenuto digitale al consumatore, o si impegna a farlo, ed in cambio del quale il consumatore corrisponde un prezzo oppure fornisce attivamente una controprestazione non pecuniaria sotto forma di dati personali o di qualsiasi altro dato”. Questo non è altro che la cristallizzazione di una pratica ormai conosciuta e consolidata: si possono approfittare i dati da un punto di vista económico (“monetizzazione dei dati”) a prescindere dell’informazione concreta contenuta, grazie alla nuova tecnologia sviluppata dalla Rivoluzione Digitale, come ad esempio (ma non solo) il *big data*.

D’altra parte, il Diritto dei contratti ha intrapreso un’importante trasformazione sotto vari proffili: (1) sono emersi nuovi mezzi di comunicazione tra parti contrattanti che hanno accelerato la contrattazione ed il suo processo come sono i contratti elettronici (offerta e accettazione, rilascio del consenso ed il suo ricevimento, spedizione delle condizioni generali...); (2) la Rivoluzione Digitale a dato luogo a realtà sconosciute prima che hanno valore económico e, conseguentemente, possono eventualmente diventare oggetto di scambio (beni e servizi informatici), che ha comportato la nascita di una nuova tipologia di contratti: i contratti informatici, ossia, quelli che hanno come oggetto beni e servizi informatici; (3) l’informazione, addirittura nuda, acquista valore económico grazie alle nuove possibilità di trattamento automatizzato, che comportano rapidità nella ricerca, possibilità di dividerla immediatamente (“in tempo reale”), modificarla, commentarla, associarla e confrontarla con altra informazione, classificarla con informazione della stessa categoria... senza limiti spaziali o temporali; (4) il commercio elettronico si è sviluppato da un commercio elettronico “epistolare” ad un altro che possiamo chiamare “cyberspaziale”, dato che inizialmente, sebbene si usavano strumenti elettronici o digitali come ora, non si poteva dire che il commercio non si verificasse in un ambiente fisico nel senso che questi strumenti si usavano come mezzi di trasmissione dell’informazione, a differenza del momento attuale (commercio elettronico “cyberspaziale”), in cui gli strumenti tecnologici forniscono un ambiente (virtuale, cyberspaziale) dove contrattare; (5) esiste attualmente un processo di triangolazione della contrattazione, se consideriamo fenomeni come la *sharing*



---

*economy* oppure la contrattazione attraverso i cosiddetti *market places*; (6) finalmente, esiste un aumento sostanziale dei contratti di servizi, licenza d'uso ed accesso a scapito di contratti il cui oggetto siano i beni ovvero la circolazione di proprietà (digitale in questo caso), che ha di conseguenza la classificazione come servizi di contratti che non cadono su di un'attività, ma su di un bene dato che non esiste un concetto giuridico di beni nell'ambiente digitale dove si possano appoggiare.

L'Unione Europea, consapevole dell'importanza di tutti questi cambiamenti, ha portato avanti nel 2015 la "Digital Single Market Strategy" (DSMS) per farvi fronte in modo tale che la Rivoluzione Digitale si traduca anche in crescita economica. Esiste, oltre ai cambiamenti indicati, una situazione che rende più difficile un'analisi giuridica a livello europeo davanti alla transizione all'economia digitale: esistono numerose sfumature tra i diversi stati membri dell'Unione Europea per quanto riguarda al Diritto patrimoniale. Abbiamo puntato la nostra attenzione nel capitolo precedente sulla definizione dei beni da un punto di vista giuridico attraverso una comparatistica di questa categoria tra Spagna e Italia, ma queste sfumature non si limitano alla definizione dei beni, ne sono esclusive di questi due Stati. Non a caso la Commissione rileva nella DSMS che la diversa risposta giuridica alle sfide della Rivoluzione Digitale dei diversi stati membri comporta un ostacolo allo sviluppo dell'economia delle PMI e dei consumatori, per quanto diminuisce la sicurezza giuridica e, conseguentemente, crea incertezza. Questo fattore colpisce in particolare all'economia digitale perchè l'informazione che circola nel cyberspazio (e tutto il cyberspazio è costituito da informazione) non conosce limiti spaziali ne temporali. Le norme, però, hanno un forte radicamento spazio-temporale: sono prodotte dagli Stati oppure da entità sovraterritoriali la cui legittimità deriva di posti di sovranità ceduti dagli Stati (limiti spaziali), e d'altra parte hanno una durata specifica (limiti temporali). Oggi, l'informazione che circola attraverso la rete lo fa senza limiti temporali in un doppio senso: (1) circola "in tempo reale" e (2) senz'essere limitata dal momento storico a cui si riferisce il suo contenuto (ne dal momento della suo inserimento nel cyberspazio) nella misura in cui è facilmente recuperabile alla sola condizione di avere accesso a internet, da qualsiasi parte del mondo. Questa incomodità davanti alle sfide tecnologiche della Rivoluzione Digitale ha portato

---

all'Unione Europea a far fronte al fenomeno attraverso norme europee, dato che gli obiettivi di recezione giuridica di questa Rivoluzione non possono essere adeguatamente realizzati dagli Stati membri (principio di sussidiarietà, art. 5.3 TUE). Così facendo, orreste un duplice risultato: quello di evitare la necessità di armonizzare una normativa ancora inesistente negli Stati membri e quello di perdersi in discussioni dottrinali recanti la produzione di norme sull'economia digitale, dato che questo settore dell'economia non è limitato dalle barriere fisiche e temporali che governano il mondo fisico, ovvero, non digitale. La soluzione dell'Unione Europea non è stata affatto sbagliata: è l'unica possibile a breve e medio termine. Nonostante ciò, dobbiamo essere consapevoli che questa è una soluzione transitoria, e che queste discussioni dottrinali, filosofico-giuridiche, sulla produzione di norme che affettano al cyberspazio sono necessarie e non si potranno posporre sine die.

Ammissa la soluzione dell'UE come unica praticabile a breve e medio termine, dobbiamo domandarci che tipo di norme si devono disegnare a livello europeo per un'adeguata recezione giuridica della Rivoluzione Digitale. In altre parole: significa la Rivoluzione Digitale un salto qualitativo così importante che impedisca un'adattamento funzionale dei principi, concetti e schemi giuridici che hanno funzionato da secoli e che ancora sono in vigore per tutta l'economia che non ha che vedere con il fenomeno digitale? Riteniamo che è veramente pericoloso e sbagliato affermare che succeda così. Certamente, è più facile l'elaborazione di norme utilizzando concetti nuovi che possano essere ammessi con lo stesso significato in tutta l'Unione Europea. Questo evita in un solo colpo discussioni dottrinali che potrebbero ostacolare lo sviluppo dell'economia digitale nel mercato europeo.

Le varie posizioni avverse sarebbero, allora, quella secondo la quale la Rivoluzione Digitale rappresenta una pietra miliare così importante che avalla una ricostruzione delle basi giuridiche *ex novo* per quanto riguarda all'economia digitale quelle antiche non servono bene per regolare questi nuovi fenomeni e, d'altra parte, quella che considera che malgrado l'importanza di questa Rivoluzione da un punto di vista giuridico non rappresenta un salto qualitativo così abissale che impedisca adattare concetti e principi giuridici per applicarli all'economia digitale. Siamo favorevoli alla seconda opzione, sebbene la nostra consapevolezza della sua difficoltà. E veramente complicato adattare concetti sviluppati in un contesto

---

economico diverso (e precedente) all'economia digitale non solo per questa diversità di ambienti dove verranno applicati, ma anche perchè sono stati arricchiti dai diversi Stati nel corso della storia. Tale arricchimento ostacolerebbe notevolmente un'applicazione uniforme a livello europeo di una normativa di recezione giuridica della Rivoluzione Digitale a base di concetti giuridici tradizionali adattati al nuovo paradigma tecnologico. Brevemente, alla difficoltà di adattare un concetto giuridico pre-digitale al nuovo paradigma si unisce quella relativa all'arricchimento, e conseguentemente la diversità nei dettagli, di questo concetto nei diversi Stati Membri dell'Unione Europea. L'incertezza giuridica che questa situazione comporta rappresenta un rischio economico difficile da accettare perchè è precisamente la esistenza di una pluralità di soluzioni giuridiche a problemi simili l'ostacolo principale segnalato dalla Commissione alla fiducia di consumatori e PMI nell'economia digitale europea e quindi, al suo sviluppo. Si capisce, per questi motivi, che la DSMS decida affrontare la recezione giuridica della Rivoluzione Digitale attraverso concetti nuovi, sprovvisti di dibattiti che possano rallentare lo sviluppo normativo necessario per approfittare il potenziale economico di questo cambio di paradigma tecnologico. Nonostante, questo sviluppo normativo dovrebbe essere transitorio, e parallelamente ci vuole riflettere attentamente sull'adattamento funzionale degli schemi e concetti giuridici tradizionali all'economia digitale. Consapevoli che questa deve essere una riflessione meticolosa, iniziamo con una comparatistica sulla definizione dei beni dal punto di vista giuridico-patrimoniale tra Spagna e Italia (*vid. supra*, capitolo precedente). Questa comparatistica ci permetterà di riflettere sull'adattamento "funzionale" del concetto giuridico di beni all'economia digitale, arrivando ad una (prima) definizione di beni informatici o beni digitali.

Che cosa vogliamo dire quando parliamo di "adattamento funzionale" dei concetti giuridici? Durante la recezione giuridica della Rivoluzione dell'Elettronica si sono sviluppati alcuni principi che sono stati una guida per lo sviluppo dell'allora nascente commercio elettronico. Di questi principi vale la pena sottolineare tre, per quanto si riferiscono eminentemente all'ambiente digitale e la sua regolazione giuridica: (1) equivalenza funzionale e non discriminazione; (2) non alterazione del Diritto preesistente; e (3) neutralità tecnologica. Dobbiamo sottolineare che questi principi vengono proiettati parzialmente nella normativa europea e quella prodotta

---

dalla UNCITRAL, ma il loro sviluppo è estato effettuato dalla dottrina. Sono ancora in vigore questi principi per quanto riguarda alla recezione giuridica della Rivoluzione Digitale? Riteniamo che, infatti, sono attualmente in vigore. Per questo motivo, pensiamo che sia oportuno e necessario rispettarli nell'elaborazione delle norme che costruiranno il mercato digitale (cioè, affronteranno la recezione giuridica della Rivoluzione Digitale) nell'Unione Europea. Tuttavia, le norme sviluppate dalla Commissione nel quadro della DSMS si allontanano di questi pricipi; si veda la proposta di Direttiva 634/2015, relativa a determinati aspetti dei contratti di fornitura di contenuto digitale, la definizione di contenuti digitali, che è stata allargata se si confronta con la definizione di contenuti digitali nel 2011, ma che ancora non è definitiva tenendo conto delle proposte di modifica pubblicate nel 2016 en el 2017. Quest'ultimo ha a che fare direttamente con il nostro oggetto di studio: i beni informatici o beni digitali.

Andemmo piano: in che cosa consistono i principi del commercio elettronico e in che modo si seguono dalla DSMS? Partiremo dai due principi che sono rivolti al legislatore: non alterazione del Diritto preesistente e neutralità tecnologica. Se il primo presta attenzione al passato (norme vigenti), l'altro si riferisce al futuro. Il principio di non alterazione del Diritto preesistente si basa sulla convinzione di che la Rivoluzione tecnologica (inicialmente quella dell'Elettronica; ora la Rivoluzione Digitale) non rappresenta un cambio così importante dal punto di vista giuridico che obblighi ad abbandonare le regole e principi ormai consolidati; cioè, si possono adattare. Per questo motivo secondo questo principio non si deve modificare il Diritto preesistente alla rivoluzione, tranne quelli aspetti necessari per un'adattamento al nuovo paradigma. Cercasi in questo modo di preservare le basi giuridiche precedenti. La convinzione su cui si appoggia questo principio è semplice: i contratti rimangono contratti, le parti che concludono contratti rimangono soggetti con personalità giuridica e capacità di agire; quindi, le regole fondamentali che regolano il Diritto di contratti nel mercato digitale non dovrebbero essere radicalmente diverse di quelle che regolano il Diritto di contratti in generale, malgrado si debbano applicare in un ambiente diverso che, ad esempio, non conosce i limiti dello spazio e del tempo (tranne quelli aspetti specifici che abbiano bisogno di una norma diversa per la natura o le caratteristiche del contratto concreto). Se è

---

possibile preservare le regole basiche del Diritto di contratti adattati in modo da poter funzionare adeguatamente nell'ambiente digitale, perchè non si può preservare anche il concetto giuridico di "beni" adattato all'ambiente digitale?

È utile rispettare il principio di non alterazione del Diritto preesistente di obbligazioni e contratti? Che vantaggi e svantaggi comporta il principio di non alterazione del Diritto preesistente di obbligazioni e contratti? Il primo vantaggio pare evidente: esiste già un intero *corpus iuris* che funziona da secoli, e l'alternativa sarebbe costruire un altro da zero. D'altra parte, le norme attraverso le quali si sviluppa il mercato digitale (e principalmente quelle riferite al contratto di fornitura di contenuti digitali) verrebbero applicate al Diritto dei consumatori. Cosa succede, allora, quando sono contratti tra imprenditori? Dovremo scegliere tra norme vecchie e non adattate al nuovo paradigma e norme elaborate *ex novo* ma applicabili al Diritto del consumo. D'altra parte, l'adattamento di norme predigitali e che si sono sviluppate in modo diverso in ogni Stato non sembra neanche facile. Questa ricchezza di sfumature rende difficile l'unificazione normativa (dato che non è sufficiente l'armonizzazione) necessaria per far fronte alla recezione giuridica della Rivoluzione Digitale. Il cyberspazio non conosce limiti spaziali ne temporali. Quindi, l'unificazione normativa europea sarebbe solo un passo intermedio, un modo di posporre un altro importante dibattito: la temporalità e territorialità delle norme contro la natura non temporale e non spaziale del cyberspazio.

A breve termine è impossibile raggiungere l'unificazione giuridica europea al meno di tutti i settori dell'ordinamento giuridico a cui colpisce la Rivoluzione Digitale (che sono praticamente tutti). Nonostante, è necessaria una regolazione (una qualunque, ma una) che accolga tutti i cambiamenti avvenuti e in arrivo. Un'opzione intermedia tra quelle due previamente esposte sarebbe capire questa prima normativa come una recezione giuridica transitoria in tanto si riflette adeguatamente sull'adattamento delle strutture giuridiche predigitali al nuovo paradigma tecnologico ed economico. Inoltre, conviene non produrre una quantità eccessiva di norme e, soprattutto, di neologismi la cui utilità pratica sia incerta e confusa più che un elemento che contribuisca alla sicurezza giuridica della Unione Europea e conseguentemente allo sviluppo del Mercato Unico Digitale. Non serve a niente, ad esempio, un concetto novedoso come quello dei contenuti digitali che, malgrado sia

---

comune in tutta l'Unione, sia definito in maniera così vasta che per fare riferimento a tutto non faccia riferimento a nulla. Questo crea confusione a tutti quanti vengono colpiti dalla norma. Una definizione ampia di contenuti digitali non troverebbe solo difficoltà terminologiche. Queste si possono risolvere se vengono accettati gli emendamenti proposti dal Consiglio nel 2017, che differenziano tra “contenuti digitali” e “servizi digitali” (nel 2016 si contrappongono i contenuti digitali ai prestazioni digitali o “digital facilities”, nonostante riteniamo più corretta la scelta del 2017). La difficoltà non è solo terminologica: il contratto di fornitura di contenuti digitali è stato elaborato a partire di un tipo specifico di contenuti digitali. Più prima che poi si daranno situazioni che saranno una prova pratica di che norme sull'adempimento o inadempimento del contratto (o sui remedi per far all'inadempimento) funzionano meglio o peggio secondo i tipi di contenuti digitali che sono oggetto di “fornitura”. La distinzione proposta nel 2017 tra “contenuti digitali” e “servizi digitali” è, quindi, una scelta corretta ma insufficiente.

