

PROBLEMAS JURÍDICOS DE LA DISTRIBUCIÓN DIGITAL

I) INTRODUCCIÓN. PRELIMINARES

El presente informe se fundamenta en el análisis de los contratos propuestos por las diferentes empresas que se dedican al negocio digital (Amazon, Apple, Google, Sony, Casa del Libro, etc.) y que reflejan las consideraciones que, a mi juicio, debe contener el contrato. Pero no me fijaré en todo el articulado, sólo en los que plantean conflictos, y ello en una perspectiva exclusivamente jurídica, sin entrar en temas y porcentajes comerciales, tanto por no ser de mi incumbencia o especialidad como por su suma variabilidad, etc.

Antes de entrar en la exposición propiamente dicha, sí conviene aclarar un tema: la aparición de unas nuevas formas de negocio o nuevos operadores en sí mismos son positivas, pero no son ninguna panacea o solución universal a nuestros problemas.

Parto de la base de la necesidad de actuar con sentido común y no apresurarse o agobiarse. Esos nuevos operadores nos necesitan más que nosotros a ellos. Esto es, los libros son nuestros y ellos los quieren comercializar. Por tanto, hay razones para una posición negociadora suficiente sin entregar armas y bagages. Me parecen irrelevantes los miedos respecto a la autoedición; en primer lugar es inexistente en el mercado analógico y pasará lo mismo en el digital (lo que no tiene interés, no tiene interés). En segundo lugar, si es un autor de prestigio el que quiere autoedición, debe cuidar él o Amazon o Google su texto; el que trata la editorial es de la editorial y necesita para su uso, autorización de la propia editorial (Art. 129 de la Ley de Propiedad Intelectual)

Por otro lado, y antes de entrar “en faena”, debemos descartar otra falsa idea: ¿Es obligatorio e imprescindible contratar y atender a los nuevos operadores? No es así, depende. Con el ordenamiento jurídico en la mano no puedo discriminar a los operadores comerciales ni negarme a atenderles. Pero ello no significa que deba de aceptar sin más su oferta. A toda oferta le sigue una contraoferta hasta conseguir el pacto y, mientras tanto, no lo debo atender, y por supuesto, a igualdad de condiciones,

debo dar un trato equivalente y no discriminatorio, y no tengo que dar a todos los canales el mismo trato si hay datos objetivos que los diferencie.

Una tercera característica general a tener en cuenta es la doble naturaleza de estos nuevos operadores ya que subsumen la función de los antiguos distribuidores y también la de los detallistas o minoristas, lo que obliga en el contrato a incluir cláusulas de los antiguos contratos con unos u otros operadores. Es también una perspectiva que no debe olvidarse en el análisis.

II) EL PRECIO FIJO

Bien, vayamos entrando en materia, y lo vamos a hacer empezando por el precio fijo. El mundo digital no altera esta regulación en nada. La Ley española reconoce el precio fijo en España para todo tipo de libros incluido el digital (con la excepción de los analógicos de la enseñanza obligatoria).

Fijémonos en la exportación que está libre y, cuando exportamos, fijamos unos precios distintos en cada mercado, un precio de cesión que después complementan los importadores. Con los diversos mercados digitales ocurre lo mismo (habría que tener en cuenta los contratos de exclusividad que puedan existir). Por tanto es posible la pluralidad pero en, todo caso, en el mercado español ha de respetarse el precio fijo.

La Ley española de la Lectura del Libro, Lectura y de las Bibliotecas del año 2007 no ha sido denunciada ni observada por la Comisión Europea en cuanto que establece el precio fijo, a diferencia de lo que ha pasado en Francia con el precio fijo del libro digital que se quiere aplicar extraterritorialmente y que, en opinión de la Comisión, choca con el principio comunitario de la libertad de establecimiento, sin que aún, dado la colisión de intereses y conflictos de norma, se haya pronunciado el Tribunal de Justicia de la Unión que será, y no la Comisión o el Estado Francés, el último decidor.

¿Es posible un conflicto entre el precio fijo en España y el principio de libertad de establecimiento desde Luxemburgo? Para examinar este problema debemos tener en cuenta que el Consejo de Ministros de Cultura y otros Consejos (por toda la Resolución del 12 de noviembre de 2001, 2001/C/73/03) ha señalado que el desarrollo del comercio electrónico puede modificar el contexto jurídico y económico del sector del libro, pero

que los objetivos culturales que se persiguen deben tenerse en cuenta y ¿cómo podemos tenerlo en cuenta?

Pienso que sólo hay una posibilidad, la de determinar el lugar del contrato y el Derecho aplicable al mismo. Y para ello es necesario tener en cuenta la naturaleza jurídica de la venta digital. No tengo la menor duda de que es una venta a distancia.

Y para ello hay que tener en cuenta la Ley 34/2002, de 11 de julio, de la Sociedad de la Información y del Comercio Electrónico (LSSI) y, subsidiariamente las de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista (LOCM) y las del Texto Refundido de 2007 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (LDCU) relativas a esta modalidad de venta a distancia que emplea los medios electrónicos para realizar negocios jurídicos.

