

EL SUMINISTRO EN LÍNEA DE CONTENIDO DIGITAL EN LA ENCRUCIJADA ENTRE LA PROPIEDAD INTELECTUAL Y EL DERECHO DE CONSUMO

THE ONLINE SUPPLY OF DIGITAL CONTENT AT THE INTERSECTION BETWEEN COPYRIGHT AND CONSUMER LAW

SUSANA NAVAS NAVARRO*

RESUMEN

La Directiva 2019/770, de 20 de mayo, relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales establece que un contenido digital es conforme, entre otros requisitos, cuando presenta la funcionalidad, compatibilidad e interoperabilidad dispuesta en el contrato. La funcionalidad de este contenido guarda relación directa con las medidas tecnológicas de protección. Por su parte, la interoperabilidad además incide claramente en los límites de los derechos de explotación de los programas de ordenador. La Directiva 2019/770 no aborda obviamente los aspectos relacionados con la protección del contenido digital por el Derecho de autor. En la interrelación entre esta Directiva y la Ley de propiedad intelectual se centra parte de esta contribución tras una breve referencia al contrato de suministro en línea de contenido digital en relación con el derecho de distribución y de comunicación pública. Además, abordo el aspecto relativo a si el Reglamento (UE) 2018/302, de 28 de febrero, sobre medidas destinadas a impedir el bloqueo geográfico injustificado permite cuestionarse si el principio de territorialidad puede representar un obstáculo en la protección del consumidor en el mercado único digital. Tras el estudio se observa que el Derecho de Consumo y las normas reguladoras de la propiedad intelectual entrecruzan sus caminos sin que las segundas apenas hagan referencia al primero, por lo que, a modo de conclusión, se propone cómo paliar esta situación.

Palabras clave: contenido digital, medidas tecnológicas de protección, deber precontractual de informar, falta de conformidad, interoperabilidad, programas de ordenador, consumidores, bloqueo geográfico.

ABSTRACT

Directive 2019/770, of 20 May, on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content and digital services lays down that a digital content is conform, among other requirements, when presents the functionality, compatibility and interoperability expected in accordance with the contract. Functionality is directly related to technological protection measures. For its part, interoperability clearly affects the limits of the exploitation rights of computer programs.

* Catedrática de Derecho Civil (UAB). Dirección de correo electrónico: Susana.Navas@uab.cat.

Directive 2019/770 obviously does not address aspects related to the protection of digital content by copyright. Part of this contribution is focused on the interrelation between this Directive and the Copyright Act. However, in the first place, a brief reference to the contract for the online supply of digital content in relation to the right of distribution and public communication is made. In addition, I address the issue regarding whether Regulation (EU) 2018/302, of February 28, on measures to prevent unjustified geo-blocking, in particular, I question whether the principle of territoriality can represent an obstacle to consumer protection in the digital single market. In this paper it is highlighted that Consumer and Copyright Law intersect each other albeit the latter hardly refers to the former. Therefore, as concluding remarks, I suggest how to avoid this situation.

Keywords: digital content, technological protection measures, pre-contractual duty of information, lack of conformity, interoperability, computer program, consumers, geo-blocking.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. SUMINISTRO EN LÍNEA DE CONTENIDO DIGITAL PROTEGIDO. DERECHOS DE DISTRIBUCIÓN Y DE COMUNICACIÓN PÚBLICA.—III. FUNCIONALIDAD, COMPATIBILIDAD E INTEROPERABILIDAD DEL CONTENIDO DIGITAL SUMINISTRADO EN LA INTERSECCIÓN ENTRE DERECHO DE CONSUMO Y PROPIEDAD INTELECTUAL.—1. Conceptos.—1.1. Funcionalidad.—1.2. Interoperabilidad y compatibilidad.—2. Deber precontractual de informar y falta de conformidad.—2.1. Acerca de la funcionalidad del contenido digital.—2.2. Acerca de la compatibilidad e interoperabilidad del contenido digital.—3. Medidas tecnológicas de protección y licencias de uso.—4. La interoperabilidad en relación, en particular, con los límites a los derechos de explotación del programa de ordenador.—IV. BLOQUEO GEOGRÁFICO Y ACCESO A OBRAS SIN SOPORTE MATERIAL.—V. CONCLUSIONES.—VI. BIBLIOGRAFÍA.

CONTENTS: I. INTRODUCTION.—II. THE ONLINE SUPPLY OF PROTECTED DIGITAL CONTENT. DISTRIBUTION AND COMMUNICATION TO THE PUBLIC RIGHTS. III. FUNCTIONALITY, COMPATIBILITY AND INTEROPERABILITY OF THE DIGITAL CONTENT SUPPLIED IN THE INTERSECTION BETWEEN CONSUMER AND COPYRIGHT LAW.—1. Concepts.—1.1. Functionality.—1.2. Interoperability and compatibility.—2. Information pre-contractual duty and lack of conformity.—2.1. About the functionality of the digital content.—2.2. About the compatibility and interoperability of the digital content.—3. Technological protection measures and licenses.—4. Interoperability in relation mainly to the restrictions of author's rights concerning computer programs.—IV. GEO-BLOCKING AND ACCESS TO ORIGINAL WORKS ACCESSIBLE ONLINE.—V. CONCLUSIONS.—VI. BIBLIOGRAPHY.

I. INTRODUCCIÓN

Tanto la Directiva 2019/770, de 20 de mayo, relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales¹ (en adelante, Directiva 2019/770) como la Directiva 2019/771, de 20 de mayo, relativa a determinados aspectos de los contratos de compraventa de bienes² (en adelante, Directiva 2019/771), tienen por finalidad ofrecer un alto nivel de protección a los consumidores a fin de lograr un auténtico mercado único digital en relación con los contenidos y servicios digitales que se suministren a aquellos ya se hallen incorporados o no a bienes muebles tangibles³. En este sentido, la perspectiva que adoptan claramente es la del consumidor dejando de regular aspectos relacionados con los derechos de propiedad intelectual que podían verse implicados en el suministro de ese servicio o contenido digital. Así lo aclaran

¹ DOUE L 136/1, 22 de mayo de 2019.

² DOUE L 136/28, 22 de mayo de 2019.

³ Considerando 3 Directiva 2019/770: «deben armonizarse determinados aspectos relativos a los contratos de suministro de contenidos o servicios digitales, partiendo de la base de un alto nivel de protección de los consumidores, a fin de lograr un auténtico mercado único digital, reforzar la seguridad jurídica y reducir los costes de las transacciones en particular para las pequeñas y medianas empresas».

tanto el artículo 10 como el considerando 36 de la Directiva 2019/770 al advertir que la presente Directiva debe entenderse sin perjuicio del Derecho de la Unión y nacional en materia de derechos de autor y derechos afines.

Por otro lado, a pesar de que el considerando 19 de esta última Directiva citada destaca que deben abordarse los problemas en las diferentes categorías de contenidos, servicios digitales y su suministro, lo cierto es que esta se aplica a cualquier tipo de contenido digital con independencia del soporte utilizado para la transmisión de contenidos y servicios digitales o para el acceso a estos (art. 3 Directiva 2019/770). Así, se aplica a contenidos digitales suministrados en un soporte material como un DVD, un CD, una memoria USB o una tarjeta de memoria, si ese soporte solo sirve como portador de contenidos digitales (considerando núm. 20). Si, en cambio, el bien no puede funcionar sin el contenido o servicio digital, entonces al tratarse de un «bien con elementos digitales» la norma aplicable será la Directiva 2019/771 (art. 3.4 Directiva 2019/770).

Posibles supuestos de contenidos o servicios digitales aparecen citados, a modo de explicación, en el considerando 19 ya referido: entre otros, programas informáticos, aplicaciones, archivos de vídeo, archivos de audio, archivos de música, juegos digitales, libros electrónicos u otras publicaciones electrónicas, así como servicios digitales que permitan la creación, el tratamiento, el acceso o el almacenamiento de datos en formato digital, incluido el programa como servicio, tales como el intercambio de vídeos y audio y otro tipo de alojamiento de archivos, tratamiento de textos o los juegos que se ofrezcan en el entorno de computación en nube y las redes sociales. La Directiva 2019/770 se aplica a cualquier tipo de contenido digital en la medida en que se lo define como «datos producidos y suministrados en formato digital»⁴ (art. 2.1), recaigan o no derechos de terceros y, en particular, derechos de propiedad intelectual.