Il principio di neutralità tecnologica, a sua volta, si rivolge anche al legislatore ma pro futuro: le norme sviluppate per far fronte alla recezione giuridica delle Rivoluzioni dell'Informatica<sup>350</sup> si devono disegnare in modo tale da garantire il più possibile la sua durabilità. Questo risultato si ottiene attraverso norme che non si riferiscono ad una tecnologia specifica. Il principio di neutralità tecnologica, quindi, si può qualificare come un principio di tecnica legislativa. Riteniamo che questo principio sia applicabile a prescindere di se si considera che la Rivoluzione Digitale comporta un “*disruptive effect*” oppure che si possono adattare le strutture giuridiche predigitali. In qualche modo, le norme che dovranno regolare i nuovi strumenti tecnologici e l'economia digitale si devono elaborare in maniera aperta o neutra. Così facendo le norme non si riferiranno ad un paradigma tecnologico specifico e, conseguentemente, si reduce il rischio che scadano una volta cambi il paradigma tecnologico. L'utilità di questo principio si fonda, come si può intuire, sulla maggiore durata delle norme. È nonostante difficile elaborare una norma che possa far fronte a cambiamenti ancora sconosciuti. Secondo la stessa Commissione, nel

---

<sup>350</sup> Riteniamo, come abbiamo già detto, che i principi del commercio elettronico sviluppati nella Rivoluzioni dell'Elettronica sono vigenti ancora per far fronte alla recezione giuridica della Rivoluzione Digitale.

---

lungo termine, l'informatica quantistica promette di risolvere problema di calcolo ben più complessi di quelli affrontati dagli attuali supercomputer. Se s'intensificano gli sforzi per liberare completamente il potenziale delle tecnologie quantistiche è anche prevedibile che in pochi decenni cambi il paradigma tecnologico attuale. Se siamo ancora immersi nella recezione del paradigma tecnologico della Rivoluzione Digitale, sembra difficile prevedere le sfide tecnologiche e giuridiche a cui ci porterà lo sviluppo dell'informatica quantistica.

Finalmente, i principi dell'equivalenza funzionale e non discriminazione sono orientati all'adattamento delle strutture giuridiche predigitali all'economia digitale. Come abbiamo già detto trattando i principi precedenti, riteniamo che questi due principi sono ancora vigenti e, quindi, utili per far fronte alla recezione giuridica della Rivoluzione Digitale. Si tratta di due facce della stessa medaglia. Il principio di non discriminazione stabilisce che non possa essere negata la validità o l'efficacia giuridica di un documento per il solo fatto che esso sia in forma elettronica; mentre che il principio dell'equivalenza funzionale stabilisce i criteri in base ai quali le comunicazioni elettroniche si considerano equivalenti a quelle su supporto cartaceo. Il modo in cui si scrive l'articolo 5 LMCE (e soprattutto gli esempi forniti) dimostra quello che abbiamo detto prima: il principio di neutralità tecnologica è un desideratum difficile da rispettare nella maggior parte delle occasioni.

In sintesi, allora, il principio dell'equivalenza funzionale stabilisce che può essere utile un'informazione resa disponibile sia in formato digitale (cioè, un messaggio dati) che in formato fisico. Un esempio d'informazione può essere un'offerta contrattuale (oppure l'accettazione del contratto). Quest'informazione è la stessa da un punto di vista giuridico a prescindere del formato (fisico o digitale) in cui si trovi, in quanto che serve a la stessa cosa; quindi, non si deve discriminare un'informazione per il mero fatto che sia resa disponibile in formato digitale. Una volta accettato questo, dobbiamo trovare i criteri dell'equivalenza. Questi criteri si concentrano sul ruolo dell'informazione, sulla sua "funzione". Il principio dell'equivalenza funzionale, quindi, non è altro che il criterio attraverso il quale si possono adattare le norme in vigore a qualunque novità tecnologica (prodotti, servizi, modalità di contratti...). Questo criterio si concentra sulla funzione che sviluppa la concreta realtà oggetto di regolazione (un'offerta contrattuale, un

---

prodotto...), che sarà comune a prescindere del formato in cui si trovi. Il “test di funzionalità”, come può essere chiamato, consisterebbe nel chiedersi: (1) funziona per la stessa cosa, dal punto di vista giuridico, una dichiarazione di volontà orale, resa in supporto fisico (cartaceo) o resa in formato digitale (messaggio dati)?; in caso di una risposta affermativa, si devono elaborare norme specifiche applicabili alla dichiarazione di volontà in formato digitale a seguito della sua diversa “natura tecnologica”?

Il principio dell’equivalenza funzionale è l’unico dei tre principi sottolineati che non si rivolge esclusivamente al legislatore nell’elaborazione delle norme, ma anche a tutti coloro che devono applicare le norme. Consente, d’altra parte, dotare alle norme di grande versatilità. Questo è molto importante per quanto riguarda alla risoluzione delle controversie giudiziarie, dato che il giudice deve pronunciarsi sempre (*cf.* art. 1.7 CC e 11.3 LOPJ in Spagna; e 12 Disposizioni Preliminari al CC e Legge n. 117/1988 in Italia). Quindi, questo principio serve come guida immediata per far fronte dal punto di vista giuridico a nuovi contratti e nuovi oggetti di traffico giuridico, al meno mentre si sviluppano le norme che permetteranno un’adattamento pieno.

La Rivoluzione Digitale ha comportato, secondo alcuni autori, un punto di svolta che obbliga a pensare da zero certi aspetti del Diritto per quanto riguarda all’economia digitale. Questo pensiero, come abbiamo cercato di provare, avalla, insieme al fatto che è difficile un’armonizzazione a livello europeo, un approccio per far fronte alla recezione giuridica della Rivoluzione Digitale attraverso regole e concetti giuridici novedosi ma comuni in tutta l’Unione Europea. Questo approccio si fonda sul presupposto di che è urgente disegnare una struttura giuridica a livello europeo per accogliere la nuova economia senza fermarci a discutere su termini, principi e punti di vista diversi tra Stati membri. Inoltre, sono emersi nuovi tipi contrattuali (di solito concentrati sull’accesso, le licenze d’uso ed i servizi) grazie al principio di autonomia della volontà. Tutto ciò comporta, senza dubbio, un impulso alla crescita economica dell’Unione Europea. Tuttavia, questa crescita economica potrebbe non essere distribuita in maniera uniforme. Se i consumatori vedono minorate le possibilità di utilizzazione dei nuovi beni che sono oggetto di traffico giuridico si può dire che diminuisce il suo “potere proprietario”. Questo succede, tra



---

l'altro, perchè i nuovi contratti non sono orientati alla circolazione della nuova ricchezza (economia di scala), ma al suo uso e sfruttamento (economia di velocità).

Non è nuovo l'avvertimento sull'impoverimento dei consumatori nell'economia digitale a causa dell'espansione dei servizi a danno dei beni (*vid.* punto 1.5). La ragione è chiara: i servizi non si possono acquisire, sono prestati e goditi durante un periodo più prolungato o meno, ma non sono oggetto di proprietà. I servizi sono dinamici e relazionali: la sua esistenza e definizione si riferisce necessariamente ad una relazione giuridica (di solito un contratto) tra due parti. Contrariamente a quanto avviene con i beni, i servizi non sono un concetto statico riferito ad una realtà metagiuridica precisa che può eventualmente diventare oggetto di scambio (cioè, oggetto di diritti) e che è facilmente discernibile dai contratti che attuano come veicolo attraverso i quali questi oggetti di scambio circolano. Questo porta ad una confusione tra contratti ed oggetti di scambio, cioè, tra contratti e realtà esterne (ovvero, metagiuridiche). Come se non bastasse, dobbiamo aggiungere l'allargamento dei servizi a danno dei beni (si veda il concetto di "servizi della società dell'informazione" o, più recentemente, l'allargamento del concetto di contenuti digitali con l'inclusione di certi tipi di servizi nel 2015). Questo rende che il grosso dell'economia digitale si appoggi sulla logica dei servizi e dell'accesso.

Alcuni dei sostenitori di questo approccio esprimono una risposta semplice a questi dubbi: l'autonomia della volontà permette contrattare a ciascuno concludere qualunque tipo di contratto su contenuti digitali; quindi, l'impoverimento del consumatore è fittizio dato che se desidera poter fare più cose solo deve contrattarle (pagando l'incremento di prezzo). D'altra parte, è più semplice disegnare un marco europeo unico che faccia fronte alle sfide dell'economia digitale appoggiato sui servizi, dato che esistono meno sfumature tra gli Stati per quanto riguarda ai servizi che per quanto riguarda ai beni. Rispetto all'urgenza di sviluppare una normativa qualsiasi, è vero che si tratta del male minore (sarebbe peggio non avere regolazione a livello europeo); ma questa deve essere transitoria in tanto si riflette in maniera approfondita del Diritto patrimoniale all'economia digitale. D'altra parte, l'argomento sull'autonomia della volontà sembra superficiale. Oggi, l'autonomia della volontà è ridotta nella maggior parte dei casi a decidere tra contrattare o meno, ma non c'è libertà di contrattazione, cioè, di negoziazione del contenuto del

---

contratto. L'impoverimento del consumatore ha a che fare con la libertà di contrattazione, non solo con la libertà per decidere se si contratta o no ("libertà di contrattare"): cioè, il consumatore non s'impoverisce perchè non possa concludere contratti su contenuti digitali, ma perchè con questi contenuti digitali può fare meno cose che con i suoi equivalenti "non digitali". Se prima si concludeva un contratto di compravendita di musica (CD), adesso si conclude un contratto di licenza d'uso personale, permanente e vitalizio ad archivi di musica. Questa seconda situazione non permette al consumatore lasciare in eredità la musica, dato che non è stata acquisita, a prescindere del prezzo che paghi. Se prima si concludeva un contratto di compravendita di *software* (CD), adesso si conclude un contratto di licenza d'uso personale e non trasferibile. Quindi, questo *software* non si potrà rivendere, e neanche si potrà rivendere la licenza d'uso, perchè questa è non trasferibile. Se il libro che si può comprare in supporto cartaceo si contratta (si noti che non diciamo "si compra" o "si acquista") in supporto elettronico può darsi che non si possa leggere (1) fuori dallo Stato dove si contratta, (2) trascorso qualche periodo di tempo...

Le tre situazioni enumerate non sono ipotesi, ma situazioni ormai avvenute e, in certi casi, frequenti. In tutti e tre esiste libertà di contrattare (cioè, di concludere o non concludere un contratto), ma la libertà di contrattazione (di scelta o negoziazione del contenuto) sarà probabilmente bassa, se non inesistente. Deve prevalere l'autonomia della volontà in queste situazioni, sebbene che sia la sua versione ridotta? Non a qualsiasi prezzo. Infatti, la Corte di Giustizia dell'Unione Europea ha avuto l'occasione di prendere posizione sulla equivalenza del contratto di licenza d'uso di *software* e la compravendita rispetto all'esaurimento del diritto di distribuzione (*UsedSoft vs Oracle*, di 7 luglio 2013). Tuttavia, questa decisione della Corte è una decisione isolata e riferita ad una normativa ed un caso specifico: l'esaurimento del diritto di distribuzione di opere protette dal diritto d'autore. Inoltre, la stessa Corte ha provato di limitare il criterio alla concreta situazione che tratta la sentenza "*UsedSoft*". Nonostante, riteniamo che questo criterio sia corretto nella misura in cui si limita ad applicare il principio dell'equivalenza funzionale ai contratti informatici per quanto riguarda agli oggetti di scambio attraverso questi contratti. Esiste una difficoltà per applicare questo principio a certi tipi di contratti

---

informatici: quelli che non hanno come oggetto del contratto (o per meglio dire, oggetto su cui cade il contratto) servizi. Questa difficoltà non è altro che l'assenza di un equivalente funzionale dei beni nell'ambiente digitale. La suddetta assenza rende anche difficile adattare tutti i contratti per la circolazione di beni all'economia digitale (dato che non ci sono "beni" da circolare). Ciò permette capire perché l'economia digitale si appoggia sulla logica dei servizi e, conseguentemente, l'impoverimento del consumatore.

I servizi nascono e muoiono dentro lo stesso contratto. Non è rimasto niente di essi tranne i benefici economici o la soddisfazione personale del destinatario. Inoltre, l'assenza di beni (digitali) su cui appoggiare l'adattamento di tipi contrattuali consolidati (e, soprattutto, utili) come la compravendita all'ambiente digitale favorisce l'incremento di tipi contrattuali alternativi, come sono la licenza d'uso ed il contratto di fornitura di contenuti digitali. Si può dire che questi contratti e anche il suo successo si deve all'autonomia della volontà. Malgrado sia certo, è anche vero che l'assenza di una categoria giuridica di beni digitali e la successiva difficoltà di concludere contratti di vendita nell'ambiente digitale ha la sua parte di responsabilità. Questo costituisce una carenza per quanto riguarda alla recezione giuridica della Rivoluzione Digitale. L'assenza di un concetto di beni digitali impedisce la conclusione di contratti di compravendita? Ovviamente no, ma sarà necessario un ragionamento molto complesso che non avrà altra scelta che far riferimento ai "beni" che sono oggetto di questa compravendita. D'altra parte, questa difficoltà favorisce, perché è più semplice ed agevole, concludere contratti come licenze d'uso o contratti di fornitura di contenuti digitali, che anche forniscono più sicurezza giuridica (soprattutto se entra in vigore una Direttiva su questo contratto specificamente), malgrado l'impoverimento del consumatore. Dobbiamo chiarire che per l'Unione Europea il contratto di fornitura di contenuti digitali non è né una compravendita né un contratto di servizi (Cons. 19 Direttiva 2011/83/UE). Nonostante questo criterio europeo, alla fine si deve scegliere una regolazione a titolo sussidiario; quindi, il problema rimane.

---

## 5.2. Definizione “funzionale” dei beni come passo previo alla sua adattamento all’ambiente digitale

Il nostro studio assume tre convinzioni di base: (1) l’esistenza del cyberspazio dal punto di vista giuridico come ambiente nuovo e diverso dall’ambiente fisico; (2) che la Rivoluzione Digitale, malgrado la sua indiscussa importanza, non giustifica una frattura con gli schemi giuridici precedenti del Diritto patrimoniale; e, conseguentemente, (3) la necessità di un adattamento degli schemi giuridici all’economia digitale attraverso principi come la neutralità tecnologica, la non alterazione del Diritto preesistente (al meno per quanto riguarda ai fondamenti) e, soprattutto, il principio di equivalenza funzionale.

La Rivoluzione Digitale e le sue conseguenze hanno comportato lo sviluppo di un ambiente parallelo che chiamiamo “cyberspazio” o “ambiente virtuale”. Alcuni autori hanno ipotizzato su questo ambiente e le sue caratteristiche dagli anni novanta (si veda ECHEVARRÍA EZPONDA). Queste ipotesi sono utili oggi. Nonostante, è ragionevole accettare l’esistenza del cyberspazio dal punto di vista giuridico con tutte le conseguenze o sarebbe meglio escludere questa teoria? La scelta dipenderà, come succede anche con qualsiasi finzione giuridica, dell’utilità che comporti accettare l’esistenza del cyberspazio, ovvero, se il cyberspazio ci fornisce un paradigma che permetta capire meglio l’economia digitale. A nostro parere, questo succede. La prima prova è la crescente proliferazione di terminologia legata allo digitale che fa riferimento a posti: siti web, contratti tramite piattaforme, identità digitale, reti sociali... Non è una questione di poco conto, dato che accettare l’esistenza del cyberspazio comporterebbe la cristallizzazione dell’evoluzione sociale nel quadro della Rivoluzione Digitale (e non solo un guscio vuoto meramente dottrinale o teorico). Oltre a questo, è utile accettare il cyberspazio come ambiente parallelo dal punto di vista giuridico? Il cyberspazio è un ambiente parallelo e giustapposto all’ambiente fisico, composto d’informazione resa in formato digitale (dati), che non si vede limitato dal tempo ne dallo spazio come accade nell’ambiente fisico grazie alla possibilità di recuperare qualunque tipo d’informazione a prescindere della sua antichità, del momento in cui si cerca e del posto fisico dove si cerca, in tanto ci sia un buon accesso alla rete. Una delle

---

conseguenze pratiche di questa assenza di limiti spaziali e temporali nel cyberspazio è lo sviluppo del “diritto all’oblio”. D’altra parte, in realtà funzioniamo accettando l’esistenza del cyberspazio. Sebbene non esistono “persone digitali”, la protezione dell’identità digitale è a volte tanto importante quanto la protezione della persona fisica (o giuridica) a cui si riferisce: siamo parte di gran numero di comunità virtuali, il nostro lavoro si svolge in ambienti virtuali condivisi con risultati migliori che quando si svolge in ambienti fisici (e, soprattutto, in qualunque di queste due opzioni, pensiamo di incontrarci in un “ambiente”, sia quello fisico che quello virtuale); concludiamo contratti tramite piattaforme, e le piattaforme non sono altro che “negozi virtuali” che offrono garanzie alle parti parti contrattanti (ad esempio, sicurezza informatica, identità verificata della controparte...). E, finalmente, parliamo, e l’Unione Europea parla, di “mercato digitale”, ovvero, dell’applicazione del Mercato Unico Europeo all’ambiente digitale. E un mercato non è altro che uno spazio fisico per lo scambio di beni e la conclusione di contratti di servizi.