En efecto, se consideran ventas a distancia las celebradas sin la presencia física simultánea del comprador y del vendedor, siempre que su oferta y aceptación se realicen de forma exclusiva a través de una técnica cualquiera de comunicación a distancia y dentro de un sistema de contratación a distancia organizado por el vendedor (art. 92.1 de la LDCU y art. 38.1 de la LOCM, en su redacción dada por la Ley 47/2002, de 19 de diciembre, de transposición al ordenamiento jurídico español de la Directiva 97/7/CE, en materia de contratos a distancia)

Cuando estas transacciones se realizan a través de redes de telecomunicación se rigen específicamente por la legislación sobre comercio electrónico en la medida en que el comercio electrónico de libros tiene la consideración legal de “servicio de la sociedad de la información”, ya que representa una actividad económica prestada a título oneroso y a distancia, por vía electrónica y a petición individual del destinatario (arts 23 y ss. y Anexo de definiciones de la LSSI)

En el derecho español, la norma capital en este sentido es el artículo 29 de la LSSI, que transpone en este punto la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos del comercio electrónico en el mercado interior. El citado precepto dice que en los contratos

celebrados por vía electrónica en los que intervenga como parte un consumidor, se presumirán celebrados en el lugar en que éste tenga su residencia habitual.

La presunción se explica, en este caso, a falta de un contrato tradicional que especifique el lugar de la contratación y la *lex loci contractus*, porque con la gran disponibilidad electrónica de ofertas que se aceptan por el interesado y la facilidad de abono mediante transacciones también electrónicas, se desdibuja este dato que luego tiene relevantes consecuencias para determinar el régimen aplicable a la puesta a disposición del producto (incluidas las regulaciones sobre el precio) y, con carácter general, el fuero territorial en caso de conflicto o de exigencia de cumplimiento de las obligaciones (art. 90.2 de la LDCU). El legislador opta, así, por la solución que mejor protege a la parte contractualmente más débil. Se trata de una previsión tuitiva que persigue asegurar alguna facilidad a quien tiene más dificultades en caso de conflicto de intereses, pues su posición es indudablemente de menos fortaleza que la del oferente.

Semejantes presunciones en favor del domicilio del adquirente venían siendo recogidas por la legislación civil en materia de venta de bienes a plazos (art. 14 de la Ley de 1965), de contratos de seguros (art. 24 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre) o de crédito al consumo (art. 4 de la Ley 7/1995, de 23 de marzo), que excepcionaban, de este modo, la presunción general que establece el art. 1262 del Código Civil en materia de contratos, que presume celebrados los contratos *“en el lugar en que se hizo la oferta”*.

La previsión del art. 29 de la LSSI ha de coherenciarse, finalmente, con las reglas de determinación de la ley aplicable a los contratos electrónicos, para lo que según el art. 26 de la LSSI, habrá de estarse *“a lo dispuesto en las normas de Derecho internacional privado del ordenamiento jurídico español, debiendo tomarse en consideración para su aplicación lo establecido en los artículos 2 y 3 de esta Ley”*, que se refieren, respectivamente, a los prestadores de servicios electrónicos establecidos en España o en otro Estado miembro de la Unión Europea o del Espacio Económico Europeo y, siguiendo el criterio territorial asentado en nuestro Derecho para las relaciones internacionales de naturaleza civil, reiteran la regla de la aplicación de la LSSI y del ordenamiento comercial español a estos operadores.

Por tanto, podemos concluir que la legislación establece que en los contratos celebrados por vía electrónica en los que intervengan como parte un consumidor residente en España, se presume celebrado en el lugar en que éste tenga su residencia habitual que es además la solución coherente con la pretensión del consumidor.

III) CONSECUENCIA DE LA NATURALEZA DE LA VENTA A DISTANCIA PARA EL IVA

Esta conclusión es importante porque ello arrastra problemas comerciales y tributarios. El precio fijo debe respetarse por el proveedor de comercio electrónico y, además, el IVA a aplicar es el IVA español. Estos dos aspectos deben figurar y tenerse en cuenta claramente en el articulado del contrato. Especialmente debe quedar claro quién es el responsable del cobro y posterior pago a Hacienda del diferencial del IVA.

En efecto, una editorial que firma con Amazon, por ejemplo, tiene que dejar claramente establecido quién se responsabiliza del IVA. Está claro que en la prestación de servicios entre editorial y operador electrónico rige el IVA del país de la oferta. Ahora bien, como es una prestación de servicios dirigida a un consumidor final, es el IVA del país consumidor el referente último. De lo contrario nos encontraríamos con que el trato comercial de dos empresas para vender al consumidor se olvida de éste y se origina un agujero fiscal que en función de la naturaleza de la relación entre el operador electrónico y la editorial (contrato de servicios, contrato de comisión, etc.) puede hacer incurrir a la editorial en responsabilidad fiscal. Por tanto, el contrato debe aclarar este punto y que la responsabilidad debe ser del vendedor final. Desde el punto de vista de la legislación tributaria existe la regla de utilización efectiva del servicio (Art.69 de la Ley del IVA) que llega a la misma conclusión.