Así pues, se puede diferenciar, a efectos de aplicar una Directiva u otra, aquel contenido o servicio digital que está interconectado con el bien de tal manera que si no existiera este no podría funcionar normalmente, al cual se aplicaría la Directiva 2019/771, de aquel otro servicio o contenido digital que puede suministrarse en un soporte material, se descarga (*downloading*)⁵ por el consumidor en su dispositivo, se trasmite a través de un sitio web, o permite al consumidor que acceda al mismo a través de redes sociales o mediante un servicios de almacenamiento en la nube, al cual se aplicaría la Directiva 2019/770.

En ambas Directivas los derechos de propiedad intelectual son mencionados a los solos efectos de la falta de conformidad por impedirse o limitarse el uso de los bienes (art. 9 Directiva 2019/771) o de los contenidos o servicios digitales (art. 10 Directiva 2019/770) con base en restricciones impuestas por los titulares de aquellos impidiendo o limitando el uso del contenido. De hecho, estas restricciones, que apuntan directamente al concepto de «funcionalidad» del contenido digital, pueden deberse, por ejemplo, a que se han establecido medidas tecnológicas de protección de dicho contenido. También la codificación de la región podría afectar a la capacidad de los contenidos de cumplir sus funciones (considerando núm. 43 Directiva 2019/770 coincidente, en este particular, al

⁴ En relación con el concepto de contenido y servicio digital, me remito a NAVAS NAVARRO (2017), págs. 229-331. En él se puede encontrar más bibliografía al respecto.

⁵ VICENT LÓPEZ (2017), págs. 159-161.

considerando núm. 19 Directiva 2011/83/UE, de 25 de octubre, sobre derechos de los consumidores)⁶.

Antes de adentrarnos en estas y otras cuestiones, debe dejarse asentado que me voy a referir, en todo momento, a contenido digital suministrado en línea que puede ser considerado «original» (art. 10 TRLPI)⁷ y, por ello, sobre él recaen derechos de propiedad intelectual de terceros, esto, es de su autor o coautores, o del cesionario de esos derechos.

II. SUMINISTRO EN LÍNEA DE CONTENIDO DIGITAL PROTEGIDO. DERECHOS DE DISTRIBUCIÓN Y DE COMUNICACIÓN PÚBLICA

La naturaleza jurídica de los contratos de suministro en línea de contenido digital ha sido muy discutida. Así, se ha planteado si se trataba de un contrato de servicio, de venta, de préstamo o de un nuevo contrato formado con elementos de diversos contratos típicos⁸. De hecho, la propia Directiva 2019/770 no se posiciona al respecto. En efecto, en su considerando 12 advierte que: «la presente Directiva tampoco debe determinar la naturaleza jurídica de los contratos de suministro de contenidos o servicios digitales, y la cuestión de si tales contratos constituyen, por ejemplo, un contrato de compraventa, de servicios, de alquiler o un contrato atípico, debe dejarse a la determinación del Derecho nacional». De todos modos, para la Directiva 2011/83/UE, que es la primera que aborda la cuestión en sede de Derecho del consumo, no debía considerarse el suministro en línea de contenido digital ni contrato de compraventa ni contrato de servicio⁹. En realidad, es irrelevante en la medida en que se establece, en la Directiva 2019/770, en parte una disciplina propia del suministro. Dependerá, a la postre, del tipo de contenido digital y de la forma de acceder al mismo su calificación jurídica, lo que es ciertamente significativo a efectos del agotamiento o no del derecho de distribución¹⁰.

En efecto, cuando la distribución se efectúe «mediante venta u otro título de transmisión de la propiedad», en el ámbito de la UE, por el propio titular del derecho o con su consentimiento, ese derecho se agotará con la primera, siempre que se lleven a cabo en ese ámbito territorial (art. 19.2 TRLPI). Esta norma se refiere esencialmente a la distribución de contenidos digitales en un soporte tangible (art. 19.1 TRLPI). Para el caso de distribución de contenidos digitales en línea, esto es, sin soporte, en realidad, se debe acudir al derecho de comunicación pública (art. 20.1 TRLPI)¹¹.

⁶ *DOUE* L 304/66, 22 de noviembre de 2011. Esta Directiva ha sido modificada por la conocida como «New Deal for Consumers Directive» [Directiva (UE) 2019/2161, de 27 de noviembre de 2019; *DOUE*, núm. 328, de 18 de diciembre de 2019].

⁷ Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia (*BOE* núm. 97, de 22 de abril de 1996). En adelante, TRLPI.

⁸ Respecto de a esta cuestión, me remito a los trabajos de KINDL (2018), pp. 63-84, y GSELL (2018), págs. 85-100; MIRANDA (2021), págs. 8-9.

⁹ GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ (2013), pág. 754; CÁMARA LAPUENTE (2014), pág. 93.

¹⁰ MINERO ALEJANDRE (2016), págs. 520-521; APARICIO VAQUERO (2016), págs. 9-10.

¹¹ La Directiva 2001/29 sobre derechos de autor establecía, en el artículo 3.3, que «ningún acto de comunicación al público o de puesta a disposición del público con arreglo al presente artículo podrá dar lugar al agotamiento de los derechos a que se refieren los apartados 1 y 2». Además, el considerando 29 consideraba que el suministro en línea de contenidos digitales debía concebirse como un servicio respecto de los cuales no se planteaba problemas en relación con el agotamiento.

En particular, por lo que concierne a los programas de ordenador, debe recordarse que la Directiva 2009/24 establecía que opera el agotamiento del derecho de distribución tras la primera venta en la UE de un programa de ordenador por su titular. Sin embargo, la STJUE de 3 de julio de 2012 (*UsedSoft*)¹² trastocó todo este panorama al admitir la validez de la comercialización de unas licencias de uso de unos programas que se descargaban en internet mediante la venta, mejor dicho, la «reventa» de estas licencias. Por tanto, se trataba de licencias de segunda mano. El TJUE mantenía que el derecho de distribución de la copia del programa se había agotado al haberse concedido a su titular el derecho de uso de la copia sin límite de tiempo, lo que equivalía, a ojos del alto tribunal, a una transmisión de la «propiedad» de esa copia, de la misma manera que acontece cuando se produce la venta de un soporte tangible en el que se distribuye un programa de ordenador. Debe destacarse que el TJUE descarta que se trate de la puesta a disposición de una copia del programa como puesta a disposición del público, la cual no daría lugar al agotamiento del derecho de distribución porque «la existencia de una transferencia del derecho de propiedad transforma el acto de comunicación al público en un acto de distribución» (considerando 52). Por otro lado, el artículo 4.2 de la Directiva 2009/4 sobre protección jurídica de los programas de ordenador hace referencia a la «venta» de una copia del programa sin diferenciar si esa copia se encuentra en un soporte tangible o intangible (considerando 55). La doctrina asentada en el caso *UsedSoft* se ve reflejada en el artículo 99 último párrafo TRLPI cuando establece que: «la primera venta en la Unión Europea de una copia de un programa por el titular de los derechos o con su consentimiento, agotará el derecho de distribución de dicha copia, salvo el derecho de controlar el subsiguiente alquiler del programa o de una copia del mismo».

De momento, el TJUE ha acotado esta jurisprudencia a los programas de ordenador, ante la duda de si esta doctrina podía extenderse a otros supuestos de suministro *online* de contenido digital protegido¹³. En efecto, este mismo órgano tuvo que decidir, en sentencia de 10 de noviembre de 2016¹⁴, un caso en relación con el préstamo de e-Books que concernía a una asociación de bibliotecas en Holanda. El Tribunal entiende que: «El artículo 1, apartado 1, el artículo 2, apartado 1, letra b), y el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 2006/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre, sobre derechos de alquiler y préstamo y otros derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la propiedad intelectual, deben interpretarse en el sentido de que el concepto de “préstamo”, enunciado en esas disposiciones, abarca el préstamo de una copia de un libro en forma digital, cuando ese préstamo se realiza cargando dicha copia en el servidor de una biblioteca pública y permitiendo que el usuario interesado la reproduzca por descarga en su propio ordenador, entendiéndose que solo puede descargarse una copia durante el período de duración del préstamo y que una vez transcurrido ese período la copia descargada por ese usuario deja de ser utilizable por este». En esta dirección, equipara la copia en papel a la copia digital haciendo aplicación del «principio de equivalencia funcional», si bien referido exclusivamente al préstamo de libros digitales puestos a disposición del

¹² Asunto C-128/11.

¹³ GANZHORN (2014), pág. 492; APARICIO VAQUERO (2016), págs. 22-23.