C’è un’ultima circostanza che abbiamo trattato qualche volta in questo studio: le basi dell’economia digitale. Nell’ambiente digitale non solo si sviluppano relazioni personali, ma anche relazioni giuridiche e relazioni di scambio patrimoniale (sia scambio di beni che di servizi). Quindi, siano i beni che i servizi sono oggetto di scambio nell’ambiente virtuale, a prescindere di che siano fisici (commercio elettronico diretto) o digitali (commercio elettronico indiretto). La contrattazione è cambiata grazie alle Rivoluzioni dell’Informatica, dando luogo a contratti informatici e contratti elettronici. I contratti elettronici si riferiscono al mezzo di comunicazione tra le parti, in tanto che i contratti informatici si riferiscono all’oggetto di scambio. Non sono, dunque, categorie che si escludono tra di loro: un contratto informatico può essere anche elettronico e viceversa. Concentriamoci sulla categoria dei contratti informatici: il suo oggetto di scambio sono beni e servizi “informatici”. Non sembra difficile dire che cosa siano i “servizi informatici”, nella misura in cui solo dobbiamo adattare la categoria dei servizi all’ambiente digitale, e questo non è difficile dato che i servizi non dispongono di supporto. L’unica obiezione a questa categoria dei “servizi informatici” da nostra parte si riferisce al suo pericoloso allargamento, a danno del terreno che spetta ai beni, la cui adattamento all’ambiente digitale è ben più difficile.

---

L'economia si basa sullo scambio di beni e servizi. Adattare questo schema minimo all'economia digitale è facile per quanto riguarda ai servizi, ma non tanto per quanto riguarda ai beni, e quello comporta il summenzionato allargamento dei servizi. Abbiamo tentato di provare attraverso la nostra argomentazione che non esistono motivi che impediscano l'esistenza dei beni digitali o informatici dal punto di vista giuridico. Anzi, sembra favorevole se non si vuole appoggiare l'economia digitale esclusivamente sullo scambio di servizi quando l'economia non digitale si appoggia sullo scambio di beni e lo scambio di servizi. Abbiamo già visto come le categorie giuridiche "nucleari" su cui si appoggia dal momento l'economia digitale (servizi della società dell'informazione e contenuti digitali) non offrono una via chiara per l'adattamento funzionale dell'economia all'ambiente digitale. Inoltre, l'argomento sull'autonomia della volontà come modo di giustificare l'allargamento dei servizi è solo superficiale e porta ad un impoverimento del consumatore digitale per quanto riguarda al suo "potere proprietario", cioè, le cose che può fare con quello che contratta, le funzionalità che forniscono. Questo ultimo si vede più chiaro se si confronta la conclusione di contratti su beni fisici con la conclusione di contratti su "equivalenti digitali" di questi beni fisici: i contratti sono diversi, le possibilità d'uso sono conseguentemente diverse, e anche l'oggetto del contratto si definisce in modo diverso.

L'elaborazione di un concetto giuridico di beni digitali o informatici è certamente difficile, ed è anche più difficile elaborare un concetto che sia applicabile in tutti gli stati membri dell'Unione Europea. Per questo motivo, le caratteristiche sui beni che si offrono di seguito cercano di essere un primo passo. Il nostro punto di partenza sono le definizioni di beni nei Codici civili della Spagna e dell'Italia, rappresentanti del cosiddetto "modello francese" o "teoria giuridica dei beni". Abbiamo fatto riferimento anche al "concetto legale di cose" o "modello tedesco", controposto in qualche senso al modello francese per quanto riguarda alla "corporalità" dei beni. È necessario un esame confrontato (cronologico e geografico) della definizione dei beni (o cose) in tutti gli stati membri dell'Unione Europea ai fini di proporre qualità funzionali comuni dei beni come concetto giuridico che permetta adattare questa categoria all'economia digitale, con l'obiettivo di che l'economia digitale non si appoggi solo sulla logica dei servizi e

---

che non si produca un impoverimento del consumatore digitale che, a lungo termine, è dannoso per tutti.

I beni sono (1) entità (2) metagiuridiche, (3) statiche e (4) con valore economico e giuridico.

I beni sono entità, cose, centri d'imputazione (gramaticale quanto meno) che possiamo percepire tramite i nostri sensi oppure il nostro intelletto, e che possiamo individualizzare. L'individualizzazione si deve intendere in un senso giuridico, non materiale necessariamente. Vale a dire, si tratta di entità giuridicamente autonome, che si possono designare (individualità semantica) e attuare quale centri d'imputazione giuridica (individualità giuridica), a prescindere di se sono fisicamente separabili o meno (individualità fisica). Questo ultimo solo si può affermare dei beni mobili corporali, che d'altra parte costituiscono il punto di partenza per la descrizione di tutti gli altri tipi di beni, tramite l'adattamento (funzionale) delle caratteristiche giuridicamente rilevanti dei beni mobili corporali. Un bene immobile ha un'autonomia semantica e giuridica, ma non si può dire che abbia autonomia fisica o materiale. Lo stesso accade con i beni immateriali (e, come intendiamo dimostrare, con i beni informatici). Quale criterio, allora, ci permette affermare l'individualità giuridica di un bene? Il suo destino economico. Un elemento della realtà naturale può essere suddiviso quasi eternamente (neanche gli atomi sono indivisibili). L'unità di destino economico consente che un insieme di elementi della realtà naturale si possano designare autonoma e, innanzitutto, individualmente (cose). Vengono risolti in tal modo problemi aggregazione e segregazione di elementi.

Sono entità "metagiuridiche", dato che la sua esistenza, sebbene rilevante dal punto di vista giuridico, non è condizionata dal Diritto. Un contratto, o un diritto di credito, solo esistono dal punto di vista giuridico. Le realtà a cui si riferisce il concetto di beni (le cose, intese lo stesso modo che lo fanno il Codice civile spagnolo ed il Codice civile italiano) esistono in modo indipendente dal Diritto, che si limita a riconoscere la sua esistenza e dichiara che alcune di queste "cose" hanno un certo valore economico e, quindi, rilevanza giuridica (chiamandone "beni"). I

---

beni continuano ad essere entità metagiuridiche, sebbene con caratteristiche specifiche (valore economico e, conseguentemente, rilevanza giuridica). Nel contesto predigitale si potevano definire i beni come entità materiali o immateriali di carattere statico e con rilevanza giuridica. Nonostante, se intendiamo accogliere anche i beni informatici non possiamo sottolineare come qualità comune (“funzionale”) a tutti i beni quella della materialità o immaterialità. I beni informatici non sono materiali né immateriali: sono “informatici”<sup>351</sup>. Inoltre, la dottrina, sia italiana che spagnola, parla dei beni come elementi della realtà esterna (esterna al Diritto, quindi, meta-giuridica). Definendo i beni come entità “metagiuridiche” sottolineiamo, finalmente, che la sua esistenza non è condizionata dal Diritto.

Una persona, un soggetto, è anche metagiuridico e rilevante dal punto di vista giuridico; come anche sono metagiuridiche e rilevanti dal punto di vista giuridico le attività. Che cosa li differenzia tra di loro? I soggetti hanno personalità giuridica, qualità che manca sia ai beni che alle attività. Arriviamo alla tradizionale contrapposizione tra soggetti e oggetti (oggetti intesi in questo caso sia come attività che come beni (art. 1088 CC-ESP), che si concentra sulla personalità giuridica. La dottrina ha sottolineato tradizionalmente che i beni sono estranei al soggetto. Semplicemente aggiungiamo che lo sono anche le attività.

I beni sono anche entità “statiche”. Questa caratteristica ci permette differenziare tra beni e servizi. I servizi sono entità metagiuridiche con valore economico e rilevanza giuridica, ma il suo carattere è dinamico, cioè, esistono in tanto si forniscono ad un altro soggetto per un periodo di tempo. Prima di che i servizi siano fruiti esiste un’aspettativa, ed un obbligo del debitore di questi servizi; dopo, adempimento del contratto e soddisfazione della aspettativa. Per questi motivi possiamo affermare che i servizi sono entità metagiuridiche con carattere dinamico e “relazionale”: esistono per il periodo in cui sono forniti, e si forniscono sempre ad un altro. I beni, invece, sono statici e non relazionali. La sua esistenza non è circoscritta al momento in cui sono oggetto di scambio. A prescindere, infatti, di che

---

<sup>351</sup> Si veda il punto 4.5.2 sulla materialità dei beni.



---

siano oggetto di scambio, non smettono di essere cose, e non smettono di essere beni<sup>352</sup>.

Finalmente, i beni sono entità (cose) con valore economico, circostanza che determina il suo valore economico. Si deve intendere questo valore economico in modo ampio. Questa caratteristica è specialmente importante. L'individualità, il carattere metagiuridico ed il carattere statico, sono caratteristiche comuni a cose e beni. Il valore economico è invece la caratteristica che comporta che alcune cose diventino beni. La rilevanza giuridica è quello che differenzia i beni delle cose e questa dipende, a sua volta, del valore economico. Convieni, nonostante, trattare una cosa e l'altra separatamente.

Le cose hanno valore economico quando sono utili (BIONDI)<sup>353</sup>. Il valore economico deve intendersi come sinonimo dell'utilità delle cose, indipendentemente dal fatto che questa utilità si possa tradurre a valori monetari (monetizzare). Nel terzo capitolo abbiamo trattato sulla controprestazione economica nei contratti di servizi della società dell'informazione e di fornitura di contenuti digitali e abbiamo concluso che controprestazione economica non significa necessariamente controprestazione monetaria, perchè il termine "economico" è usato in senso ampio o lato. Si tratta in questo caso di un ragionamento analogo. Il valore economico delle cose non si deve tradurre necessariamente in quantità di denaro; basta che la cosa sia utile a soddisfare un interesse economico. La utilità della cosa si deve valutare da un punto di vista obiettivo *ex ante*: a prescindere dell'interesse soggettivo individuale che una persona abbia in un certo momento su quella cosa. In altre parole, la cosa deve essere utile a soddisfare un interesse, ma questo non significa che debba essere interessante ad un soggetto, ne che sia molto valutata (e diverso dire che una cosa è "preziosa", cioè, molto valutata; e che è utile). La utilità della cosa e la sua unità di destino economico consentono l'individuazione di beni specifici.

Quando una cosa ha un valore economico il Diritto gli presta attenzione: acquista rilevanza giuridica. La rilevanza giuridica di una cosa (ora già si può

---

<sup>352</sup> Si vedano i punti 3.3.1, sul bilateralismo del messaggio dati, e 4.4.3, sulla possibilità dei beni di essere oggetto di diritti.

<sup>353</sup> Si ricordi anche il testo di *Las Partidas*, che define i beni come "las cosas e que los omnes se sirven e se ayudan".

---

parlare di beni in senso giuridico) dipende della sua idoneità ad essere oggetto di diritti o, a meglio dire, oggetto su cui cadono diritti (centro d'imputazione giuridica). In questo senso si pronuncia l'articolo 810 CC-IT quando stabilisce che "sono beni le cose che possono essere oggetto di diritti"<sup>354</sup>. È importante soffermarci su alcuni aspetti di questo requisito. Innanzitutto dobbiamo soffermarci sull'idea di "possibilità", che è comune al Codice civile spagnolo ed al Codice civile Italiano. Sono beni le cose che possono essere oggetto di diritti, a prescindere del fatto che nel momento presente siano oggetto di diritti o no<sup>355</sup>. Inoltre, a che diritti si riferisce l'articolo 810 CC-IT. L'articolo 810 CC-IT è diverso sia dal articolo 333 CC-ESP che dal articolo 406 del Codice civile del Regno d'Italia (1865), in cui si basa l'articolo spagnolo. Secondo l'articolo 333 CC-ESP sono beni le cose che sono o che possono essere oggetto di appropriazione. Il Codice civile del 1942 abbandona il riferimento specifico al diritto di proprietà e parla di "diritti" in genere. È certo che senza che un bene appartenga ad alcun soggetto non si può costituire su di esso nessun altro diritto. Questa importanza indiscussa del diritto di proprietà permette di capire che a volte si confonda il diritto di proprietà con i beni e, in ultimo termine, il modo in cui sono stati scritti gli articoli 333 CC-ESP e 406 CC-IT 1865, che fanno riferimento al diritto di proprietà. Non si tratta di un'affermazione sbagliata, ma sì incompleta. Sono beni tutte quelle cose che possono essere oggetto di appropriazione, di cessione, di licenza d'uso, di prestito... cioè, tutte le cose che possono essere oggetto di diritti. In tutte queste situazione elencate, come in qualsiasi altra che si possa tirare fuori potremo identificare un proprietario, o al meno, la possibilità di che esista nel futuro un proprietario (si pensi alla *res nullius* o alla *res derelictae*). La possibilità di identificare un proprietario (sia presente che futuro) opera la distinzione tra beni e cose; quindi, se si dice che i beni sono le cose che sono o che possono essere oggetto di appropriazione vale a dire che sono beni le cose che sono o che possono essere oggetto di diritti (nella misura in cui tutti gli altri diritti verranno dopo). Come possiamo vedere, la più importante differenza tra Spagna e Italia per quanto riguarda alla definizione dei beni è una sfumatura di

---

<sup>354</sup> La definizione proposta dalla Commissione Rodotà mantiene questo criterio, aggiungendo che i beni possono essere materiali ed immateriali.

<sup>355</sup> Si ricordino anche le parole di MANRESA Y NAVARRO, che sottolinea che la possibilità di appropriazione dei beni non è sinonimo di appropriazione attuale, ma solo potenziale.

---

scarsa trascendenza pratica. Nonostante, parlare in genere di “diritti” rende più visibile che la teoria giuridica dei beni e anche il Diritto patrimoniale occupano della proprietà non solo quando è ferma (versante statica), ma anche quando circola, quando è oggetto di scambio (versante dinamica). Sono beni, dunque, le cose che sono o che possono essere oggetto di appropriazione, e anche oggetto di licenza d’uso, di prestito, eccetera. Conviene chiarire, finalmente, che per quanto riguarda alla definizione dell’articolo 810 CC-IT i servizi non sono beni. I servizi, come i beni, possono essere oggetto di diritti; invece, i servizi non possono essere oggetto di appropriazione. Da questo punto di vista forse l’articolo 333 CC-SP sia più chiaro. Nonostante, è facile distinguere tra servizi e beni tramite i criteri che abbiamo trattato in questo punto. Inoltre, quando parliamo di servizi facciamo riferimento ad un contratto. Le realtà metagiuridiche “sotto” i servizi sono le attività. Quando queste attività hanno un valore economico (cioè, sono utili) tramite un contratto, diventano “servizi”. I servizi non sono statici, ma sono dinamici e relazionali, e questo li distingue dei beni.

### 5.3. Materialità, immaterialità ed informaticità come caratteristiche dei beni in senso giuridico

Abbiamo definito i beni come entità (cose) metagiuridiche, statiche e con valore economico e, conseguentemente, rilevanza giuridica. Tuttavia, non abbiamo detto nulla sulla sua materialità. La materialità (o, a meglio dire, la corporalità) dei beni è un aspetto assai importante non solo per quanto riguarda alla costruzione di un concetto giuridico di beni informatici, ma anche perchè costituisce la differenza più importante tra la teoria giuridica dei beni (modello francese) ed il concetto legale di cose (modello tedesco).

Secondo il paragrafo 90 del BGB sono cose in senso legale solo gli oggetti corporali. Gli articoli 333 CC-ESP e 810 CC-IT non si riferiscono alla corporalità delle cose. Questo consente alla dottrina sia spagnola che italiana di ammettere la categoria dei beni immateriali come modalità di beni in senso giuridico tramite la definizione residuale di beni mobili. La differenza tra questi due modelli diventa più

---

chiara se si confronta il § 90 BGB con le proposte normative per la definizione dei beni sia in Spagna che in Italia, che già si fanno specifico riferimento alle cose materiali o immateriali che possono essere oggetto di diritti (Italia), e alle cose corporali o incorporali che possono essere oggetto di appropriazione (Spagna)<sup>356</sup>.