IV) EL PROBLEMA DE LOS ISBN

Un problema nuevo es el ISBN. El ISBN y en España, conviene recordarlo, nace como una iniciativa privada para mejorar la comercialización de los libros. Es su código de barras. El mundo digital, con la multiplicidad de soportes, está obligado a una redefinición del ISBN.

En el Comité Internacional se debate largamente sobre la conveniencia que cada soporte o canal lleve un ISBN propio, precisamente para facilitar su seguimiento y mejorar la

información comercial. De hecho, no es nada nueva esta situación, en el mundo analógico el “mismo libro” puede llevar ISBN distintos; braille, bolsillo, quiosco, Club de Lectores, etc.

Pero cualquiera que sea la solución final que se de, es muy importante evitar fraudes, hoy se ve con una cierta frecuencia que se pide ISBN distinto exclusivamente para fijar precios más bajos y eludir la regla del precio fijo. Es una postura errónea (y a mi juicio ilegal que está propiciando la aparición de una marca blanca). El precio debe establecerse de acuerdo y conforme a criterios objetivos y no de manera arbitraria y con finalidad fraudulenta.

V) EL CATÁLOGO DE MATERIAS

Otro tema importante es el catálogo de materias. Uno de los defectos del mundo del libro es su escasa normalización (a pesar de algunas políticas de normalización siempre supone un ahorro de costes notables) y una muestra de esa carencia es la falta de un catálogo único de materias. El sector, en los últimos tiempos, ha realizado un importante esfuerzo en ese sentido adoptando por vez primera un único catálogo de materias que también ha adoptado el ISBN y que es el más extendido en el mundo (EE.UU., Reino Unido y también Europa). El mundo digital debe aceptar esa catalogación de materias y las peleas comerciales entre ellos y sus propias materias no deben aceptarse contractualmente. En el contrato debe quedar claramente establecido el catálogo por materia en el que se rige la negociación.

VI) PROBLEMAS DE TERRITORIALIDAD

Es importante, al firmar el contrato, tener muy claro en qué territorio tenemos derecho. Por naturaleza el mundo digital tiene carácter universal, pero nuestros derechos están fragmentados territorialmente. Luego, en los contratos, debe quedar reflejada esta situación de manera clara y expresa comprometiéndose el e-distribuidor a su estricto cumplimiento.

VII) LA NO EXCLUSIVIDAD

El mundo digital por definición es abierto, luego de ninguna manera deben firmarse contratos de distribución con carácter de exclusividad. Para ello hay que tener en cuenta que no nos encontramos diferencia de clientes, todos lo son, sino distintas formas de

acceder a los consumidores, lectores, y todos son compatibles. Ello permite, además, introducir competencia entre esos canales que, por otra parte, deben respetar los clásicos que van a estar vigentes en los próximos años y seguirán siendo el núcleo del negocio.

VIII) EVITAR CONDUCTAS DESLEALES

Otro aspecto a tener en cuenta es la necesidad de evitar conductas desleales en los nuevos operadores, por ello es esencial incluir el compromiso de información estadística rigurosa, obligatoria y con periodicidad semanal, en todos y cada uno de esos distribuidores. Ellos no pueden quedarse la información sobre el consumidor que suele almacenar y en todo caso deben conocer la actitud del consumidor respecto a nuestros productos.

Debe, además, incluirse en el contrato una cláusula de no utilizar la información para dirigirse directamente a los autores, así como otra de obligada confidencialidad respecto a nuestros datos y custodia de metadatos, propiedad de la editorial.

Tampoco pueden aceptarse cláusulas equivalentes a nación más favorecida, esto es, las ventajas comerciales que se da a un operador, automáticamente concedérselas a otro.

Ello favorecerá una homogenización de canales contrarios a la competencia. Las ventajas comerciales en igualdad de circunstancias deben concederse a otros, pero la mejor y más rápida información o pronto pago o cualquier otra circunstancia pueden ser premiados y el premio no se tiene ni debe generalizarse al resto de operadores si no coincide con esas condiciones. No deben incluirse estas cláusulas en el contrato.

Esto se hace de manera habitual en el mundo analógico y jurídicamente nada cambia en el digital. Debemos ser muy cuidadosos en la fijación de las promociones y regularse con un cierto detalle.

IX) FORO E IDIOMAS

Por último, si el contrato es para que yo suministre libros al propio mercado español o de habla española, es muy importante que el foro sea español (cualquier otro país, sea Irlanda o Luxemburgo, supone incurrir desde el principio en costos innecesarios).

Incluso se podrían fijar cláusulas compromisorias fijando un Tribunal de Arbitraje permanente, no un foro extranjero. Es esta una cuestión de principios.

Así mismo, debería exigir una copia del contrato en español como lengua oficial. Estamos hablando de la distribución de libros en español para un mercado de habla española ¿qué sentido tiene que el contrato sea en inglés? No, debe ser en español y así figurar en el contrato.