¹⁴ Vereniging Openbare Bibliotheken, VOB, C-174/15.

público por una biblioteca pública entendiendo que no debe aplicarse al caso el derecho de agotamiento: «En efecto, el Tribunal de Justicia ya ha juzgado que los actos de explotación de la obra protegida, como el préstamo público, son de una naturaleza distinta a la de la venta o cualquier otro acto de distribución lícito, dado que el derecho de préstamo sigue siendo una de las prerrogativas del autor a pesar de la venta del soporte material que contiene la obra. En consecuencia, el derecho de préstamo no se agota por la venta o cualquier otro acto de difusión, mientras que el derecho de distribución se agota precisamente con la primera venta en la Unión por parte del titular del derecho o con su consentimiento» (considerando 53).

El principio de equivalencia funcional entre soporte tangible e intangible, que está presente en las dos sentencias anteriores, no es aplicado por el TJUE en el caso *Tom Kabinet* que dio lugar a la sentencia de 19 de diciembre de 2019¹⁵. En ella se considera que la reventa de libros electrónicos no es equivalente a la reventa de libros en formato tangible por lo que la puesta a disposición de tales libros debía considerarse un acto de comunicación pública y no un acto de distribución. Para ello se ve obligado a establecer diferencias con el préstamo electrónico de libros, lo que hace advirtiéndolo que «cualquier persona puede hacerse miembro del club de lectura», además, la plataforma del club no dispone de «medidas técnicas [...] que permitan garantizar que solo pueda descargarse una copia [...] durante el período de tiempo en que el usuario de una obra tenga efectivamente acceso a ella [de modo que] una vez transcurrido dicho período, la copia descargada por ese usuario no pueda ya ser utilizada por él» (considerando 69). El acceso a una obra mediante préstamo electrónico se hace para un número limitado de personas mientras que en la reventa de libros electrónicos de segunda mano «el número de personas que pueden tener acceso, simultánea o sucesivamente, a la misma obra a través de esa plataforma es importante». Así pues, «a reserva de la oportuna verificación por parte del órgano jurisdiccional remitente teniendo en cuenta el conjunto de factores pertinentes, debe considerarse que la obra de que se trata se comunica a un público, en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2001/29» (considerando 69).

En esta sentencia, el TJUE al considerar que la reventa de libros electrónicos de segunda mano es un suministro de contenido digital (un contenido digital concreto) que se encuentra comprendido dentro de la puesta a disposición del público, de manera que cualquier persona pueda acceder a él en el lugar y en el momento que elija (art. 3.1 Directiva 2001/29/CE, de 22 de mayo), está implícitamente considerando que, en realidad, se está ante licencias de uso público.

En definitiva, se confirma lo que advertía en líneas anteriores, que la naturaleza jurídica de los contratos de suministro de contenido y servicio digital dependerá del contenido o servicio y de la forma de acceso al mismo. En el caso de que se trate del suministro de contenido digital puesto a disposición del público mediante plataformas que permiten su acceso en cualquier lugar o momento que desee el usuario, el contrato consistirá en una licencia de uso del contenido si este se encuentra protegido por derechos de exclusiva. En otros casos, sin embargo, el contrato de suministro llevará aparejada una licencia de uso sin que aquel necesariamente adopte la naturaleza jurídica de este. De todos

¹⁵ *NUV y GAU v. Tom Kabinet*, C-263/18.

modos, esto debe entenderse sin perjuicio de los usos que se hagan de contenidos protegidos con base en una excepción o límite al derecho de autor.

III. FUNCIONALIDAD, COMPATIBILIDAD E INTEROPERABILIDAD DEL CONTENIDO DIGITAL SUMINISTRADO EN LA INTERSECCIÓN ENTRE EL DERECHO DE CONSUMO Y LA PROPIEDAD INTELECTUAL

A diferencia del mundo analógico en el que el consumidor no ostenta ninguna específica facultad de explotación económica cuando adquiere, por ejemplo, un libro o un CD, en el mundo digital, cualquier uso legítimo de contenido digital protegido debe ir acompañado de la correspondiente cesión de la facultad de que se trate salvo que opere un límite o una excepción al derecho de autor¹⁶. Así, por ejemplo, puede ser necesaria la transmisión de la facultad de reproducción (art. 18 TRLPI)¹⁷, cuando se guarda en la memoria de un dispositivo del consumidor una obra digital, la facultad de distribución (art. 19 TRLPI) o la facultad de comunicación pública (art. 20 TRLPI)¹⁸. De todos modos, el Derecho de autor tiene en cuenta las necesidades técnicas cuando se trata de obras digitales permitiendo, por ejemplo, que el usuario o consumidor se libere de la necesidad de la autorización del titular de la facultad de reproducción cuando ese acto sea solo provisional, carezca de significación económica independiente, forme parte integrante y esencial de un proceso tecnológico y su única finalidad consista en facilitar una transmisión en red o una utilización lícita de una obra (art. 31.1 TRLPI).

La misma norma se contempla específicamente en la regulación de los programas de ordenador cuando el artículo 100.1 TRLPI advierte que el usuario del programa de ordenador podrá reproducirlo total o parcialmente, sin necesidad de recabar la autorización del titular, cuando dicho acto sea necesario para la utilización del programa por parte de su usuario legítimo con arreglo a la finalidad esperada por aquel. En todo caso, puede establecerse contractualmente lo contrario. En el caso de programas de ordenador, debe destacarse la excepción que representan en la medida en que la regulación permite al usuario consumidor legítimo, sin la autorización del autor del programa o titular de los derechos sobre él, por ejemplo, descompilar el programa para obtener la información necesaria para su interoperabilidad con el sistema u otro programa del usuario (art. 100.5 TRLPI).

Tomando lo anterior como punto de partida, me voy a centrar en la funcionalidad, la compatibilidad y la interoperabilidad en relación con la falta de conformidad del contenido o prestación digital suministrada en línea, con la fundamental referencia al deber de información precontractual que, a este respecto, corresponde al empresario proveedor. Tras conceptualizar estas características del contenido digital (1), me centraré en particular en aquel deber con alusión a la falta de conformidad (2) para después relacionarlo con las medidas tecnológicas de protección y las licencias de uso (3). La interoperabilidad respecto de los

¹⁶ APARICIO VAQUERO (2016), págs. 10-14.

¹⁷ VICENT LÓPEZ (2017), págs. 182-184, 198-202; RIBERA BLANES (2002), págs. 346-352.

¹⁸ Respecto de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y un posible agotamiento del derecho de comunicación pública, *vid.* MARTÍN SALAMANCA (2018), págs. 173-192.

límites a los derechos de explotación del programa de ordenador será el último aspecto objeto de evaluación por mi parte (4).

1. Conceptos

Antes de nada, voy a detenerme en los conceptos de funcionalidad (1.1) compatibilidad e interoperabilidad (1.2) del contenido digital, para luego abordar el deber precontractual de informar acerca de estas características del mismo.

1.1. *Funcionalidad*

El artículo 1 núm. 11 de la Directiva 2019/770 da una nada clara definición de «funcionalidad» del contenido al comprender el concepto que se quiere definir en la definición. En efecto, define «funcionalidad» como «la capacidad de los contenidos o servicios digitales de realizar sus funciones teniendo en cuenta su finalidad». Idéntica definición se encuentra en el nuevo artículo 59 bis letra l) del *Real Decreto legislativo 1/2007*, de 16 de noviembre, *por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y usuarios y otras leyes complementarias*¹⁹, en la modificación del mismo llevada a cabo para incorporar la referida Directiva 2019/770²⁰.

El origen de esta característica que deben reunir los contenidos digitales se encuentra en la Directiva 83/2011/UE, en cuyo artículo 5.1 letra g), respecto de la información previa que debía suministrarse al consumidor en los contratos distintos de los contratos a distancia o celebrados fuera del establecimiento, y artículo 6.1 letra r), para los contratos celebrados a distancia o celebrados fuera de establecimiento, preceptuaba que el comerciante facilitará de forma clara y comprensible, cuando proceda, la información acerca de la funcionalidad de los contenidos digitales, incluidas las «medidas técnicas de protección» aplicables. Estos preceptos han sido modificados por la *New Deal for Consumers Directive* (2019/2161) en los que se ha añadido lo siguiente: «incluidas las medidas de protección técnica aplicables, de los bienes con elementos digitales, el contenido digital y los servicios digitales». Los preceptos comunitarios citados se corresponden, aunque no con idéntico tenor literal, con los artículos 60.2 letra i) y 97.1 letra s) TRLGDCU a los que después me referiré.