Esiste un'altra differenza, che è quella terminologica. Nel paragrafo 90 BGB la relazione genere e specie si stabilisce tra le "cose" (specie) e gli "oggetti" (genere). Abbiamo già trattato sull'indeterminatezza dei tre termini (beni, cose, oggetti) e scelto il termine "beni" come più corretto (o meno impreciso). Questa scelta, tuttavia, parte di un contesto giuridico specifico: il modello francese o teoria giuridica dei beni. Per prevenire confusioni terminologiche non necessarie continueremo intendendo i beni come specie del genere cose, tranne se parliamo specificamente di qualche aspetto del modello tedesco.

Interessa trattare a fondo la relazione tra materialità e corporalità. Si tratta di concetti diversi, sebbene utilizzati tante volte come intercambiabili. Materiale è tutto quello costituito di materia. La materia è tutta realtà spaziale e percettibile tramite i nostri sensi di cui sono fatte le cose che ci circondano. La materia e l'energia compongono il mondo fisico. Corporale è tutta entità che ha estensione limitata, percettibile tramite i nostri sensi. Non si tratta di una questione meramente terminologica, ma ha la sua importanza pratica per quanto riguarda alle energie. La definizione di materia che abbiamo inserito (presa dal Dizionario della Reale Accademia della Lingua Spagnola), sembra distinguere tra energia e materia. Nonostante, siamo d'accordo con GAMBARO, chi considera che la materialità dei beni dipende della sua tangibilità, cioè, che siano percettibili tramite i nostri sensi e non tramite gli occhi dell'intelletto (CASTÁN) come succede con i beni immateriali. Le energie, e l'elettricità, sono beni materiali dato che sono percettibili tramite i sensi (si pensi ad una scintilla elettrica), sebbene è vero che non sono corporali nella misura in cui non costituiscono un'entità separata ed autonoma dal punto di vista fisico. Quindi, non sono "cose in senso legale" ai sensi del § 90 BGB le energie né l'elettricità (ENNECCERUS). Invece, ai sensi dell'articolo 814 CC-IT si sono "beni in senso giuridico" le energie naturali che hanno valore economico.

---

<sup>356</sup> Articolo 1.3.a elaborato dalla Commissione Rodotà ed articolo 311-1 della Proposta di Codice civile elaborata dalla Associazione Spagnola di Professori di Diritto Civile.

---

I dati non sono altro che informazione codificata e leggibile tramite una macchina (ZECH; SARTOR). In altre parole, informazione raccolta e classificata in linguaggio binario. Il linguaggio binario è basato sulla combinazione di 0 e 1, che significano rispettivamente acceso (1) e spento (0). Qualcosa è accesa se l'elettricità scorre; ed è spenta se non scorre. In altre parole, dipende degli impulsi elettrici. Ai sensi di questo ragionamento si può dire che i dati sono, in ultimo termine, energia elettrica. Sarebbe più corretto dire che i dati si compongono di energia elettrica, strutturata secondo un codice, un linguaggio (il linguaggio binario), che è leggibile da una macchina (*hardware*), in modo tale che possono trasmettere informazione o, al meno, essere i suoi depositari. Questa qualità la chiameremo "informaticità". L'informaticità sarebbe, dunque, un tipo specifico di materialità non corporale dei beni che sono costituiti da impulsi elettrici codificati in linguaggio binario e, quindi, leggibili da una macchina in modo tale che possono trasmettere informazione o essere depositari d'informazione. L'informaticità è, come si può avvertire, una qualità essenziale dei beni informatici o beni digitali.

Resta da vedere, prima di trattare i beni informatici, la terza delle caratteristiche dei beni prima sottolineate: l'immaterialità. Dobbiamo tener presente che solo si può affermare l'immaterialità quale caratteristica dei beni partendo dal modello francese o "teoria giuridica dei beni", ma che conforme al modello tedesco solo sono cose nel senso legale gli oggetti corporali. Inoltre, l'immaterialità ha a che fare con l'informazione intesa come bene in senso giuridico.

L'informazione è diventata oggi suscettibile di sfruttamento (in altre parole, utile, con valore economico) grazie alla Rivoluzione Digitale. Sono stati specialmente importanti in questo punto i motori di ricerca e, più recentemente, tecnologie di raccolta massiva di dati (*big data*). La Rivoluzione Digitale comporta un salto qualitativo concernente all'importanza, complessità, utilità o creatività minime dell'informazione perchè sia suscettibile di sfruttamento, ovvero, perchè abbia valore economico. Non è niente di nuovo che qualche tipo d'informazione abbia valore economico: può trattarsi d'informazione importante (ad esempio, il momento in cui succederà determinata cosa), d'informazione utile (brevetti e modelli d'utilità), può essere informazione con valore artistico o creativo (marchi, o diritti d'autore). La novità è che la Rivoluzione Digitale ha permesso che qualche

---

tipo d'informazione (malgrado sia irrilevante, inutile o semplice individualmente valutata) sia suscettibile di sfruttamento e abbia, dunque, valore economico. Questa situazione ci porta a parlare di "beni informazionali". Sono "beni informazionali" tutte quelle entità metagiuridiche immateriali e statiche che hanno valore economico e rilevanza giuridica costituiti esclusivamente d'informazione "nuda".

Quando parliamo d'informazione "nuda" cerchiamo di distinguere i beni informazionali dei beni immateriali. I beni immateriali sono anche costituiti d'informazione, ma questa informazione non è irrilevante, inutile o senza valore creativo. Sono beni immateriali quelle opere dell'ingegno individualizzate e tutelate dall'ordinamento giuridico che agiscono da centro d'imputazione giuridica (ASCARELLI). Per quanto riguarda ai beni immateriali non è la mera informazione quello che ha un valore economico, ma solo l'informazione che ha alcune caratteristiche: originalità, complessità, creatività, utilità, importanza. Quindi, l'informazione non è nuda, ma vestita. Essendo precisi, il genere "beni informazionali" sarebbe genere di due specie: informazione nuda con valore economico intesa come bene, e beni immateriali. Nonostante, sembra più agevole confrontare i "beni informazionali" (strictu sensu) con i beni immateriali. In qualche modo, entrambi i tipi di beni sono costituiti d'informazione, e questa caratteristica gli offre grande versatilità per quanto riguarda alla sua forma esterna, al suo *corpus mechanicum*. Cioè, non smettono di essere beni in tanto continuo ad essere la stessa informazione individuale, autonoma e con valore economico che è stata considerata come bene dall'inizio, a prescindere del supporto a cui si aggrappano.

I beni immateriali, come i beni informazionali, sono beni non rivali, dato che possono essere sfruttati da un numero di persone alla stessa volta. D'altra parte, il costo di riproduzione è ridicolo in confronto al costo di creazione. Quando la riproduzione si svolge nell'ambiente informatico il costo è nullo. Se si svolge nell'ambiente informatico dovremmo parlare di clonazione più che riproduzione, dato che le copie sono identiche all'originale. Questo comporta anche che i beni immateriali ed informazionali sono beni "liberi" dal punto di vista economico data la sua potenziale abbondanza. Ci sono autori che considerano che in questi casi non si può parlare di beni nella misura in cui l'intervento del Diritto è giustificato dalla scarsità dei beni, del suo consumo "rivale". Se il bene non è scarso non crea

---

conflitti, e senza di loro non c'è bisogno d'intervento giuridico (GALGANO, PUGLIATTI). Non possiamo condividere questo approccio per due motivi fondamentali. In primo luogo, dal punto di vista normativo sia l'articolo 333 CC-ESP che l'articolo 810 CC-IT (e le proposte di riforma di entrambi) sottolineano come requisito fondamentale dei beni che possano essere oggetto di appropriazione (articolo 333 CC-ESP) o di diritti (articolo 810 CC-IT), dunque, che abbiano valore economico. Il valore economico dei beni ha a che fare con la sua utilità, non con la sua scarsità o abbondanza. Inoltre, affermare che un bene non è scarso è estremamente rischioso. Quello che oggi è abbondante può essere scarso domani. Si pensi nei casi in cui non esistono nel momento presente strumenti tecnologici sufficienti per approfittare il bene al massimo. Sarà bene solo quando si verifichi la sua scarsità? Non era utile (e quindi non aveva valore economico) prima, a prescindere di che fosse abbondante o scarso? La utilità non è condizionata dalla scarsità. Questa ultima può influenzare il prezzo di mercato, ma abbiamo già detto che il valore economico del bene non è legato alla sua "traduzione monetaria" o monetizzazione, al suo valore di scambio (BIONDI).

#### 5.4. [Classificazione dei beni a seconda dell'influenza su di loro del cyberspazio. La mobilità informatica dei beni](#)

Assunta l'importanza del cyberspazio e la sua utilità quale paradigma attraverso il quale capire meglio alcune delle conseguenze della rivoluzione digitale, resta d'analizzare che modalità di beni esistono a seconda dell'influenza del cyberspazio su di loro o, in altre parole, a seconda della sua possibilità o impossibilità di transitare dell'ambiente fisico a quello digitale e viceversa, senza smettere di essere beni. Il criterio del che partiamo ai fini di stabilire questa classificazione potrebbe intendersi analogo a quello che distingue i beni mobili dei beni immobili. Sono beni mobili tutti quelli che possono essere spostati da un luogo all'altro senza erosione della sua integrità, mentre che sono immobili tutti quelli che non possono essere

---

spostati senza erosione della sua integrità<sup>357</sup>. In questo caso si tratta di classificare i beni a seconda della sua mobilità “informatica”. Il criterio della mobilità informatica si potrebbe esprimere nei seguenti termini: saranno beni immobili dal punto di vista informatico tutti quelli che non possano essere spostati dall’ambiente fisico al cyberspazio o viceversa senza erosione della sua integrità (cioè, senza smettere di essere beni); in tanto che saranno mobili dal punto di vista informatico quelli che possano essere spostati da un ambiente all’altro senza smettere di essere beni (senza erosione della sua integrità giuridica quale beni). Questo ci porterà, insomma, a proporre un concetto giuridico di beni su cui si possa appoggiare l’economia digitale.

I beni corporali (sia mobili che immobili) sono chiaramente immobili dal punto di vista informatico, dato che non possono entrare nell’ambiente virtuale come tale beni. Ciò non vuol dire che non si possa rappresentare i beni corporali nel cyberspazio. Ad esempio, una macchina non può entrare nel cyberspazio, ma esistono infinite fotografie nell’ambiente virtuale che sono rappresentazioni di macchine reali. Si chiama *hardware* a tutto elemento costituito da base fisica in un sistema informatico, cioè, gli elementi grazie ai quali possiamo operare nell’ambiente virtuale. Malgrado tutti questi beni siano molto prossimi al cyberspazio nella misura in cui agiscono da “cardine” tra entrambi ambienti, sono anche detenuti nell’ambiente fisico. Per questo motivo diciamo che sono immobili dal punto di vista informatico. Le regole, e la logica giuridica, che governa il suo traffico giuridico è la stessa che corrisponde ai beni corporali; perchè sono, infatti, beni corporali.

Anche sono immobili dal punto di vista informatico quelli beni che non possono essere spostati dall’ambiente virtuale senza erosione della sua integrità giuridica (ovvero, smettere di essere beni). Si ricordi il caso della macchina e la sua fotografia. Il bene corporale “macchina” solo è tale bene nell’ambiente fisico. Nel cyberspazio esiste una rappresentazione grafica di questo bene. La suddetta

---

<sup>357</sup> Entrambe le definizioni si riferiscono a quello che la dottrina ha inteso come beni mobili o immobili “per natura”. Non ci interessa in questo punto occuparci delle sfumature tra le diverse classificazioni dei beni mobili e dei beni immobili. Questo è stato molto studiato dalla dottrina (*vid.* punto 4.5.1) e quello che ci interessa ora è il criterio della mobilità dei beni, a prescindere di specifici beni immobili “legali” che per natura sarebbero mobili, ad esempio.



---

rappresentazione grafica è anche un bene in senso giuridico, ma dovuto al suo valore in tanto che fotografia, che rappresentazione grafica, che informazione sotto forma di immagine. Tuttavia, sarebbe assurdo affermare che la fotografia della macchina che si trova nell'ambiente virtuale "é" la macchina stessa. Detto così, sembra ovvio. Nonostante, si danno situazioni in cui questo sembra di essere dimenticato, malgrado la sua importanza davanti al concetto di beni informatici.

Nel punto precedente abbiamo visto come i beni immateriali ed i beni informativi, nella misura in cui sono costituiti d'informazione, hanno una grande plasticità per quanto riguarda alla sua forma esterna, al suo supporto o *corpus mechanicum*. Questo accade perchè in questi casi il bene si identifica con la sua sostanza o *corpus mysticum*, ed è facile dissociarlo giuridicamente della sua forma esterna o *corpus mechanicum*, che è un mero contenitore. Un libro è un bene in senso giuridico (immateriale, per l'esattezza) per il suo contenuto, a prescindere della forma esterna che assuma (supporto fisico o elettronico). Lo stesso modo, una specifica informazione che ha valore economico continuerà ad essere un bene si trovi in supporto cartaceo o in supporto elettronico. Un'altra questione è che una specifica informazione solo abbia valore economico quando è resa disponibile in supporto elettronico dovuto alle possibilità di uso e di sfruttamento che questo supporto li permette. Ma l'informazione continua ad essere la stessa sia in un ambiente che nell'altro. Quello che succede è che solo sarà bene in senso giuridico quando sia resa disponibile in supporto elettronico nella misura in cui solo resa disponibile in questo formato ha possibilità di sfruttamento. Sono, quindi, le possibilità di utilizzare una specifica informazione le condizioni di cui dipende che l'informazione si consideri bene in senso giuridico, dato che la possibilità d'uso di una cosa è sinonimo di valore economico ed il valore economico di una cosa è condizione previa della sua rilevanza giuridica, che a sua volta è la caratteristica che distingue tra beni e cose. Perciò, se è possibile l'utilizzo di una specifica informazione (che non costituisca un bene immateriale) fuori dall'ambiente virtuale per qualsiasi ragione sarà un bene in senso giuridico.

La forma esterna dei beni in queste situazioni agisce in modo particolare. È necessaria per poter manipolare il bene ed estrarre la sua utilità, il suo valore economico. Nonostante, è disaccoppiata del proprio bene nella maggior parte dei

---

casi. Ci sono esempi di opere dell'ingegno nelle quali non è possibile separare il *corpus mysticum* del *corpus mechanicum*, come le opere plastiche. In questi casi la distruzione della forma comporta la distruzione del bene stesso, come accade con qualsiasi altro bene corporale. Tuttavia, queste opere non sono costituite "solo" d'informazione, il che spiega che non si possa separare neanche concettualmente il contenuto del contenitore. Lasciamo d'aparte questi casi per trattare quelli altri beni che, dato che sono costituiti solo d'informazione, non smettono di essere tali beni indipendentemente della sua forma esterna. Cioè, che possono essere spostati da un ambiente all'altro senza erosione della sua integrità giuridica, insomma, che sono beni mobili dal punto di vista informatico.