La Directiva 83/2011/UE no daba, en el elenco de definiciones que establece su artículo 2, una definición de «funcionalidad», por lo que, debía acudirse a su considerando 19 para hallarla. Consiste en las «posibles maneras de utilizar el contenido digital». Tras la revisión de esta Directiva por la 2019/2161 (art. 4), ahora, el concepto de funcionalidad debe buscarse en la Directiva 2019/770. En dirección similar, el considerando 43 de la Directiva 2019/770 explicita que por «funcionalidad» debe entenderse las «formas en que pueden utilizarse los contenidos o servicios digitales». Es decir, el proveedor del contenido digital debe informar al consumidor de los diferentes usos del mismo incluyendo las medidas técnicas de protección apelando directamente a los derechos de propiedad intelectual sobre esos contenidos ostentados por terceros. Estas medidas pueden

¹⁹ BOE núm. 287, 30 de noviembre del 2007. En adelante, abreviado como «TRLGDCU».

²⁰ Real Decreto-ley 7/2021, de 27 de abril, BOE núm. 101, de 28 de abril.

limitar o impedir el uso del contenido digital protegido o determinar un número de usos concretos, como sería limitar o impedir la realización de copias privadas del contenido digital o impedir la «interoperabilidad».

La Directiva 2019/770 estima, en su considerando 43, que la ausencia o presencia de restricciones técnicas puede afectar a los usos de los contenidos o servicios digitales. En concreto, considera como ejemplos de ello, la «administración de derechos digitales» o la «codificación de la región». Por su parte, el artículo 60.2 letra i) TRLGDCU considera como «medidas técnicas de protección» la «gestión de los derechos digitales» o la «codificación regional»²¹. En primer lugar, llama la atención que se pase de la expresión «medidas técnicas de protección» a «restricciones técnicas» aludiendo así al efecto que produce sobre el contenido la existencia de las primeras. En segundo lugar, la expresión «gestión» se cambia por la de «administración» en un intento, probablemente, de traducir más fielmente la expresión inglesa «*digital rights management*» (DRM).

1.2. Interoperabilidad y compatibilidad

La interoperabilidad es la capacidad de dos o más sistemas e intercambiar información entre sí y de usar esa información convenientemente²². Esta definición es la que se acoge en la regulación del «esquema nacional de interoperabilidad» regulado por el Real Decreto 4/2010, de 8 de enero²³. Sin embargo, en el artículo 2 núm. 12 de la Directiva 2019/770 se la conceptualiza más como «compatibilidad» que como «intercambio de información»²⁴. En efecto, se advierte que la interoperabilidad se corresponde con «la capacidad de los contenidos o servicios digitales de funcionar con aparatos (*hardware*) o programas (*software*) distintos de aquellos con los cuales se utilizan normalmente los contenidos o servicios digitales del mismo tipo» [art. 59 bis letra ñ) TRLGDCU].

La interoperabilidad es, además, otro de los requisitos subjetivos para la conformidad del contenido digital [art. 7 letra a) Directiva 2019/770]. A esta característica de los contenidos digitales ya aludía la Directiva 2011/83/UE a efectos de informar previamente al consumidor, en sus artículos 5.1 letra g) y 6.1 letra s), si bien empleaba el término «interoperatividad» que, en mi opinión, parecía comprender tanto la «compatibilidad» como la «interoperabilidad» a las que alude de forma separada la Directiva 2019/770. En el considerando 19 de la Directiva 2011/83/UE se entendía que la «interoperatividad» pretendía «describir la información relativa a los aparatos y los programas estándar con los que el contenido digital es compatible, por ejemplo, el sistema operativo, la versión necesaria o determinados elementos de los soportes físicos». La revisión de los preceptos recién mencionados por la New Deal for Consumers Directive

²¹ Los problemas relacionados con la codificación regional se han reducido, en Europa, de forma considerable, como se sabe, gracias a dos normas importantes el Reglamento (UE) 2017/1128 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de junio de 2017, relativo a la portabilidad transfronteriza de los servicios de contenidos en línea en el mercado interior (DOUE L 168/1, 30 de junio de 2017). Respecto del Reglamento 2017/1128 puede consultarse el estudio de GARCÍA MIRETE (2019), págs. 511-546.

²² IEEE, «Standard Glossary of Software Engineering Technology», doc. 610-12/1990, online: http://www.miy.jyu.fi/ope/kurssit/TIES462/Materiaalit/IEEE_SoftwareEngGlossary.pdf. Fecha de la consulta: mayo de 2021.

²³ BOE núm. 25, 29 de enero de 2010.

²⁴ GONZÁLEZ OTERO (2019), pág. 30.

(art. 4) ha eliminado la expresión «interoperatividad» para aludir efectivamente a «compatibilidad» e «interoperabilidad» de forma separada.

Por su parte, la «compatibilidad» propiamente dicha es la capacidad de los contenidos o servicios digitales de funcionar con los aparatos (*hardware*) o programas (*software*) con los cuales se utilizan normalmente los contenidos o servicios digitales del mismo tipo, sin necesidad de convertir los contenidos o servicios digitales [art. 2 núm. 10 Directiva 2019/770, art. 59 bis letra c) TRLGDCU]²⁵.

Así pues, parece que las Directivas de las que me ocupo acogen un sentido muy específico de «interoperabilidad» que tiene más que ver con un «falso sinónimo», cual es la «compatibilidad»²⁶. En efecto, con el primer vocablo se refiere más a la compatibilidad entre diferentes sistemas; mientras que con el segundo se alude a la compatibilidad entre sistemas del mismo tipo. Es esta una distinción que debería revisarse de cara al futuro en estas Directivas para ganar coherencia dentro del mercado único digital, uno de cuyos pilares es el «marco europeo de interoperabilidad» en el sentido de «intercambio de información»²⁷ basado en estándares y protocolos abiertos.

2. Deber precontractual de informar y falta de conformidad

En materia de falta de conformidad, el artículo 7 letra a) Directiva 2019/770 establece, como requisito subjetivo, que el contenido o servicio digital será conforme cuando posea «la funcionalidad, compatibilidad, interoperabilidad y demás características, según disponga el contrato». Por su parte, el artículo 8 letra b) Directiva 2019/770, advierte que, como requisito objetivo, el contenido digital para ser conforme «poseerá las cualidades y características de funcionamiento, en particular respecto de la funcionalidad, compatibilidad [...] que presentan normalmente los contenidos o servicios digitales del mismo tipo y que el consumidor pueda razonablemente esperar, dada la naturaleza de los contenidos o servicios digitales y teniendo en cuenta cualquier declaración pública realizada por el empresario»²⁸. Estos preceptos deben relacionarse con los preceptos de la Directiva 2011/83/UE, sobre derechos de los consumidores que establecen un deber precontractual de informar acerca de la funcionalidad e interoperabilidad de los contenidos digitales, de manera que, si al consumidor o usuario se le ha informado adecuadamente, será difícil que pueda alegar una falta de conformidad del contenido digital, al menos, por la ausencia o defecto de esas características. Así pues, el deber precontractual de informar reviste una importancia capital y es, por ello, que me centre en él, si bien sin olvidar la referencia a la falta de conformidad.

En punto al deber de informar y la falta de conformidad siguiendo el orden establecido trataré, en primer término, la funcionalidad (2.1) y, en segundo lugar, la compatibilidad e interoperabilidad del contenido digital (2.2).

²⁵ En relación con la Propuesta de Directiva de 2015, *vid.* CÁMARA LAPUENTE (2016), págs. 31-32.

²⁶ GONZÁLEZ OTERO (2019), págs. 35-36.

²⁷ Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions European Interoperability Framework - Implementation Strategy, COM(2017) 134 final.

²⁸ TWIGG-FLESNER (2020), págs. 48-50.

2.1. *Acerca de la funcionalidad del contenido digital*

De acuerdo con el TRLGDCU el proveedor del contenido digital debe informar al consumidor, con carácter previo a la celebración del contrato, de todas aquellas medidas que pueden limitar o impedir la funcionalidad de aquel, así como del alcance de esas restricciones en relación con el uso o el acceso a ese contenido digital protegido. En caso contrario, además de las sanciones aplicables por infracción de un deber precontractual²⁹, el consumidor podrá esgrimir frente al proveedor la «falta de conformidad» del contenido digital suministrado [art. 7 letra a) Directiva 2019/770]³⁰.