È interessante continuare a riflettere sulla dualità *corpus mysticum / corpus mechanicum* (o contenuto / continente), applicata a una situazione specifica. Sceglieremo il caso del "libro" (*ad ex.*, "La casa encendida", di Luis Rosales) come esempio rappresentativo di beni immateriali. Essendo un bene immateriale, possiamo affermare che è anche un bene mobile dal punto di vista informatico; cioè, non smetterà di essere lo stesso libro indipendentemente dal supporto in cui viene incorporato. Si possono produrre tante copie (fisiche o elettroniche) di "il" libro come si vogliano, in modo che possano godere del libro "n" soggetti allo stesso tempo. Anche se una copia elettronica del "libro" si trova in una cartella condivisa sulla *cloud* potranno contemporaneamente godere "la copia" tante persone come possano accedere alla cartella in cui si alloggia. Il "libro" è, in ciascuno di questi casi, il contenuto; e la forma, il continente: è sufficiente che il continente sia un supporto durevole, in modo che "il libro" non si distrugga. Se il "libro" è incorporato in un supporto informatico, potremmo dire che "quella copia" è stata digitalizzata, che è un "contenuto digitalizzato" o un "contenuto digitale". Abbiamo usato più volte in questo paragrafo la parola "libro" per chiarire la differenza tra il libro come bene immateriale e ciascuna delle copie (fisici o elettronici) che ne vengano fatte. Anche se a volte per l'economia della lingua parliamo di "libro" per riferirci ad una copia di esso, deve essere chiaro che non sono la stessa cosa, proprio perché come abbiamo detto in questi casi è possibile dissociare il lavoro come attività immateriale di ciascuna delle sue copie, e quindi dei loro supporti, che sono semplici continenti. Se "il libro" viene incorporato su supporti fisici, la copia fisica del libro è un bene

---

mobile dal punto di vista giuridico e, pertanto, le regole che sono applicabili ai rapporti giuridici sono quelli di beni mobili, fatto salvo il rispetto delle norme in materia di Diritto d'autore. Ma arrivati a questo punto, dobbiamo chiederci se quando si tratta di un “contenuto digitale”, vale a dire, quando un bene immateriale si incorpora in un supporto informatico, cosa è questo supporto dal punto di vista giuridico?

Il supporto informatico dei beni immateriali (parleremo qui di seguito di *software*) ha solo utilità nel cyberspazio. Cioè, è solo un bene nel cyberspazio (alcuni autori hanno affermato che tutto il cyberspazio è un linguaggio binario, ed è vero). Come nel caso dell'automobile e della fotografia, nell'ambiente fisico può essere rappresentato il bene informatico (ad esempio, scrivendo su un foglio di carta il codice del *software* come se fosse un romanzo), ma il bene informatico sarà solo tale all'interno del cyberspazio. Dedicheremo la seguente sezione alla proposta di un concetto di beni informatici, studiandolo in base ai criteri qui indicati ed in relazione ai “contenuti digitali”, cos'come sono attualmente definiti (e come potrebbero essere nel prossimo futuro) nell'Unione Europea, perchè è questo il concetto centrale attorno al quale si vuole costruire il quadro giuridico del Mercato Unico Digitale Europeo.

### 5.5. Beni digitali. Una proposta di concetto

Cominceremo per definire i beni informatici o beni digitali, per lavorare su questa base. Sono beni informatici tutte quelle entità metagiuridiche individualizzabili, statiche, con valore economico e con rilevanza giuridica, la cui natura è informatica (in contrapposizione alla natura corporale, materiale o immateriale dei beni). La natura informatica dei beni informatici (chiamiamola “informaticità”) comporta che questo tipo di beni sia immobile dal punto di vista informatico (*vid. supra*, punto precedente sulla mobilità informatica), dato che solo agiranno come tali beni dentro dell'ambiente virtuale.

---

È importante per quanto riguarda alla definizione di beni digitali tener presente quella di QUAH (2003, 6), che considera che i beni digitali sono sequenze di bits che influenzano l'utilità o il guadagno di alcuni individui nell'economia. Secondo questo autore i beni informatici sono (1) non rivali, (2) infinitamente estensibili, (3) discreti, (4) "aspaciali", e (5) recombianti. Sono non rivali perché il godimento da parte di un soggetto non ne pregiudica l'utilizzo da parte di altri (QUAH, 2003, 13). Sono infinitamente estensibili nella misura in cui la sua reproducibilità è illimitata ed a coste zero. La reproducibilità illimitata è inscindibilmente legata alla non rivalità dei beni (QUAH, 2003, 16), ed è legata anche al suo carattere recombinate (QUAH, 2003, 19). Sono discreti in quanto sono indivisibili<sup>358</sup>. Finalmente, sono "aspaciali", cioè, si possono trovare in diversi posti contemporaneamente (QUAH, 2003, 19). Questa ultima caratteristica è legata alla "natura informatica" dei beni digitali che abbiamo sottolineato prima.

D'altra parte, i contenuti digitali si definiscono come dati prodotti e forniti in formato digitale (articolo 2.11 della Direttiva 2011/83/UE). Useremo l'articolo 2.11 della Direttiva 2011/83/UE come punto di riferimento, perché dal momento è l'unico in vigore e attuato negli Stati membri (*cf.* articolo 59 *bis* 1.i TRLGDCU e 45.m Codice del consumo). Abbiamo espresso già i dubbi su questo concetto e sul contratto di fornitura di contenuti digitali. Basti ricordare brevemente che il termine "contenuto" digitale non rende visibile la funzione di supporto (contenitore) elettronico che hanno alcuni esempi di "contenuti digitali". Nel modo in cui sono definiti oggi i contenuti digitali, questo termine comprende sia beni immateriali o informativi che sono stati digitalizzati (ad esempio, un libro elettronico) che i beni informatici (*software*) che agiscono in qualità di contenitori di altri beni immateriali o informativi digitalizzati. Succede che i beni informatici hanno una doppia natura: contenitori e contenuti. Inoltre, il contratto di fornitura di contenuti digitali si costruisce intorno al suo oggetto di scambio (è contratto di fornitura di contenuti digitali tutto quel contratto che ha come oggetto su cui cade il contratto contenuti digitali), qualcosa di molto strano, dato che i tipi contrattuali sono definiti partendo dallo scambio di prestazioni o *synalagma* contrattuale, ma non partendo dell'oggetto

---

<sup>358</sup> *Vid.* QUAH (2003, 17): "Making a fractional copy rather than a whole one, where the fraction is distant from 1, will destroy that particular instance of the digital good".

---

di scambio. Questo comporta un rischio che tocca alle regole comuni di cui si intende dotare questo contratto: se pensano ad uno scambio di prestazioni, può darsi che alcune regole non funzionino bene se si applicano ad alcuni esempi di contratti di fornitura di contenuti digitali.

Tornando ai beni informatici, si può affermare tranquillamente che sono riferiti al *software*. È vero che il *software* è ormai un bene, ma solo dal punto di vista della proprietà intellettuale e della proprietà industriale (quando è brevettabile). Questo è vero, ma si noti che si protegge il *software* in tanto che opera dell'ingegno, cioè, bene immateriale. Insomma, si protegge la sua condizione di contenuto digitalizzato (*corpus mysticum*). Abbiamo detto che esistono “contenuti digitali” che hanno la doppia natura di beni immateriali digitalizzati e di contenitori o supporti elettronici di beni immateriali. Né la protezione del *software* come opera dell'ingegno né la sua considerazione come contenuto digitale rendono visibile questa doppia funzione.

Un *software* è una sequenza di istruzioni o indicazioni destinate ad essere utilizzate, diretta o indirettamente, in un sistema informatico per svolgere una funzione, una tarea, o per ottenere un risultato preciso (cfr. articolo 96 TRLPI)<sup>359</sup>. Se si confronta questa definizione del *software* con la definizione “funzionale” dei beni proposta nel presente capitolo possiamo concludere che il *software* è un bene, e un bene “informatico”. Non sono beni solo nella misura in cui sono opere dell'ingegno (su questo non c'è dubbio), ma anche sono beni in senso giuridico al di là della sua protezione giuridica attraverso la proprietà intellettuale o industriale.

Ogni *software* è un'entità, ed è, anche, individualizabile. Ciò significa che si può separare concettuale e giuridicamente dal suo ambiente, e che si può designare in modo singolare. È metagiuridico, visto che la sua esistenza non dipende dal Diritto, il cui solo riconosce questa esistenza. È statico, cioè, esiste indipendentemente dal fatto che si utilizzi o sia oggetto di scambio nel momento presente. Un servizio informatico, invece, è dinamico e relazionale dato che assume tutte le caratteristiche dei servizi. Ha valore economico nella misura in cui è utile. La utilità di un *software* è molto varia, ed ogni volta lo sarà anche di più. In qualche modo questa utilità del

---

<sup>359</sup> Ne la normativa europea ne la italiana sulla protezione giuridica del *software* forniscono un concetto come quello fornito dall'articolo 96 TRLPI spagnolo.

---

*software* non si limita ad agire come supporto elettronico, sebbene questa funzione di contenitore si deve rendere più visibile<sup>360</sup>.

La natura, la condizione dei beni informatici, è informatica ed immobile dal punto di vista informatico. Entrambe caratteristiche sono inscindibilmente legate come abbiamo intenzione di provare. Abbiamo definito la “informaticità” come un modo di materialità non corporale costituita da impulsi elettrici codificati in linguaggio binario leggibile da una macchina, in modo tale che possono fornire una specifica utilità e hanno, quindi, valore economico. L’informaticità è, una nuova forma di materialità derivante dalle rivoluzioni dell’informatica. Il linguaggio binario si utilizza dal 1949. Tuttavia, non è stato necessario elaborare un concetto di “informaticità” fino ad ora, a seguito dell’importanza sia economica che giuridica della tecnologia digitale o informatica e soprattutto dei suoi prodotti. Diversamente dalla materialità, la corporalità o la immaterialità dei beni, che si possono percepire intuitivamente dato che sono legate alla tangibilità e separabilità fisica dello specifico bene, l’informaticità è più complessa. Non è legata alla tangibilità del bene ma alla sua struttura (linguaggio binario), visto che è questa struttura la che rende utile il bene tramite la sua lettura da una macchina. Si potrebbe dire che l’informaticità è costituita dalla seguente sequenza: impulso elettrico + codificazione + macchina = utile. Quando si danno tutte queste condizioni legate ad un’entità metagiuridica individualizzabile, ci troviamo di fronte ad un bene informatico.

I dati prodotti e forniti in formato digitale sono beni informatici? Ovviamente gli esempi forniti dal Considerando 19 della Direttiva 2011/83/UE, che serve a interpretare la succinta definizione di “contenuti digitali” dell’articolo 2.11, sono beni; nonostante, ci sono esempi di beni informatici intesi nel modo in cui li abbiamo definito e anche esempi di beni immateriali digitalizzati. Questa situazione sarà molto più confusa se dobbiamo chiamare contenuti digitali a certi tipi di contratti di servizi online o di accesso a certi ambienti digitali (come *cloud computing* o *reti sociali*) come inizialmente intendeva la proposta 634/2015. Per fortuna, gli emendamenti presentati dal Consiglio distinguono, al meno dal punto di

---

<sup>360</sup> Vid. QUAH, D. (2003, 6): “Easiest to think of a digital good is a recipe”.

---

vista terminologico, tra “contenuti digitali” e “prestazioni digitali”<sup>361</sup> (2016), e tra “contenuti digitali” e “servizi digitali” (2017). Questa modifica non può che essere apprezzata, sebbene è insufficiente, dato che la regolazione del contratto di fornitura di contenuti digitali è unica, non distingue tra fornitura di servizi e fornitura di contenuti, il quale si capisce tenendo conto che questo contratto gira attorno all’oggetto di scambio, ai contenuti digitali. Nonostante, nel caso di essere accettati gli emendamenti e visto che il contratto gira attorno all’oggetto di scambio, dovrebbe al meno parlarsi di contratti di fornitura di contenuti digitali e di prestazione di servizi digitali, e spostare anche questa distinzione al titolo della proposta di Direttiva (o parlare semplicemente di contratti “sui contenuti digitali”).

---

<sup>361</sup> Il termine originale in lingua inglese è “digital facilities”, che abbiamo scelto di tradurre come “prestazioni digitali”.

---

## 6. Conclusioni. È tutto un guscio vuoto?

La domanda con cui cominciamo questo punto di chiusura al nostro lavoro potrebbe esprimersi anche in un altro modo: a che serve la creazione di una nuova categoria giuridica, i beni informatici, quando la sua elaborazione a livello europeo è così difficile? Ricordiamo che il concetto di beni informatici proposto è accettabile dalla prospettiva della teoria giuridica dei beni (modello francese), ma non dalla prospettiva del concetto legale di cose (modello tedesco). A questa differenza tra i diversi stati membri dell'Unione Europea si aggiunge che si deve effettuare un ragionamento assai complicato per dimostrare che sono beni in senso giuridico i supporti elettronici dei beni immateriali ed informazionali digitalizzati e, in genere, qualsiasi *software* (oltre la sua protezione quale opera dell'ingegno). Queste difficoltà contribuiscono, a nostro parere, a far che l'economia digitale si appoggi fondamentalmente sulla logica dei servizi, ed alla proliferazione di nuove categorie contrattuali nel quadro dell'autonomia della volontà o, a meglio dire, della sua versione ridotta, la libertà per concludere contratti ormai chiusi per quanto riguarda al suo contenuto.

Questo non è una critica all'evoluzione delle categorie contrattuali a seguito delle necessità dell'economia (a questo serve esattamente il principio di autonomia della volontà), ma un'avvertenza sul uso a danno del consumatore della sua propria autonomia della volontà e soprattutto, sul pericolo di che una "moda contrattuale" possa cristallizzare in una norma europea in modo tale che sia troppo difficile optare per certi tipi di contratti in un determinato settore dell'economia (in questo caso, contratti per la circolazione di beni nell'economia digitale).

Ci troviamo ancora elaborando la recezione giuridica della Rivoluzione Digitale e non esiste ancora un ampio elenco di esempi che fanno prova dell'impoverimento del consumatore per quanto riguarda al suo potere proprietario; cioè, alle cose che può fare con i beni informatici e con i beni immateriali ed informazionali digitalizzati che contratta, confrontate con le cose che potrebbe fare con questi stessi beni quando sono acquisiti come prodotti fisici. Un primo esempio può essere quello dei libri, spiegato da MAESTRI. Prima dell'avvento di internet, se si acquistava un



---

libro si poteva leggerlo più volte, prestarlo o farne ciò che si voleva e l'autore non avrebbe avuto nulla da eccepire in merito all'uso secondario del suo libro. Oggi lo stesso libro (si ricordi che "il" libro è diverso dalle infinite copie che si possono fare) in formato e-book è regolato da criteri diversi. Se l'autore sostiene che possiamo leggere il libro una sola volta, è possibile applicare questo livello di controllo. Prima dell'avvento di internet, se si acquistava un CD di musica, questa copia di "la" musica si poteva lasciare in testamento. Oggi, se la stessa musica si contratta (si veda che non diciamo "si acquista") tramite una piattaforma, cioè, tramite un contratto di licenza d'uso personale e vitalizio, ma non cedibile, il licenziatario non potrà lasciare questa musica in testamento<sup>362</sup>. Si può rispondere che è possibile acquistare il libro in supporto cartaceo, oppure il CD di musica, e che l'autonomia della volontà consente a chiunque di concludere i contratti ciò che vuole, sia una licenza d'uso, un contratto d'accesso o una compravendita. È vero, ma anche è vero che la tendenza è sempre di più concludere contratti di servizi, di licenza d'uso e d'accesso, e non di circolazione di beni. Si capisce quando si vede che è più agevole sotto vari profili concludere questi contratti. Ma dobbiamo essere consapevoli di che questa maggior difficoltà dei contratti sulla circolazione di beni è legata allo scarso o quasi inesistente sviluppo di una teoria giuridica dei beni informatici che non sia riferita alla sua protezione in tanto che opere dell'ingegno.

Finalmente, il caso *UsedSoft vs Oracle* (SCGUE di 3 luglio del 2012) prova che il rischio di cui parliamo va ben inoltre di "affari domestici" o di scarsa importanza, come quelli che abbiamo elencato prima sui libri e sulla musica. Questo caso si riferisce alla possibilità di applicare la regola dell'esaurimento del diritto di distribuzione di opere dell'ingegno protette dal diritto d'autore ad un caso di licenza d'uso indeterminata di *software*.

Oracle è un'azienda nordamericana che distribuisce i suoi programmi per elaboratore sia in formato elettronico che fisico (contenuti digitali e beni mobili ai sensi della Direttiva 2011/83/UE). Nel contratto di licenza d'uso si può leggere una clausola secondo la quale con il pagamento per i servizi il titolare della licenza avrà, esclusivamente per le sue operazioni interne, un diritto d'uso indeterminato, non

---

<sup>362</sup> Si tratta di una controversia reale, tra Bruce Willis e la piattaforma iTunes (<https://www.theguardian.com/film/2012/sep/03/bruce-willis-apple-itunes-library>).

---

esclusivo, non trasmissibile e gratuito a tutti quelli prodotti e servizi che Oracle distribuisca e ceda sulla base di questo contratto. Si tratta, allora, di licenze d'uso non limitate nel tempo.