Si, en cambio, el comerciante ha informado al consumidor de que, por ejemplo, ese contenido digital solo puede reproducirse una sola vez o de que no puede hacer copias privadas, como mínimo aquel no tendrá la carga de probar que los contenidos suministrados eran conforme con el contrato en el momento del suministro, sino que esta corresponderá al consumidor. En efecto, el artículo 12.4 Directiva 2019/770 establece que si el empresario ha informado de forma clara y comprensible antes de la celebración del contrato de los «requisitos técnicos de los contenidos o servicios digitales» no le corresponderá la carga de la prueba respecto a la conformidad de los mismos en el momento del suministro³¹. Los referidos «requisitos técnicos» tienen que ver con la funcionalidad, compatibilidad, interoperabilidad y demás características de los contenidos y servicios digitales [art. 7 letra a) Directiva 2019/770].

El considerando 43 de la Directiva 2019/770, en línea con el considerando 19 de la Directiva 83/2011/UE, hace referencia no solo a la «presencia» de restricciones técnicas, sino también a la «ausencia» de las mismas, es decir, de aquellas medidas que no restringen el uso del contenido digital (su funcionalidad). Parece que informar de restricciones que no existen no es algo especialmente necesario para el consumidor pues ya por el propio hecho de que no existen se beneficiará al poder usar el contenido digital. De ahí que los artículos 60 y 97 TRLGDCU, ya citados, adviertan de que se informará «cuando proceda» de la funcionalidad pensando probablemente en el deber de informar de las medidas que restringen, limitan o evitan el uso o determinados usos del contenido digital. De lo que sí debe informar el empresario es de la existencia de medidas técnicas y de los usos que se pueden hacer de los contenidos, de manera que las legítimas expectativas de los consumidores no se vean defraudadas implicando, pues, una falta de conformidad de aquellos con el contrato³². El deber de informar debe hacerse respecto de cualquier restricción del uso de los contenidos protegidos, ya sea de las restricciones legales como de las contractuales³³ impuestas por las conocidas «licencias de uso». En el ámbito de los programas informáticos, estas cesiones se conocen como «*End User License Agreements*» (EULA, por sus siglas)³⁴, licencias que se han ido extendiendo al uso de otro tipo de contenido digital.

²⁹ CÁMARA LAPUENTE (2011), págs. 508-510.

³⁰ HELBERGER (2004), págs. 47-51.

³¹ COLOMBI CIACCHI y SCHAGEN (2017), págs. 104-106.

³² CÁMARA LAPUENTE (2014), pág. 103.

³³ HELBERGER (2004), pág. 49; LOOS *et al.* (2011), pág. 753.

³⁴ BEALE (2017), págs. 35-39.

2.2. *Acerca de la compatibilidad e interoperabilidad del contenido digital*

La información precontractual acerca de la interoperabilidad aparece referida en los artículos 60.2 letra j) y 97.1 letra t) TRLGDCU. El primero de estos preceptos advierte, recordando al tenor literal de los preceptos homónimos de la Directiva 2011/83/UE, que debe informarse de «toda interoperabilidad relevante del contenido digital con los aparatos y programas conocidos por el empresario o que quepa esperar razonablemente que conozca, como son, entre otros, el sistema operativo, la versión necesaria o determinados elementos de los soportes físicos».

Los contenidos digitales suministrados en línea dependen de otros aparatos e incluso de otros contenidos digitales, como son los programas de ordenador o diversas aplicaciones, para poder funcionar adecuadamente. El *software* y el hardware del usuario es necesario que sea el adecuado para poder disfrutar del contenido digital³⁵. La compatibilidad como la interoperabilidad supone que el empresario debe informar al consumidor de si existe alguna limitación o alguna restricción de carácter material en relación con el uso del contenido digital respecto de determinados aparatos, sistemas operativos, plataformas, otros ordenadores o, incluso, la necesidad de poseer un programa de ordenador adicional de un fabricante concreto para poder usar y disfrutar de aquel. Así, conocida es la incompatibilidad de determinados programas y aparatos de Apple con los propios de otras marcas, o los eBooks que solo se pueden usar en determinados hardwares³⁶.

Si la ausencia o defecto de compatibilidad o interoperabilidad han sido convenientemente comunicadas al consumidor, es decir, de forma clara y comprensible, no podrá entenderse que se ha vulnerado el deber precontractual de informar ni podrá el consumidor alegar falta de conformidad con lo establecido en el contrato. Además, de acuerdo con el artículo 12.4 Directiva 2019/770, el empresario quedará relevado de la carga de probar que en el momento del suministro existía la falta de conformidad, correspondiendo la misma al consumidor.

Debe destacarse que en las definiciones de «compatibilidad» e «interoperabilidad» dadas por la Directiva 2019/770, se alude a los aparatos o programas con los cuales «se utilizan normalmente los contenidos o servicios digitales», mientras que el artículo 60.2 letra j) TRLGDCU hace referencia a aparatos y programas que son conocidos por el empresario o que quepa razonablemente esperar que los conozca. El considerando 19 de la Directiva 2011/83/UE especificaba que se trataba de «programas estándar», especificación esta que no trascendió al texto español cuando se transpuso esta última Directiva mencionada. Me parece que no se puede interpretar en un sentido diferente a estas normas legales, la referencia a aparatos o programas que se utilizan «normalmente». Esta acotación tiene sentido dados los continuos cambios de la industria de la informática con sus permanentes actualizaciones, adaptaciones, mejores y creación de nuevos productos. Así, lo que debe conocer el empresario es aquel aparato o programa que se usa comúnmente en el momento del suministro del contenido digital, por ejemplo, la interoperabilidad o compatibilidad con pro-

³⁵ LOOS *et al.* (2011), pág. 744.

³⁶ HELBERGER (2004), págs. 64-65; CÁMARA LAPUENTE (2014), pág. 116.

gramas personalizados o creados especialmente para ese consumidor quedan fuera del deber de informar del empresario pues no es «razonable» que los conozca necesariamente³⁷.

3. Medidas tecnológicas de protección y licencias de uso

Como las restricciones técnicas a las que se refiere el considerando 43 de la Directiva 2019/770 apelan directamente a las medidas técnicas de protección de los contenidos y prestaciones digitales y se cuenta con una definición, en el TRLPI, como «medidas tecnológicas» (art. 196.3), me entretengo seguidamente en ellas. En la búsqueda del equilibrio entre el Derecho del Consumo y la Propiedad intelectual sobre los contenidos digitales, es decir, el equilibrio entre usuarios y consumidores de obras protegidas y titulares de derechos de propiedad intelectual³⁸, se introdujo el que ahora es artículo 197.1 TRLPI («límites a la propiedad intelectual y medidas tecnológicas») que establece, como lo hizo en su momento, el artículo 161.1, que los titulares de los derechos sobre obras o prestaciones protegidas con medidas tecnológicas «deberán facilitar a los beneficiarios de los límites [...] los medios adecuados para disfrutar de ellos, conforme a su finalidad, siempre y cuando, tales beneficiarios tengan legalmente acceso a la obra o prestación de que se trate». El artículo 197.1 TRLPI se refiere a los límites «que se citan a continuación». Se trata, como es sabido, de un listado de límites «fuertes». Además, se cuenta con límites «débiles» que no se encuentran en este listado, sino en otros preceptos del TRLPI³⁹. Por tanto, el TRLPI garantiza el uso de determinados contenidos digitales respecto del cual, en la medida en que afecta a su «funcionalidad», debe ser informado el consumidor usuario legítimo de ese contenido.

Ahora bien, mediante contrato, esto es, licencia de uso, también se puede establecer la «funcionalidad» del contenido digital protegido frente a medidas tecnológicas de protección pues, como advierte el artículo 197.5 TRLPI, los límites establecidos ceden ante lo dispuesto en el contrato, ya sea para ampliar los usos («de tal forma que cualquier persona pueda acceder a ellas /obras o prestaciones/ desde el lugar y momento que elija») como para restringirlos o eliminarlos. Además, el artículo 196.3 TRLPI cuando define lo que se entiende por medida tecnológica advierte que se refiere a actos «que no cuenten con la autorización de los titulares de los correspondientes derechos de propiedad intelectual».