UsedSoft è un'azienda tedesca il cui modello di negozio si fonda sulla acquisizione di licenze d'uso e la sua successiva rivendita. UsedSoft acquista licenze d'uso di programmi appartenenti a Oracle; e nel 2005 offerta promozioni speciali su licenze d'uso di seconda mano di Oracle, sottolineando che tutte le licenze d'uso si trovano aggiornate a seconda del contratto di licenza d'uso originale, il cui consente inoltre di scaricare gli aggiornamenti successivi dei programmi.

Oracle fa causa a UsedSoft dinanzi alla giurisdizione tedesca sostenendo che il diritto d'uso dei programmi per elaboratore non è trasmissibile, come specificato nella clausola, e che i titolari di licenze d'uso dei suoi programmi non sono autorizzati a trasmettere i suddetti programmi a terze parti. La Corte assimila in questo caso il contratto di licenza d'uso di programmi per elaboratore a tempo non determinato con il contratto di compravendita, agli effetti della regola dell'esaurimento del diritto di distribuzione. Il criterio espresso dalla Corte è corretto, ma la sua efficacia è limitata (alla regola dell'esaurimento del diritto di distribuzione) e non ha avuto un'accoglienza pacifica<sup>363</sup>. Si tratta, a nostro parere, di un chiaro esempio di come l'autonomia della volontà utilizzata come pretesto ed il traffico online di "contenuti digitali" può portare a situazioni d'impoverimento del consumatore (o cliente) digitale. La clausola che impedisce trasmettere ai terzi il programma per elaboratore sarebbe anche nulla se questo programma fosse fornito in CD, ma in questa seconda situazione si vede più chiaro. Invece, nel caso UsedSoft è stato necessario un complicato ragionamento dalla Corte (non privo di dibattito) per poter dimostrare che la suddetta clausola è nulla, a prescindere di se il programma è reso disponibile sia in formato elettronico che fisico.

Se guardiamo oltre questo specifico caso, potremo renderci conto che la mancanza di un concetto giuridico di beni informatici o digitali ci porta ad un altro disequilibrio. Il *software* (programmi per elaboratore, apps, videogiochi e qualsiasi altro prodotto la cui base logica sia un insieme di istruzioni in linguaggio binario

---

<sup>363</sup> Si veda il punto 1.5 per un commentario più dettagliato su questo caso.

---

leggibili da una macchina e che consentono di “fare cose”<sup>364</sup>) è protetto in tanto che opera dell’ingegno, sia tramite la proprietà intellettuale che industriale. Quindi, il creatore si è protetto in quanto tale. Si può dire che il Diritto protegge la ricchezza statica legata all’economia digitale (il *software* protetto giuridicamente in tanto che creazione, che opera). Dal punto di vista sia dei clienti che della protezione giuridica della ricchezza “dinamica” la situazione è diversa. È difficile elaborare un’argomentazione che consenta chiaramente la circolazione online di prodotti digitali tramite contratti per la circolazione di beni come sono la compravendita o anche il contratto di fornitura (quest’ultimo inteso ai sensi dell’articolo 1559 CC-IT e non in maniera vuota<sup>365</sup>). La difficoltà non è solo normativa (cfr. Considerando 19 Direttiva 2011/83/UE), ma anche giurisprudenziale (il criterio della Corte di Giustizia dell’Unione Europea espresso nel caso UsedSoft si limita ad affermare l’equivalenza tra il contratto di licenza d’uso di *software* a tempo non determinato ed il contratto di compravendita esclusivamente agli effetti della regola dell’esaurimento).

Se il *software* è ormai protetto in tanto che opera dell’ingegno ed è anche possibile la sua circolazione dato che le opere dell’ingegno possono essere oggetto di contratti di compravendita, che cosa apporta un concetto giuridico di beni informatici o beni digitali?

Quando si conclude un contratto di compravendita di un’opera dell’ingegno (si pensi nuovamente ad un libro) quello che è oggetto di scambio è la copia di questa opera (si ricordi la contrapposizione tra “il libro” e “un libro”), tranne quelli casi in cui il *corpus mysticum* è inscindibilmente legato al *corpus mechanicum*, come succede alle opere plastiche. Neanche in questi casi l’autore si separa completamente della sua opera. Cioè, non si può dire che l’opera circola sotto tutti i punti di vista. Lasciando d’aparte le opere plastiche, per poter acquistare una copia di “la” opera,

---

<sup>364</sup> Siamo d’accordo con GARROTE FERNÁNDEZ-DÍAZ quando afferma che l’elenco di esempi è ridondante nella misura in cui sono sinonimi.

<sup>365</sup> Il Considerando 19 della Direttiva 2011/83/UE esclude espressamente la considerazione del contratto di fornitura di contenuti digitali sia come compravendita che come contratto di servizi. Per questo diciamo che s’intende il contratto di fornitura in maniera vuota, perchè non è legato ad uno scambio basico di prestazioni (synalagma), ma solo ad un’oggetto di scambio specifico (i contenuti digitali).

---

questa dovrà incarnarsi in un supporto (contenitore, *corpus mechanicum*), che necessariamente deve essere durevole. Si ricordi che “durevole” è qualcosa diversa di “tangibile”, e che un supporto durevole può essere, dunque, sia tangibile che intangibile. Il contenitore di un’opera dell’ingegno è stato tradizionalmente un bene corporale mobile o immobile, giuridicamente diverso del bene materiale contenuto (*corpus mysticum*), ma oggi la tecnologia consente che agisca come supporto un altro bene non corporale sempre che sia durevole. Se questo è possibile, dovrà essere anche possibile che la copia del bene immateriale o informazionale legato ad un supporto elettronico sia anche oggetto di compravendita in generale, non solo per quanto riguarda alla regola dell’esaurimento del diritto di distribuzione. Affinché ciò sia possibile, si deve assumere la condizione di beni in senso giuridico dei supporti informatici che agiscono da contenitori (e del *software* in generale); in fine, ammettere i beni informatici come modalità dei beni in senso giuridico intesi come li abbiamo descritto prima.

Che l’interesse dei consumatori digitali si riferisca ogni volta di più all’accesso e l’uso (economia della velocità) a danno della circolazione dei beni e l’accumulo di ricchezza (economia di scala) giustifica un’attenzione crescente per questi modalità contrattuali e conseguentemente il suo sviluppo giuridico e la sua cristallizzazione normativa. Tuttavia, in nessun caso può avallare che la transizione verso l’economia digitale si appoggi in modo immensamente maggioritario sulla logica dell’accesso, le licenze d’uso ed i servizi; chiudendo la porta alla circolazione di ricchezza digitale lo stesso modo che lo fa quella non digitale. Che sia data tale possibilità dipende dell’adattamento del concetto giuridico dei beni all’economia digitale.

Tutto questo ragionamento è circoscritto alla teoria giuridica dei beni (quello che si è chiamato prima “modello francese”). Resta domandarci se sarebbe possibile utilizzare il concetto espresso di beni informatici nel contesto del “concetto legale di cose” o “modello tedesco”. Nella misura in cui la corporalità è intesa in un senso naturalistico questo non è possibile. Se la corporalità s’intende in un senso giuridico o “funzionale” lo stesso modo che succede con l’individualità o la autonomia dei beni (si ricordi il caso dei beni immobili) si potrebbe discutere al riguardo. Tutto ciò consentirebbe posporre il dibattito sull’unificazione di criteri recanti la teoria giuridica dei beni o cose. Nonostante, a questa ricerca serve un lavoro successivo.

---

Per questo motivo, lo possiamo indicare solo come irrequietezza, in tanto che è necessaria una ricerca più approfondita, ai fini di raggiungere un concetto giuridico di beni informatici comune a livello europeo in modo tale che l'economia digitale del Mercato Unico Europeo (MUDE) non si appoggi quasi in modo esclusivo sulla logica dei servizi, licenze d'uso e contratti d'accesso.

---

## 7. Fuentes

### 7.1. Normativa (por orden cronológico)

#### 7.1.1. Histórica o derogada

- Estatuto de la Reina Ana, 1710.
- Estatuto de Venecia, 1474.
- Novísima Recopilación de las Leyes de España, 1805. Disponible en: <http://fama2.us.es/fde/ocr/2006/novisimaRecopilacionT4.pdf>.
- Codice civile del Regno d'Italia, 1865.
- Tratado constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero, París, 18 de abril de 1951 (BOE núm. 1, de 1 de enero de 1986). Disponible en: [https://www.boe.es/legislacion/enlaces/documentos/ue/Tratados\(0397-0475\).pdf](https://www.boe.es/legislacion/enlaces/documentos/ue/Tratados(0397-0475).pdf).
- Ley Modelo de las Naciones Unidas sobre Comercio Electrónico, de 16 de diciembre de 1996 (modificado en junio de 1998). Disponible en: [https://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/electcom/05-89453\\_S\\_Ebook.pdf](https://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/electcom/05-89453_S_Ebook.pdf).
- Directiva 98/48/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de julio de 1998, que modifica la Directiva 98/34/CE por la que se establece un procedimiento de información en materia de las normas y reglamentaciones técnicas. Disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:31998L0048&from=ES>.
- Ley Modelo de las Naciones Unidas sobre Firma Electrónica, de 5 de julio de 2001. Disponible en: [http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral\\_texts/electronic\\_commerce/2001\\_Model\\_signatures.html](http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/electronic_commerce/2001_Model_signatures.html).

#### 7.1.2. Vigente

- Código civil español. Real Decreto de 24 de julio de 1889. Actualizado a 29 de junio de 2017. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1889-4763>.
- Codice di Procedura Civile. Regio Decreto 28 ottobre 1940, n. 1443. Actualizado con las modificaciones de la Ley n.81 de 22 de mayo de 2017.

- 
- Disponible en: <http://www.altalex.com/documents/codici-altalex/2015/01/02/codice-di-procedura-civile>.
- Codice civile italiano. Real Decreto, de 16 marzo 1942, n. 262. Disponible en: <http://www.altalex.com/documents/codici-altalex/2015/01/02/codice-civile>.
  - Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual. Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril (actualizado por el Real Decreto-ley 12/2017, de 3 de julio). Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1996-8930>.
  - Directiva 2000/31/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el comercio electrónico). Disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32000L0031:Es:HTML>.
  - Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2002-13758>.
  - Decreto legislativo de 9 de abril de 2003, n. 70. Attuazione della Direttiva 2000/31/CE relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione, in particolare il commercio elettronico, nel mercato interno. Disponible en: <http://www.interlex.it/testi/dlg0370.htm>.
  - Codice del consumo. Decreto legislativo, de 6 septiembre 2005, n. 206 (actualizado por el Decreto legislativo de 15 de enero de 2016). Disponible en: <http://www.altalex.com/documents/codici-altalex/2014/03/19/codice-del-consumo>.
  - Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias. Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2007-20555>.
  - Directiva 2009/24/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2009, sobre la protección jurídica de los programas de ordenador (versión

- 
- codificada). Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2009-80808>.
- Tratado de Unión Europea (versión consolidada). DOUE C 83/13, de 30 de marzo de 2010. Disponible en: <https://www.boe.es/doue/2010/083/Z00013-00046.pdf>.
  - Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (versión consolidada). DOUE C 83/47, de 30 de marzo de 2010. Disponible en: <https://www.boe.es/doue/2010/083/Z00047-00199.pdf>.
  - Directiva 2011/83/UE, del Parlamento Europeo, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores, por la que se modifican la Directiva 93/13/CEE del Consejo y la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan la Directiva 85/577/CEE del Consejo y la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, 22 de noviembre de 2011 (BOE núm. 304, de 22 de noviembre de 2011). Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2011-82312>.
  - Reglamento UE 910/2014, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de julio de 2014, relativo a la identificación electrónica y los servicios de confianza para las transacciones electrónicas en el mercado interior y por la que se deroga la Directiva 1999/93/CE. Disponible en: [https://www.sede.fnmt.gob.es/documents/10445900/10526844/Reglamento\\_UE\\_910\\_2014.pdf](https://www.sede.fnmt.gob.es/documents/10445900/10526844/Reglamento_UE_910_2014.pdf).
  - Reglamento UE 2016/679, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos). Disponible en: <https://www.boe.es/doue/2016/119/L00001-00088.pdf>.



---

### 7.1.3. Proyectada

- Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a una normativa común de compraventa europea, 11 de octubre de 2011 [COM (2011) 635 final]. Disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52011PC0635&from=ES>.
- Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos digitales, 9 de diciembre de 2015 [COM (2015) 634 final]. Disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A52015PC0634>.
- Council of the European Union, Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content (First Reading) Revised text proposal, Interinstitutional file 2015/0287 (COD), Bruselas, 15 de junio de 2016. Disponible en: <https://www.eumonitor.eu/9353000/1/j9vvik7m1c3gyxp/vk4zal0c4nzz#p2>.
- Council of the European Union, Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content (First Reading) General approach, Interinstitutional file 2015/0287 (COD), Bruselas, 1 de junio de 2017.
- Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a determinados aspectos de los contratos de compraventa en línea y otras ventas a distancia de bienes, de 9 de diciembre de 2015 [COM (2015) 635 final]. Disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A52015PC0635>.
- Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo, por el que se garantiza la portabilidad transfronteriza de los servicios de contenidos en línea en el mercado interior, de 9 de diciembre de 2015 [COM (2015) 627 final]. Disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52015PC0627&from=ES>.
- Propuesta de Código civil, Asociación de Profesores de Derecho Civil. Disponible en: <http://www.derechocivil.net/esp/libros.php>.

---

## 7.2. Fuentes doctrinales (por orden alfabético)

- ASCARELLI, T., Teoría de la concurrencia y de los bienes inmateriales, Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia – Bosch, Barcelona, 1970.
- ALLARA, M., Dei beni, Giuffrè Editore, Milán, 1984.
- ÁLVAREZ HERNANDO, J.; SAN JOSÉ CABEZUDO, R., Comunicación eficaz y legal. Claves jurídicas y de marketing para la empresa del siglo XXI, 1ª Edición, Lex Nova, Valladolid, 2012.
  - o “La revolución digital”, en Comunicación eficaz y legal. Claves jurídicas y de marketing para la empresa del siglo XXI, 1ª Edición, Lex Nova, Valladolid, 2012, pp. 29-108.
- AMSTRONG, E., Before Copyright: The French Book-Privilege System 1498-1526, Cambridge University Press, Cambridge, 1990.
- APARICIO VAQUERO, J. P., “Propiedad intelectual y suministro de contenidos digitales”, en Indret: Revista para el Análisis del Derecho, n. 3, 2016.
- BECKER, M., “Rights in data – Industry 4.0 and the IP Rights of the Future”, en Zeitschrift für Geistiges Eigentum – Intellectual Property Journal, n. 4, 2017, 253-265.
- BELFIORE, A., “I beni e le forme giuridiche di appartenenza. A propósito di una recente indagine”, en Rivista Critica del Diritto Privato, n. 4, diciembre de 1983, pp. 855-924.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Dir.), Tratado de contratos – Tomo I – concepto, límites, significación, requisitos, formación, forma, documentación, interpretación e integración, eficacia e ineficacia del contrato, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.
  - o “Introducción al Derecho de contratos”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Dir.), Tratado de contratos – Tomo I – concepto, límites, significación, requisitos, formación, forma, documentación, interpretación e integración, eficacia e ineficacia del contrato, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 107-137.
- BIONDI, B., I beni, Editrice Torinese, Turín, 1956.