Sin embargo, el artículo 197.5 TRLPI, cuyo origen se encuentra en la transposición que se hizo de la Directiva 2001/29/CE, por el artículo 161.5, da relevancia a los titulares de los derechos de propiedad intelectual respecto de los consumidores de obras o prestaciones que se hayan puesto «a disposición del público». Por tanto, si a pesar de los límites legales (fuertes o débiles) mediante contrato se restringen o se eliminan los usos aplicando medidas tecnológicas, lo establecido contractualmente es válido y producirá plenos efectos. El usuario no podría solicitar el levantamiento de las medidas para disfrutar de los límites y

³⁷ CÁMARA LAPUENTE (2014), pág. 120.

³⁸ ELKIN-KOREN (2007), págs. 1119-1155; STAZI (2012), págs. 158-174.

³⁹ A este respecto, *vid.* MARÍN LÓPEZ (2005), págs. 43-54; LÓPEZ RICHART (2008), págs. 202-204; APARICIO VAQUERO (2016), págs. 24-33; CIVITELLI (2018), pág. 91; SERRANO FERNÁNDEZ (2019), págs. 162-163.

excepciones establecidos por el TRLPI al anteponerse el acuerdo contractual en sentido contrario⁴⁰. En estos casos, salvo que el proveedor del contenido digital no haya advertido claramente acerca de esta circunstancia, el consumidor no podrá dirigirse contra él solicitando la corrección de falta de conformidad del contenido digital (art. 13 Directiva 2019/770).

Quizá una futura modificación del TRLPI, como apunta un sector doctrinal⁴¹, a los efectos de impedir que, mediante contrato, se puedan cercenar los beneficios de aquellos que legalmente pueden acceder a obras protegidas, esté más que justificada. Esto reforzaría de la protección del consumidor usuario legítimo de aquel, máxime si se tiene en cuenta que lo convenido contractualmente se hace mediante licencias estandarizadas en masa a las que aquel se adhiere sin posibilidad de negociar ningún uso del contenido digital. Se vehiculan, en la práctica, mediante las conocidas licencias *click-wrap*⁴², en virtud de las cuales apretar en un botón del ordenador (o romper un precinto, en el caso de la licencia *shrink-wrap*) es equivalente a la aceptación con el consiguiente despliegue del programa contractual que comporta, aunque nuestro TRLPI, como otros Derechos de autor de nuestro entorno, no empleen dicho término⁴³. En el momento de la descarga o de la instalación del contenido digital deben aceptarse las condiciones de uso de ese contenido, de suerte que, si no se hace, no se podrá acceder al contenido digital suministrado⁴⁴. En este sentido, no estaría de más, como lo hizo el legislador alemán, en el § 95 letra d) (1) UrhG⁴⁵, y el francés, en su artículo L 331-5 del Code la propriété intellectuelle⁴⁶, introducir una norma, en sede de medidas tecnológicas de protección, en torno al deber de informar de forma clara mediante (por ejemplo, un signo o una etiqueta) al consumidor acerca de ello y no simplemente remitirlo a la jurisdicción civil, como hace la legislación española, lo que de hecho más que fortalecer su posición, la debilita⁴⁷.

Sea lo que fuere, el artículo 197.5 TRLPI admite dos posibles interpretaciones como, en su momento, permitía el artículo 161.5. La primera que entiende que mediante cláusulas contractuales y medidas tecnológicas se puede impedir que operen los límites a la propiedad intelectual para los contenidos digitales suministrados en línea, esto es, sin soporte material (por ejemplo, en *streaming*)⁴⁸,

⁴⁰ Recuérdese que el artículo 197.2 TRLPI remite a los beneficiarios de los límites a la jurisdicción civil para exigir a los titulares de los derechos de propiedad intelectual que cumplan con el deber de permitirles el disfrute de las obras o prestaciones al quedar legalmente amparados en uno de esos límites o excepciones. Además, en su defensa, las entidades legitimadas en el artículo 11.2 y 3 de la LEC podrán actuar tal como advierte el segundo inciso del artículo 197.2 mencionado.

⁴¹ CIVITELLI (2018), págs. 91-94; SERRANO FERNÁNDEZ (2019), págs. 162-163.

⁴² LIDGARD (2000), págs. 437-445; ROTT (2008), págs. 441-457.

⁴³ OBERGFELL (2018), págs. 193-210.

⁴⁴ SPINDLER (2017), pág. 222. Este autor alude a licencias «take it or leave it».

⁴⁵ «Werke und andere Schutzgegenstände, die mit technischen Massnahmen geschützt werden, sind deutlich sichtbar mit Angaben über die Eigenschaften der technischen Massnahmen zu kennzeichnen» (Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte -UrhG). Online: <https://www.gesetze-im-internet.de/urhgl/>. Fecha de la consulta: mayo de 2021.

⁴⁶ «Les fournisseurs de mesures techniques donnent l'accès aux informations essentielles à l'interopérabilité...». Online: https://www.legifrance.gouv.fr/codes/section_lc/LEGITEXT000006069414/LEGISCTA000006179045/#LEGIARTI000038835818. Fecha de la consulta: mayo de 2021.

⁴⁷ SERRANO FERNÁNDEZ (2019), págs. 162-163.

⁴⁸ Incluida la copia privada a la que se refiere el artículo 197.4 TRLPI que podrá ser evitada mediante licencia. El límite de copia privada no alcanza, según el artículo 31.3 TRLPI, a los programas de ordenador ni a las bases de datos.

de manera que los titulares de los derechos de propiedad intelectual no tendrán obligación alguna de facilitar a los beneficiarios de los límites los medios adecuados para el disfrute de los contenidos digitales⁴⁹ y, la segunda, que considera que solo se refiere a la forma de suministrar ciertos contenidos digitales, en particular, los servicios interactivos a la carta⁵⁰, en claro apoyo a los derechos de los consumidores.

Ya se adopte una u otra interpretación, lo cierto es que el deber de informar del empresario a los consumidores acerca de los usos permitidos (v. gr. sobre si el acceso al contenido es permanente o temporal, el número de reproducciones permitido, las copias para uso privado que se pueden realizar, etc..) o no permitidos legal y contractualmente (v. gr. prohibición de la venta o reventa del contenido digital, transformaciones o manipulaciones de ese contenido para convertirlo a otro formato, etc.), así como de las medidas de protección empleadas reviste una especial importancia a los efectos de que los consumidores puedan prestar un consentimiento informado. Según el artículo 60.1 TRLGDCU la información precontractual se refiere a las características principales del contrato «en particular, sobre sus condiciones jurídicas y económicas». Lo cierto es que estas licencias de uso deben ajustarse a la normativa sobre condiciones generales y cláusulas abusivas⁵¹. En relación con estas últimas, de todos modos, y a pesar de que el artículo 86 primer inciso TRLGDCU considera que se someten a ese régimen las cláusulas no negociadas individualmente que limiten o priven al consumidor de los derechos reconocidos por normas dispositivas o imperativas, debe tenerse presente que los usos permitidos o restringidos son precisamente el objeto principal del contrato y que, con arreglo al artículo 4.2 Directiva 93/13/CE, de 5 de abril⁵², deberían quedar excluidos de tal régimen, sin perjuicio de que el acuerdo contractual se pueda integrar con arreglo al principio general de la buena fe⁵³.

4. La interoperabilidad en relación, en particular, con los límites a los derechos de explotación del programa de ordenador

Como he indicado, la interoperabilidad ejerce un papel muy relevante en materia de programas de ordenador, hasta el punto de que el artículo 100.5 TRLPI establece que no será necesaria la autorización del titular del derecho cuando la reproducción del código y la traducción de la forma del programa (*descompilación*)⁵⁴ sea indispensable para obtener la información necesaria para la interoperabilidad de un programa creado de forma independiente con otros programas. Para ello es preciso que se cumplan una serie de requisitos —los enumerados en las letras *a*), *b*) y *c*) del mismo precepto— y que la información que se obtenga con esas operaciones se utilice únicamente para conseguir la interoperabilidad del programa creado de forma independiente, solo se comunique

⁴⁹ GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ (2007), pág. 2197.

⁵⁰ LÓPEZ RICHART (2008), págs. 225-228.

⁵¹ SPINDLER (2017), pág. 225.

⁵² DOCE, L 95/29, 1993. DE WERRA (2001-2002), pág. 321.

⁵³ Como en su momento hicieron los tribunales franceses y belgas. *Vid.*, al respecto, MARÍN LÓPEZ (2005), pág. 13; CABEDO SERNA (2008), págs. 100-111.