- 
- Voz “Cosa”, en Novissimo Digesto Italiano, vol. IV, año 1959, pp. 1006-1031.
  - BUSCH, C.; SCHULTE-NOLKE, H.; ZOLL, F., “Digital Single Market: Discussion Draft of a Directive on Online Intermediary Platforms”, Conference Materials. Annual Conference of the European Law Institute, Ferrara, 2016.
  - CALVO CARAVACA, A. L.; CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., Conflictos de leyes y conflictos de jurisdicción en internet, Colex, Madrid, 2001.
  - CÁMARA LAPUENTE, S., Comentarios y normas de protección de los consumidores. Texto refundido (RDL 1/2007) y otras leyes y reglamentos vigentes en España y en la Unión Europea, Colex, Madrid, 2011.
    - “Comentario al artículo 6 del TRLGDCU”, en CÁMARA LAPUENTE, S. (Dir.), Comentarios y normas de protección de los consumidores. Texto refundido (RDL 1/2007) y otras leyes y reglamentos vigentes en España y en la Unión Europea, Colex, Madrid, 2011, pp. 185-194.
    - “La nueva protección del consumidor de contenidos digitales tras la Ley 3/2014, de 27 de marzo”, en Revista CESCO de Derecho de Consumo, n. 11, 2014, pp. 79-167.
    - “El régimen de la falta de conformidad en el contrato de suministro de contenidos digitales según la propuesta de Directiva de 9 de diciembre de 2015”, en Indret: Revista para el Análisis del Derecho, n. 3, 2016. Disponible en: <http://www.indret.com/pdf/1242.pdf>.
  - CARRASCO PERERA, A. (Dir.), Tratado de la compraventa: homenaje a Rodrigo Bercovitz, Aranzadi, Navarra, 2013.
  - CASANOVAS, P. (Ed.), Internet y pluralismo jurídico: formas emergentes de regulación, Comares, Granada, 2003.
    - “Cambio tecnológico, pluralismo jurídico, Estado de derechos, en CASANOVAS, P. (Ed.), Internet y pluralismo jurídico: formas emergentes de regulación, Comares, Granada, 2003, pp. 1-32.
  - CASTÁN TOBEÑAS, J., Derecho Civil español común y foral. Tomo primero. Introducción y parte general. Vol. 2. Teoría de la relación jurídica.

- 
- La persona y los derechos de la personalidad. Las cosas. Los hechos jurídicos, 15ª Edición, Reus, Madrid, 2007.
- CASTELLANI, L. G., “I testi dell’UNCITRAL in materia di commercio elettronico”, en FINOCCHIARO, G.; DELFINI, F. (Coords.), Diritto dell’informatica, UTET, Milán, 2014, pp. 43-62.
  - CLEMENTE DE DIEGO, F., Instituciones de Derecho Civil Español – Tomo I, Gráficos Julio San Martín, Madrid, 1959.
  - DAVIS, S. M.; MEYER, C., La velocidad de los cambios en la economía interconectada, Paidós, Barcelona, 2000.
  - DE CASTRO Y BRAVO, F., El negocio jurídico, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1971 (Reimpresión, Civitas, Madrid, 2016).
  - DE FRANCESCHI, A. (ed.), European Contract Law and the Digital Single Market. The implications of the Digital Revolution, Intersentia Ltd, Cambridge, 2016.
    - o “European Contract Law and the Digital Single Market: Current Issues and New Perspectives”, en DE FRANCESCHI, A. (ed.), European Contract Law and the Digital Single Market. The implications of the Digital Revolution, Intersentia Ltd, Cambridge, 2016.
  - DE FRANCESCHI, A.; LEHMANN, M., “Data as a Tradeable Commodity and New Measures for their Protection”, en The Italian Law Journal, n. 1, 2015, pp. 51-72. Disponible en: [http://www.theitalianlawjournal.it/data/uploads/pdf/1\\_2014/data-as-tradeable.pdf](http://www.theitalianlawjournal.it/data/uploads/pdf/1_2014/data-as-tradeable.pdf).
  - DE LA ESPERANZA MARTÍNEZ-RADÍO, A., traducción, revisión y anotaciones sobre el Derecho español a BIONDI, B., Los bienes, Bosch, Barcelona, 2003.
  - DE LA SIERRA MORÓN, S., Una metodología para el Derecho Comparado europeo. Derecho Público Comparado y Derecho Administrativo Europeo, Civitas, Madrid, 2004.
  - DE LOS MOZOS, J. L., Estudios sobre el Derecho de los bienes, Montecorvo, 1991.

- 
- DE MARTINO, F., Dei beni in generale, en Commentario del código civile a cura di A. SCIALOJA e G. BRANCA – Libro III – della proprietà – art. 810-956, Zanichelli, Bologna, pp. 1-67.
  - DE MIGUEL ASENSIO, P. A., Derecho Privado de internet, 4ª Edición, Civitas, Navarra, 2011.
    - o Derecho Privado de internet, 5ª Edición, Civitas, Navarra, 2015.
  - DE RIVA, “La Revolución Digital. Concepto y alcance”, en Revista del Instituto de Estudios Económicos, nº 1 y 2, 2016 (Monográfico sobre la Revolución Digital), pp. 3-14.
  - DÍAZ FRAILE, J. M., “Aspectos jurídicos más relevantes de la Directiva y del Proyecto de Ley español de comercio electrónico”, en ORDUÑA MORENO, F. J., Contratación y comercio electrónico (Obra concordada con la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y del Comercio Electrónico), Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 76-121.
  - DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial Vol. III, 5ª Edición, Civitas, Madrid, 2008.
  - DOMINGO OSLÉ, R., Textos de Derecho Romano, Aranzadi, Navarra, 2002.
  - DRAETA, U., “Internet nel diritto internazionale”, en FINOCCHIARO, G.; DELFINI, F. (Coords.), Diritto dell’informatica, UTET, Milán, 2014, pp. 3-42.
  - ECHEVARRÍA EZPONDA, J., “21 tesis sobre el Tercer Entorno, Telépolis y la vida cotidiana”, en XIV Congreso de Estudios Vascos sobre Sociedad de la Información”, Eusko Ikaskuntza, Donostia, 1998, pp. 7 y ss. Disponible en:  
<http://www.3digitala.eu/es/publicaciones/colecciones/congresosestudiosvascos/publicacion.php?o=1051>.
  - ENNECCERUS, L., KIPP, T., WOLFF, M., Tratado de Derecho civil, primer tomo, parte general, volumen primero, 13ª Revisión (traducido al castellano por PÉREZ GONZÁLEZ, J. y ALGUER, J.) Bosch, Barcelona, 1951.

- 
- FELDSTEIN DE CÁRDENAS, S. L., Contratación electrónica internacional. Una mirada desde el Derecho Internacional Privado, Eumed, Buenos Aires, 2008. Disponible en: <http://www.eumed.net/libros-gratis/2008c/435/index.htm>.
  - FERNÁNDEZ DOMINGO, J. I., “Algunas notas acerca de la contratación electrónica y el comercio electrónico”, en ORDUÑA MORENO, F. J., Contratación y comercio electrónico (Obra concordada con la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y del Comercio Electrónico), Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 241-265.
  - FERRARA, F., Trattato di Diritto civile italiano – Vol. I – Dottrine generali – Parte I – Il diritto – I soggetti – Le cose, Athenaeum, Roma, 1921.
  - FINOCCHIARO, G.; DELFINI, F. (Coords.), Diritto dell’informatica, UTET, Milán, 2014.
    - o “La Convenzione sull’uso di comunicazioni elettroniche nei contratti internazionali”, en FINOCCHIARO, G.; DELFINI, F. (Coords.), Diritto dell’informatica, UTET, Milán, 2014, pp. 63-70.
  - FLORIDI, L., La rivoluzione dell’informazione, Codice Edizioni, Turín, 2012.
  - FUKUYAMA, F., El fin de la historia y el último hombre, Planeta, 1992.
  - GALGANO, F., Trattato di Diritto civile, V. 1, 3ª Edición, CEDAM, Padua, 2015.
  - GAMBARO, A., I beni – Trattato di Diritto Civile e Commerciale diretto da A. CICU, F. MESSINEO, L. MENGONI, e continuato da P. SCHLESINGER, Giuffrè Editore, Milán, 2012.
  - GARCÍA-ESCUADERO MÁRQUEZ, P., “Voto parlamentario no presencial y sustitución temporal de los parlamentarios”, en Corts: Anuario de derecho parlamentario, n° 24, pp. 81-114. Disponible en: <file:///C:/Users/Jose%20Antonio/Downloads/Dialnet-VotoParlamentarioNoPresencialYSustitucionTemporalD-3427316.pdf>.
  - GARRIGUES Y DÍAZ-CAÑABATE, J., Tratado de Derecho Mercantil, Tomo III, Vol. 1, Madrid, 1963.

- 
- GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I., “Compraventa y suministro de contenidos digitales en la Directiva 83/2011 y CESL”, en CARRASCO PERERA, A. (Dir.), Tratado de la compraventa: homenaje a Rodrigo Bercovitz, Aranzadi, Navarra, 2013, pp. 753-764.
  - GETE-ALONSO Y CALERA, M. C., Estructura y función del tipo contractual, Bosch, Barcelona, 1979.
    - o Estudios sobre el contrato, Atelier, Barcelona, 2008.
  - GÓMEZ PERALS, M.; FABRA VALLS, M. J., “El contrato de licencia de uso de programas de ordenador”, en YZQUIERDO TOLSADA, M. (Dir.), Contratos civiles, mercantiles, públicos, laborales e internacionales, con sus implicaciones tributarias, Tomo XII – Contratos sobre bienes inmateriales (I), Aranzadi, Navarra, 2014, pp. 531 y ss.
  - GONZÁLEZ DE LA GARZA, L. M., “Voto electrónico por internet y riesgos para la democracia (I)”, en Revista de Derecho Político UNED, nº 74, 2009, pp. 163-209. Disponible en: <http://revistas.uned.es/index.php/derechopolitico/article/viewFile/9070/8663>.
  - IDC; OPEN EVIDENCE, European Data Market SMART 2013/0063 Final Report, 1 de febrero, 2017, European Union, 2017. Disponible en: [https://a2528ba5-a-c3c32646-s-sites.googlegroups.com/a/open-evidence.com/download/repository/SMART20130063\\_Final%20Report\\_030417\\_2.pdf?attachauth=ANoY7cq3THVjKEK\\_KZt8jZ7n3pJBGY3xymS0pqJXB0Xy\\_9X6nMZs016B3wc\\_nubMJGEY79L7H4NxqhHgsHn6Bp\\_XN2wsq eNUTrnEv9m3YS7xv4ZbO5F1EVpVoVOzAEDLDjameH3fwRHZVFziExDXu9PqUAz6eWQRGhkK5FNJa9qcuNw7GmFT-5TvXUYzgTC7agzMDAJvE6fV5SnHJ0\\_LtOUtG1\\_nK-puswGIAuRwoeSv4KjCVURVqCosr2Kf3wZirqeJ5cvInSv1&attredirects=0](https://a2528ba5-a-c3c32646-s-sites.googlegroups.com/a/open-evidence.com/download/repository/SMART20130063_Final%20Report_030417_2.pdf?attachauth=ANoY7cq3THVjKEK_KZt8jZ7n3pJBGY3xymS0pqJXB0Xy_9X6nMZs016B3wc_nubMJGEY79L7H4NxqhHgsHn6Bp_XN2wsq eNUTrnEv9m3YS7xv4ZbO5F1EVpVoVOzAEDLDjameH3fwRHZVFziExDXu9PqUAz6eWQRGhkK5FNJa9qcuNw7GmFT-5TvXUYzgTC7agzMDAJvE6fV5SnHJ0_LtOUtG1_nK-puswGIAuRwoeSv4KjCVURVqCosr2Kf3wZirqeJ5cvInSv1&attredirects=0).
  - JANNARELLI, A., “Capitolo Terzo – Beni, interessi, valori – Profili generali”, en LIPARI, N., Trattato di Diritto Privato Europeo – Vol. II – I soggetti (seconda parte) beni, interessi, valori, CEDAM, Padua, 2003, pp. 291 a 320.
  - JURADO GILABERT, F., “Democracia 4.0: desrepresentación en el voto telemático de las leyes”, en Revista Internacional de Pensamiento Político,

- 
- Vol. 8, 2013, pp. 119-138. Disponible en: <http://pensamientopolitico.org/Descargas/RIPP08119138.pdf>.
- LEINER, B. M.; CERF, V. G. et al., “Breve historia de internet”. Disponible en: <https://www.internetsociety.org/es/breve-historia-de-internet>.
  - LEVINE; LOCKE; SEARLS; WEINBERGER, Manifiesto Cluetrain, 1999.
  - LIPARI, N., Trattato di Diritto Privato Europeo – Vol. II – I soggetti (seconda parte) beni, interessi, valori, CEDAM, Padua, 2003.
  - LUCCHI, N., I contenuti digitali. Tecnologie, diritti e libertà, Springer, Milán, 2010.
  - MACARRO OSUNA, J. M., “La competencia fiscal y el comercio electrónico en el IVA”, en Civitas. Revista española de derecho financiero, n. 161, 2014, pp. 149-184.
  - MADRID PARRA, A., “Seguridad en el comercio electrónico”, en ORDUÑA MORENO, F. J., Contratación y comercio electrónico (Obra concordada con la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y del Comercio Electrónico), Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 123-193.
    - o “Contratos electrónicos y contratos informáticos”, en Revista de la contratación electrónica, n. 11, 2011, pp. 5-35.
    - o “Instrumentos de la CNUDMI/UNCITRAL sobre comercio electrónico (contratación, firma y comunicaciones comerciales)”, en PLAZA PENADÉS, J. (Dir.), Derecho y nuevas tecnologías de la información y la comunicación, Aranzadi, Navarra, 2013, pp. 299-408.
  - MAESTRI, E., Lex informática. Diritto, persona e potere nell’età del cyberspazio, Edizioni Scientifiche Italiane, Nápoles, 2015.
  - MAJORCA, C., La cosa in senso giuridico. Contributo alla critica di un dogma, Istituto Giuridico della R. Università, Turín, 1937.
    - o Voz “Beni”, en Enciclopedia Treccani, vol. V, 1993, pp. 1-52.
  - MANRESA Y NAVARRO, J. M., Comentarios al Código civil español, Tomo III, Imprenta de la Revista de Legislación, Madrid, 1898.



- 
- MARCO MOLINA, J., “Bases históricas y filosóficas y precedentes legislativos del Derecho de autor”, en ADC, Fasc. 1, 1994.
  - MARÍN LÓPEZ, M. J., “Comentario al artículo 115 TRLGDCU”, en Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, Aranzadi, Navarra, 2009, pp. 1422-1424.
  - MARTÍNEZ, R., GARCÍA-BELTRÁN, A., “Breve historia de la informática”. Disponible en: [https://www.researchgate.net/238113187\\_BREVE\\_HISTORIA\\_DE\\_LA\\_INFORMÁTICA](https://www.researchgate.net/238113187_BREVE_HISTORIA_DE_LA_INFORMÁTICA).
  - MASUDA, Y., La sociedad informatizada como sociedad pos-industrial, Tecnos, Madrid, 1984.
  - MESSINETTI, D., Oggettività giuridica delle cose incorporali, Giuffrè, Milán, 1970.
    - o voz “Beni immateriali I”, en Enciclopedia Treccani, vol. V, 1993, pp. 1-16
  - MESSORI, G., La legislazione europea sui contratti di fornitura di contenuto digitale. La prospettiva italiana, Tesi di Laurea in Diritto Commerciale - Alma Mater Studiorum Università di Bologna, Bologna, 2016.
  - MILÁ RAFEL, R., “Intercambios digitales en Europa: las propuestas de Directiva sobre compraventa en línea y suministro de contenidos digitales, en Revista CESCO de Derecho de Consumo, n. 17, 2016, pp. 11-44. Disponible en:
    - o “La declaración del European Law Institute sobre la Propuesta de Directiva de la Comisión Europea sobre suministro de contenidos digitales”, en Revista CESCO de Derecho de Consumo, n. 20, 2016, pp. 249-259.
    - o “The Directive Proposals on Online Sales and Supply of Digital Content (Part II): conformity and remedies for lack of conformity”, en Revista d’internet, Dret i Política, n. 24, febrero de 2017, pp. 50-63.

- 
- MINERO ALEJANDRE, G., “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”, en APARICIO VAQUERO, J. P. (Coord.), Estudios sobre propiedad intelectual: últimas reformas y materias pendientes, Dykinson, Madrid, 2016, pp. 493-524.
  - NOGUERA, D., “La gran transformación digital”, en Revista del Instituto de Estudios Económicos, nº 1 y 2, 2016 (Monográfico sobre la Revolución Digital), pp. 15-20.
  - O’REILLY, T., “What is Web 2.0: Design Patterns and Business Models for the Next Generation of *Software*”. Disponible en: <http://www.oreilly.com/pub/a/web2/archive/what-is-web-20.html>.
  - ORDUÑA MORENO, F. J., Contratación y comercio electrónico (Obra concordada con la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y del Comercio Electrónico), Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.
  - OSBORNE CLARKE LLP, Legal study on Ownership and Access to Data, European Union, 2016. Disponible en: <https://publications.europa.eu/es/publication-detail/-/publication/d0bec895-b603-11e6-9e3c-01aa75ed71a1>.
  - PEGUERA POCH, M. (Coord.), Principios de Derecho de la Sociedad de la Información, Aranzadi, Navarra, 2010.
  - PEGUERA POCH, M.; TARRÉS VIVES, M., “Marco jurídico de los servicios de la sociedad de la información y del comercio electrónico”, en PEGUERA POCH, M. (Coord.), Principios de Derecho de la Sociedad de la Información, Aranzadi, Navarra, 2010, pp. 318-389.
  - PÉREZ, C., Revoluciones tecnológicas y capital financiero. La dinámica de las grandes burbujas financieras y las épocas de bonanza, Siglo XXI Editores, Buenos Aires, 2004.
  - PÉREZ LUÑO, A. E., Los derechos humanos en la sociedad tecnológica, Universitas SA, Madrid, 2012.

- 
- PERLINGIERI, P., Manuale di diritto privato, 6ª Edición, Edizioni Scientifiche Italiane, Nápoles, 2007.
  - PLAZA PENADÉS, J., “Contratación electrónica y pago electrónico (en el Derecho nacional e internacional)”, en ORDUÑA MORENO, F. J., Contratación y comercio electrónico (Obra concordada con la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y del Comercio Electrónico), Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 404-475.
    - o PLAZA PENADÉS, J. (Dir.), Derecho y nuevas tecnologías de la información y la comunicación, Aranzadi, Navarra, 2013.
    - o “El marco jurídico de la contratación electrónica”, en PLAZA PENADÉS, J. (Dir.), Derecho y nuevas tecnologías de la información y la comunicación, Aranzadi, Navarra, 2013, pp. 177-230.
  - POZZO, R., L'autore e i suoi diritti. Scritti polemici sulla proprietà intellettuale, Bibliotecadi via Senato Edizioni, Milán, 2005.
  - PUGLIATTI, S., Beni e cose in senso giuridico, Multa Paucis, Varese, 1962.
    - o Voz “cosa”, en Enciclopedia del Diritto, vol. XI, Milán, 1962.
  - PUIG BRUTAU, J., Compendio de Derecho Civil – Volumen I, Bosch, Barcelona, 1987.
  - QUAH, D., Digital Goods and the New Economy, Centre for Economic Performance, London School of Economics and Political Science, Londres, 2003. Disponible en: <http://eprints.lse.ac.uk/2236/>.
  - RALUCA STROIE, I., “La Directiva 2011/83/UE, sobre los derechos de los consumidores, desde sus orígenes hasta la publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea”, en Revista CESCO de Derecho de Consumo, n. 1, 2012, pp. 1-7.
  - RIFKIN, J., La era del acceso: la revolución de la nueva economía, Paidós, Barcelona, 2000.
    - o La tercera revolución industrial. Cómo el poder lateral está transformando la energía. La economía y el mundo, Paidós, Barcelona, 2011.
  - RUGGIERO, R.; MAROI, F., Istituzioni di Diritto Privato, 5ª Ed., Casa Editrice Giuseppe Principato, Milán, 1941.

- 
- RUPERTO, C., La giurisprudenza sul código civile coordinata con la dottrina – Libro III Della proprietà (art. 810-951), Giuffrè, Milán, 2012.
  - SANTOS BRIZ, J, “Comentario al artículo 333 del Código civil”, en ALBALADEJO GARCÍA, M. (Dir.), Comentarios al Código Civil y compilaciones forales, Tomo V, Vol. 1, EDERSA, 1980.
  - SARTOR, G., L’informatica giuridica e le tecnologie dell’informazione, 2ª Edición, Giappichelli Editore, Turín, 2012.
  - SCHULZE, R., “Supply of digital content. A new challenge for European Contract Law”, en DE FRANCESCHI, A. (ed.), European Contract Law and the Digital Single Market. The implications of the Digital Revolution, Intersentia Ltd, Cambridge, 2016.
  - SCHULZE, R.; STAUDENMAYER, D. (Eds.), Digital Revolution: Challenges for Contract Law in Practice, Nomos & Hart, Baden-Baden, 2016.
    - o “Digital Revolution – Challenges for contract law”, en SCHULZE, R.; STAUDENMAYER, D. (Eds.), Digital Revolution: Challenges for Contract Law in Practice, Nomos & Hart, Baden-Baden, 2016.
  - SCOZZAFAVA, O. T., “Dei beni”, en SCHLESINGER, P. (Dir.), Il Codice Civile Commentario – Art. 810-821, Giuffrè, Milán, 1999.
    - o “I beni”, en Trattato di diritto civile del Consiglio Nazionale del Notariato – Sezione III: Le situazione giuridiche, Edizioni Scientifiche Italiane, Nápoles, 2007.
  - SILLERO CROVETTO, B., voz “Cosa divisible”, en Enciclopedia Jurídica Básica, Vol. II – Cord-Ind, 1ª Edición, Civitas, 1995.
  - SPANGA, C., “Dei beni in generale”, SCHLESINGER, P. (Dir.), Il Codice Civile Commentario – Art. 810-821, Giuffrè Editore, Milán, 2015.
  - SPINDLER, G., “Contratos de suministro de contenidos digitales: ámbito de aplicación y visión general de la Propuesta de Directiva de 9.12.2015”, en Indret: Revista para el Análisis del Derecho, n. 3, 2016. Disponible en: <http://www.indret.com/pdf/1243.pdf>.
  - TOFFLER, A., El “shock” del futuro, 1970.

- 
- TOSI, E., *High Tech Law: The Digital Legal Frame in Italy – An Overview of Contracts, Digital Content Protection and ISP Liabilities Emerging Issues*, Giuffrè Editore, Milán, 2015.
  - TWIGG-FLESNER, C., “DisruptiveTechnology – Disrupted Law? How the Digital Revolution Affects (Contract) Law”, en DE FRANCESCHI, A. (ed.), *European Contract Law and the Digital Single Market. The implications of the Digital Revolution*, Intersentia Ltd, Cambridge, 2016.
  - VELASCO, J. J., “Historia de la tecnología: 25 años del World Wide Web”, en *Hipertextual*, 12 de marzo de 2014. Disponible en: <https://hipertextual.com/2014/03/world-wide-web-25-aniversario>.
  - VON BAR, C.; CLIVE, E.; SCHULTE-NÖLKE, H. *et. al.* (eds.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law – Draft Common Frame of Reference (DCFR) – outline edition*, prepared by Study Group on a European Civil Code and the Research Group on EC Private Law (Acquis Group), sellier. european law publishers, Múnich, 2009. Disponible en: [http://ec.europa.eu/justice/policies/civil/docs/dcfr\\_outline\\_edition\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/justice/policies/civil/docs/dcfr_outline_edition_en.pdf).
  - ZECH, H., “Data as a tradeable commodity”, en DE FRANCESCHI, A. (ed.), *European Contract Law and the Digital Single Market. The implications of the Digital Revolution*, Intersentia Ltd, Cambridge, 2016, pp. 51-106.

### 7.3. Informes y documentos institucionales

#### 7.3.1. Naciones Unidas

- Resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas 2205 (XXI), de 17 de diciembre de 1966. Establecimiento de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. Disponible en: [http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/RES/2205\(XXI\)&Lang=S&A\\_rea=RESOLUTION](http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/RES/2205(XXI)&Lang=S&A_rea=RESOLUTION).

---

### 7.3.2. Unión Europea<sup>366</sup>

- Declaración de Robert Schumann, pronunciada el 9 de mayo de 1950. Disponible en: [https://europa.eu/european-union/about-eu/symbols/europe-day/schuman-declaration\\_es](https://europa.eu/european-union/about-eu/symbols/europe-day/schuman-declaration_es).
- Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité de Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones de 12 de abril de 1997, Iniciativa europea de comercio electrónico [COM (97)]. Disponible en: <http://cordis.europa.eu/pub/esprit/docs/ecomcome.pdf>.
- DG for Internal Policies – Policy Department A: economic and scientific policy, Roadmap to Digital Single Market – Prioritising Necessary Legislative Responses to Opportunities and Barriers to e-Commerce, (PE 492.434), agosto de 2012. Disponible en: [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/note/join/2012/492434/IPOL-IMCO\\_NT\(2012\)492434\\_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/note/join/2012/492434/IPOL-IMCO_NT(2012)492434_EN.pdf).
- Parlamento Europeo, Position of the European Parliament adopted at first Reading on 26 February 2014 with a view to the adoption of Regulation (EU) No .../2014 of the European Parliament and of the Council on a Common European Sales Law (EP-PE\_TCI-COD(2011)0284), febrero de 2014. Disponible en: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+TC+P7-TC1-COD-2011-0284+0+DOC+PDF+V0//EN>.
- DG for Internal Policies – Policy Department A: economic and scientific policy, Streaming and Online Access to Content and Services, (PE 492.435), marzo de 2014. Disponible en: [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2014/492435/IPOL-IMCO\\_ET\(2014\)492435\\_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2014/492435/IPOL-IMCO_ET(2014)492435_EN.pdf).
- Expert Group on Taxation of the Digital Economy, Working paper: Digital Economy – Facts & Figures (Digit/008/2014), marzo de 2014. Disponible en: [https://ec.europa.eu/taxation\\_customs/sites/taxation/files/resources/document](https://ec.europa.eu/taxation_customs/sites/taxation/files/resources/document)

---

<sup>366</sup> El enlace indicado permite acceder, cuando están disponibles, a las versiones en distintas lenguas.

---

[s/taxation/gen\\_info/good\\_governance\\_matters/digital/2014-03-13\\_fact\\_figures.pdf](#).

- DG Justice Guidance Document concerning Directive 2011/83/EU of the European Parliament and of the Council of 25 October 2011 on consumer rights, amending Council Directive 93/13/EEC and Directive 1999/44/EC of the European Parliament and of the Council and repealing Council Directive 85/577/ECC and Directive 97/7/EC of the European Parliament and of the Council, junio de 2014. Disponible en: [http://ec.europa.eu/justice/consumer-marketing/files/crd\\_guidance\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/justice/consumer-marketing/files/crd_guidance_en.pdf).
- Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, Hacia una economía de los datos próspera [COM (2014) 442 final], julio de 2014. Disponible en: <http://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2014/ES/1-2014-442-ES-F1-1.Pdf>.
- EPRS (European Parliamentary Research Service), The Cost of Non-Europe in the Single Market – III – Digital Single Market, (PE 536.356), Septiembre de 2014. Disponible en: [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2014/536356/EPRS\\_STU\(2014\)536356\\_REV1\\_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2014/536356/EPRS_STU(2014)536356_REV1_EN.pdf).
- DG for Internal Policies, Interactive EU Mapping Overview of IMCO related legislation – Digital Single Market and E-commerce, (PE 542.204), 2015. Disponible en: [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/ATAG/2015/542204/IPOL\\_ATA\(2015\)542204\\_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/ATAG/2015/542204/IPOL_ATA(2015)542204_EN.pdf).
- DG for Internal Policies – Policy Department A: economic and scientific policy, Building Blocks of the Ubiquitous Digital Single Market – Proceedings of the Workshop, (PE 518.772), febrero de 2015. Disponible en: [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2015/518772/IPOL\\_STU\(2015\)518772\\_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2015/518772/IPOL_STU(2015)518772_EN.pdf).
- Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones de 6 de mayo de 2015, Una estrategia para el Mercado Digital de Europa [COM (2015) 192

- 
- final]. Disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=celex%3A52015DC0192>.
- Commission Staff Working Document, A Digital Single Market Strategy for Europe – Analysis and Evidence – Accompanying the document Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions A digital Single Market Strategy for Europe [COM (2015) 192 final].
  - Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones de 9 de diciembre de 2015, Hacia un marco moderno y más europeo de los derechos de autor [COM (2015) 626 final]. Disponible en: <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2015/ES/1-2015-626-ES-F1-1.PDF>.
  - Parlamento Europeo, Resolución sobre la iniciativa “Hacia un acta del Mercado Único Digital” (2015/2147 (INI)), enero de 2016. Disponible en: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+TA+P8-TA-2016-0009+0+DOC+PDF+V0//ES>.
  - Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones de 10 de enero de 2017, La construcción de una economía de los datos europea [COM (2017) 9 final]. Disponible en: [http://eur-lex.europa.eu/content/news/building\\_EU\\_data\\_economy.html?locale=es](http://eur-lex.europa.eu/content/news/building_EU_data_economy.html?locale=es).
  - Commission Staff Working Document, on the free flow of data and emergin issues of the European data economy – Accompanying the document Communication Building a European data economy [COM (2017) 9 final], enero de 2017. Diponible en: [http://eur-lex.europa.eu/content/news/building\\_EU\\_data\\_economy.html](http://eur-lex.europa.eu/content/news/building_EU_data_economy.html).
  - Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, relativa a la revisión intermedia de la aplicación de la estrategia para el Mercado Único Digital – Un mercado único digital conectado para todos, de 10 de mayo de



---

2017 [ COM (2017) 228 final]. Disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=COM%3A2017%3A228%3AFIN>.

- Commission Staff Working Document, Accompanying the document Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, on the Mid-Term Review on the implementation of the Digital Single Market Strategy – A Connected Digital Single Market for All [COM (2017) 228 final]. Disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52017SC0155>.

### 7.3.3. Otros

- Ericsson Mobility Report, 2015. Disponible en: <https://www.ericsson.com/assets/local/news/2016/03/ericsson-mobility-report-nov-2015.pdf>.
- Ericsson Mobility Report, 2016. Disponible en: <https://www.ericsson.com/res/docs/2016/ericsson-mobility-report-2016.pdf>.
- Ericsson Mobility Report, 2017. Disponible en: <https://www.ericsson.com/assets/local/mobility-report/documents/2017/ericsson-mobility-report-june-2017.pdf>.
- OCDE, Next generation Access networks and market structure, Secretaría General de la OCDE, París, 2011.
- OCDE, Perspectivas de la OCDE sobre economía digital 2015, Microsoft México SRL, Ciudad de México, 2016. Disponible en: <http://www.oecd.org/internet/perspectivas-de-la-ocde-sobre-la-economia-digital-2015-9789264259256-es.htm>.

## 7.4. Jurisprudencia

### 7.4.1. Unión Europea

- STJUE de 3 de julio de 2012, Caso UsedSoft GmbH vs Oracle International Corp. (Asunto C-128/11). Disponible en: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=124564&doclang=ES>

- 
- STJUE de 13 de mayo de 2014, Caso Google Spain y Google Inc. vs AEPD y Mario Costeja González (Asunto C-131/12). Disponible en: [https://www.agpd.es/portalwebAGPD/canaldocumentacion/sentencias/tribunal\\_justicia/common/3. Sentencia Gran Sala de 13 de mayo de 2014. Asunto C-131-12. Google v AEPD y Mario Costeja.pdf](https://www.agpd.es/portalwebAGPD/canaldocumentacion/sentencias/tribunal_justicia/common/3. Sentencia Gran Sala de 13 de mayo de 2014. Asunto C-131-12. Google v AEPD y Mario Costeja.pdf).
  - STJUE de 11 de septiembre de 2014 (Asunto C-291/13).
  - STJUE de 12 de octubre de 2016 (Asunto C-166/2015). Diario La Ley, nº 8850.

#### 7.4.2. Italia

- SCC de 23 de febrero de 1976, n. 593, Giurisprudenza civile, 1976, vol. 1, p. 1126.
- SCC de 3 de septiembre de 1993, n. 91312, sec. II., Il Foro Italiano, vol. 118, n. 1, enero de 1995, pp. 321-326. Disponible en: [https://www.jstor.org/stable/23189240?seq=1#page\\_scan\\_tab\\_contents](https://www.jstor.org/stable/23189240?seq=1#page_scan_tab_contents)
- SCC de 30 de diciembre de 2004, n. 24182, sec. II. Disponible en: <http://www.dirittodeiservizipubblici.it/sentenze/sentenza.asp?sezione=dettse ntenza&id=1231>

#### 7.4.3. España

- STC 37/1987, de 26 de marzo, FJ 2º, BOE n. 89, de 14 de abril de 1987, pp. 6 a 22. Disponible en: [https://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-T-1987-9279](https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-T-1987-9279).
- STS de 24 de marzo de 1982 (RJ 2284).
- STS de 17 de julio de 2000 (RJ 6806).
- STS de 1 de junio de 2016 (RJ 2328).