⁵⁴ La descompilación es un proceso por el cual se traduce el código objeto del programa en código fuente. Se pretende descifrar las ideas en las que se basa este empleando un programa de ordenador que se denomina compilador. Es una técnica de ingeniería inversa [GONZÁLEZ OTERO (2019), págs. 57-58].

a terceros esa información cuando sea necesario para conseguir la interoperabilidad del programa creado de forma independiente y no se emplee para el desarrollo, producción o comercialización de un programa sustancialmente similar en su expresión o para cualquier otro acto que infrinja los derechos de autor (art. 100.6 TRLPI)⁵⁵.

La interoperabilidad actúa como límite a los derechos de explotación del titular en relación con la reproducción total o parcial de un programa [art. 99 letra a) TRLPI] y con la traducción, adaptación o cualquier otra transformación de un programa [art. 99 letra b) TRLPI]. Salvo esta previsión, en otros casos, por ejemplo, en el supuesto de las bases de datos (arts. 31.3 y 134.2 TRLPI), el consumidor usuario legítimo no está autorizado, al menos legalmente, para realizar cambios en el contenido digital suministrado de manera que pueda ser interoperable con otros aparatos o posibles programas de ordenador. Si se tiene en cuenta que en la base de la mayoría de los contenidos digitales existe un programa de ordenador, parecería que, en aplicación de las normas reguladoras de estos, el consumidor podría hacer los cambios necesarios para que fuera interoperable con otros aparatos o programas.

Sin embargo, el TJUE, en el caso *Nintendo*, ha entendido que una medida tecnológica «eficaz» puede ser aquella que «consiste, principalmente, en equipar con un dispositivo de reconocimiento, no solo el soporte que contiene la obra protegida, tal como el videojuego, para protegerla contra actos que no cuenten con la autorización del titular de los derechos de autor, sino también los aparatos portátiles o las consolas destinados a permitir acceder a esos juegos y utilizarlos»⁵⁶. De ahí que si la medida tecnológica que restringe la interoperabilidad se encuentra en el aparato, no podrá hacer uso del beneficio que puede representar para él la posibilidad de descompilar el programa de ordenador que le ofrece el art. 100.5 TRLPI. Si se le ha informado de todo ello adecuadamente no podrá alegar con éxito falta de conformidad del contenido digital con el contrato⁵⁷.

El artículo 100.1 TRLPI permite que tanto la reproducción del código como la traducción de su forma se restrinjan mediante acuerdo contractual, esto es, mediante licencia de uso. Sin embargo, el TJUE, en sentencia de 22 de diciembre de 2010⁵⁸, dejó asentado, en relación con el artículo 5.3 de la Directiva 1991/250/CEE, del Consejo, de 14 de mayo, sobre la protección jurídica de los programas de ordenador⁵⁹ que las cláusulas contractuales que impidan la observación, el estudio o la verificación de su funcionamiento, con el fin de determinar las ideas y principios implícitos en cualquier elemento del programa, siempre que lo haga durante cualquiera de las operaciones de carga, visualización, ejecución, transmisión o almacenamiento del programa que tiene derecho a hacer (actual art. 100.3 TRLPI) se considerarán nulas. Uno de los argumentos dados por el alto tribunal para justificar su decisión tiene que ver con la protección jurídica de las ideas y principios subyacentes ya que, de admitirse la vali-

⁵⁵ Una revisión de futuro de estas cuestiones que, a buen seguro, deberá hacerse, puede verse, desde la perspectiva del derecho europeo, en GONZÁLEZ OTERO (2019), págs. 233-236.

⁵⁶ Asunto C-355/12.

⁵⁷ SPINDLER (2017), pág. 226.

⁵⁸ Asunto C-393/09.

⁵⁹ DOCE L 122, de 17 de mayo.

dez de tales cláusulas, se estaría impidiendo el desarrollo de otros programas de ordenador que plasmaran esos principios, pero de forma diferente.

Con base en esta doctrina, es pensable que lo mismo suceda cuando se pretenda contractualmente impedir la descompilación del código fuente (art. 100.5 TRLPI), siempre que la información que se obtenga sea indispensable y se cumplan los requisitos que el TRLPI establece. Así, las cláusulas contractuales, en estos casos en los que se impide o se restringen la interoperabilidad, deberían considerarse nulas.

IV. BLOQUEO GEOGRÁFICO Y ACCESO A OBRAS SIN SOPORTE MATERIAL

Una medida técnica de protección a la que no se alude en la Directiva 2011/83/UE y que, sin embargo, todavía se aplica es la que bloquea geográficamente el acceso a servicios electrónicos cuando se trata de dar acceso a obras protegidas por derechos de autor y a su uso o a la venta de las mismas, que no se encuentran en un soporte material (por ejemplo, música, e-books, juegos o *softwares*) —y que, por tanto, pueden recibir la consideración de «contenido digital»— con base precisamente en el cumplimiento de legislaciones nacionales reguladoras de los derechos de autor [art. 1.5 del Reglamento (UE) 2018/302, de 28 de febrero, sobre medidas destinadas a impedir el bloqueo geográfico injustificado y otras formas de discriminación por razón de nacionalidad, del lugar de residencia o del lugar de establecimiento de los clientes en el mercado interior]⁶⁰. Además, el artículo 4.1 letra *b*) del referido Reglamento permite diferencias en las condiciones generales de acceso a las mismas por razón de nacionalidad, lugar de residencia o de establecimiento de los clientes o de los proveedores cuando la característica principal del servicio consiste en el referido acceso y uso de la obra protegida por el derecho de autor o derechos conexos. En cambio, los comerciantes no pueden bloquear el acceso o discriminar a los consumidores en el acceso a su interfaz en línea o redirigirlos a otro sitio web sin su consentimiento expreso (art. 3), ni podrán en el ámbito de los servicios de pagos electrónicos establecer discriminaciones por razón de la nacionalidad, lugar de residencia o establecimiento del cliente o del comerciante (art. 5).

El Reglamento, por tanto, es muy tímido en torno al levantamiento de esta medida tecnológica de protección que puede impedir el acceso de los consumidores a determinado contenido digital o verse discriminados en cuanto a condiciones de acceso. Las reglas contenidas tanto en el artículo 3 como en el artículo 5 tienen un efecto práctico muy limitado en la medida en que están sujetas al respeto a la legislación nacional de los derechos de autor y, en consecuencia, a la obtención de la licencia correspondiente. De todos modos, se dejó abierta la puerta a modificar estos aspectos sobre la base de una primera evaluación de la aplicación del Reglamento, en marzo de 2020⁶¹, en el sentido de eliminar la prohibición del artículo 4.1 letra *b*) y, además, ampliar el ámbito de aplicación

⁶⁰ DOUE L 60 I/1, 28 de marzo de 2018.

⁶¹ European Commission, Directorate-General for Communications Networks, Content and Technology Directorate F - Digital Single Market, *Study on the impacts of the extension of the scope of the Geo-blocking Regulation to audiovisual and non-audiovisual services giving access to copyright protected content*, final report, 2020. Online: <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/4fc70542-223b-11eb-b57e-01aa75ed71a1/language-en>. Fecha de la consulta: mayo de 2021.

del Reglamento a los servicios audiovisuales que, hoy por hoy, quedan excluido (art. 9). En el Informe hecho público acerca de esta primera evaluación se constata que, a pesar de los posibles beneficios para los consumidores en el acceso a este tipo de contenidos, en la medida en que se ven afectadas otras normas relevantes como las que tienen que ver con la protección de los derechos de autor y con la defensa de la competencia, es demasiado pronto para recomendar una posible modificación del Reglamento y, en cambio, se ve factible realizar una segunda evaluación en el año 2022⁶².

En lo que concierne a los derechos de autor, el límite que representa el principio de territorialidad ha empezado a superarse, por ejemplo, con las licencias multiterritoriales que podrían aplicarse a otros ámbitos más allá de los servicios de música en línea⁶³. Quizá en un futuro la unificación de los derechos de autor, en Europa, mediante un Código que permita una licencia paneuropea⁶⁴ o el establecimiento de licencias obligatorias sea la vía para superar el mencionado principio en relación con cualquier tipo de obra a la que se pueda tener acceso por medios electrónicos y sin necesidad de que aparezcan representadas en un soporte material⁶⁵.

V. CONCLUSIONES

La interrelación entre el Derecho de consumo y el Derecho de la propiedad intelectual es evidente como he puesto de manifiesto en este trabajo. Al no existir ninguna norma en el TRLPI acerca del deber de informar a los consumidores sobre la existencia y características de medidas técnicas de protección de los contenidos y prestaciones digitales, debe acudir al TRLGDCU, para encontrar, en los artículos 60 y 97, la referencia al deber de informar acerca de la funcionalidad e interoperabilidad de los contenidos digitales haciendo mención expresa de las medidas técnicas de protección como las que se pueden derivar de la gestión de los derechos digitales. En esta dirección, el legislador español podría introducir una norma en sede de medidas tecnológicas de protección como hizo el legislador alemán y francés, en relación con el deber de informar al consumidor. Además, esto debería ir acompañado del carácter imperativo de determinados límites o excepciones a los derechos de propiedad intelectual que no podrían socavarse mediante el recurso a las licencias de uso, así, por ejemplo, que se permitiera siempre una copia para uso privado, como mínimo, del contenido digital y que no se restringiera la interoperabilidad de los programas de ordenador mediante licencias de uso. O, dicho con otras palabras, que los lí-

⁶² Report from the Commission to the European Parliament, the Council, the European economic and social Committee and the Committee of the regions on the first short-term review of the Geo-blocking Regulation, COM(2020) 766 final.

⁶³ Directiva 2014/26/UE del Parlamento europeo y del Consejo de 26 de febrero, relativa a la gestión colectiva de los derechos de autor o derechos afines y a la concesión de licencias multiterritoriales de derechos sobre obras musicales para su utilización en línea en el mercado interior (*DOUE* L 84/72, 20 de marzo de 2014). El contenido de esta Directiva se traspuso parcialmente al ordenamiento jurídico español mediante la Ley 21/2014, de 4 de noviembre, por la que se modificó el texto refundido de la LPI (*BOE* núm. 268, 5 de noviembre de 2014). La transposición culmina, por un lado, con el Real Decreto-ley 2/2018, de 13 de abril (*BOE* núm. 91, de 14 de abril) que, como la propia exposición de motivos recoge, ha seguido fielmente el texto de la norma comunitaria y, por otro, con el TRLPI de 2019. En relación con las licencias multiterritoriales, *vid.* NAVAS NAVARRO (2019), págs. 81-90.

⁶⁴ TRIMBLE (2019), págs. 496-498.

⁶⁵ SYNODINOU (2020), págs. 145-150.

mites «fuertes» lo fueran realmente porque no pueden orillarse, en perjuicio del usuario, cuando no afectan a la normal explotación de la obra por su autor, mediante el recurso al derecho contractual⁶⁶. En definitiva, se impone una mayor coordinación entre la protección de los consumidores y las normas reguladoras de la propiedad intelectual.

Finalmente, sería conveniente repensar el principio de territorialidad en la aplicación del Derecho de autor tendiendo hacia una verdadera unificación en Europa que no fragmentara el mercado único digital y que no discriminara a los consumidores por razón de su nacionalidad, lugar de residencia o de establecimiento. Para ello sería necesario replantear el sistema de licencias o negocios de cesión de las facultades patrimoniales de los autores.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- APARICIO VAQUERO, Juan Pablo (2016), «Propiedad intelectual y suministro de contenidos digitales», *InDret* 3, págs. 2-58.
- BEALE, Hugh (2017), «Conclusion and Performance of Contracts: An Overview», en SCHULZE, R.; STAUDEMAYER, D., y LOHSSE, S. (eds.), *Contracts for the Supply of Digital Content: Regulatory Challenges and Gaps*, Nomos Verlag, Baden-Baden, págs. 33-59.
- CABEDO SERNA, Llanos (2008), «Los consumidores y las medidas tecnológicas de protección incorporadas en soportes digitales», en MORENO MARTÍNEZ, J. A. (dir.), *Límites a la propiedad intelectual y nuevas tecnologías*, Dykinson, Madrid, págs. 63-118.
- CÁMARA LAPUENTE, Sergio (2011), «Comentario al artículo 60 TRLGDCU», en CÁMARA LAPUENTE, S. (dir.), *Comentarios a las normas de protección de los consumidores*, Colex, Madrid, págs. 508-525.
- (2014), «La nueva protección del consumidor de contenidos digitales tras la Ley 3/2014, de 27 de marzo», *Revista CESCO* 11, págs. 79-167.
- (2016), «El régimen de la falta de conformidad en el contrato de suministro de contenidos digitales según la Propuesta de Directiva de 9.12.2015», *InDret* 3, págs. 1-92.
- CIVITELLI, Chiara (2018), «La protección de las medidas tecnológicas y el disfrute efectivo de las excepciones y límites a los derechos de propiedad intelectual», en SERRANO FERNÁNDEZ, M. (coord.), *Propiedad intelectual y bibliotecas: una revisión crítica*, Reus, Madrid, págs. 81-94.
- COLOMBI CIACCHI, Aurelia, y SCHAGEN, Esther van (2017), «Conformity under the Draft Digital Content Directive: Regulatory Challenges and Gaps», en SCHULZE, R.; STAUDEMAYER, D., y LOHSSE, S. (eds.), *Contracts for the Supply of Digital Content: Regulatory Challenges and Gaps*, Nomos Verlag, Baden-Baden, págs. 99-128.
- DE WERRA, Jacques (2001-2002), «Moving beyond the conflict between freedom of contract and copyright: in search of a new global policy for online information licensing transactions. A comparative analysis between US law and European Law», *Columbia Journal of Law & the Arts*, vol. 25, págs. 239-373.
- ELKIN-KOREN, Niva (2007), «Making room for consumers under the DMCA», *Berkeley Technology Law Journal*, vol. 22, núm. 3, págs. 1119-1155.
- GANZHORN, Marco (2014), «Das Verhältnis von Büchern und E-Books unter besonderer Berücksichtigung der UsedSoft-Rechtsprechung», *Computer und Recht*, págs. 492-497.
- GARCÍA MIRETE, Carmen María (2019), «La portabilidad transfronteriza de servicios online en el mercado interior europeo tras un año de aplicación del Reglamento 2017/1128», en SAIZ GARCÍA, C., y EVANGELIO LLORCA, R. (dirs.), *Propiedad intelectual y mercado único digital europeo*, Tirant lo Blanch, Valencia, págs. 511-546.

⁶⁶ LÓPEZ RICHART (2008), págs. 227-228.

- GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, Ignacio (2013), «Compraventa y suministro de contenidos digitales en la Directiva 83/2011 y CESL», en CARRASCO PERERA, A. (dir.), *Tratado de la compraventa*, t. I, Aranzadi, Cizur Menor, págs. 753-764.
- (2007), «Comentario al artículo 161 TRLPI», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.), *Comentarios a la Ley de propiedad intelectual*, 3.^a ed., Tecnos, Madrid, págs. 2197-2256.
- GONZÁLEZ OTERO, Begoña (2019), *Interoperabilidad, Internet de las Cosas y Derecho de autor*, Madrid, Reus.
- GSELL, B. (2018), «Abhilfen bei Vertragswidrigkeit nach dem europäischen Digital-RL-Vorschlag vor dem Hintergrund des deutschen Rechts», en KINDL, J.; ARROYO VENDRELL, T., y GSELL, B. (eds.), *Verträge über digitale Inhalte und digitale Dienstleistungen*, Nomos Verlag, Baden-Baden, págs. 85-100.
- HELBERGER, Natalie (2004), *Digital Rights Management and Consumer Acceptability. A Multi-Disciplinary Discussion of Consumer Concerns and Expectations. State-of-the-Art Report*, Indicare project, diciembre de 2004, págs. 1-139. Disponible en www.indicare.org/tiki-download_file.php?filed=60. Fecha de la consulta: mayo de 2021.
- KINDL, Johann (2018), «Verträge über digitale Inhalte - Vertragsnatur und geschuldete Leistung», en KINDL, J.; ARROYO VENDRELL, T., y GSELL, B. (eds.), *Verträge über digitale Inhalte und digitale Dienstleistungen*, Nomos Verlag, Baden-Baden, págs. 63-85.
- LIDGARD, Hans Henrik (2000), «European perspective on licensing in a network environment», *Suffolk Transnational Law Review* 23, págs. 437-458.
- LOOS, Marco; HELBERGER, Natalie; GUIBAULT, Loucie, y MAK, Chantal (2011), «The Regulation of Digital Content Contracts in the Optional Instrument of Contract Law», *European Review of Private Law*, vol. 19, núm. 6, págs. 729-758.
- LÓPEZ RICHART, Julián (2008), «La copia privada ante los desafíos de la tecnología digital», en MORENO MARTÍNEZ, J. A. (dir.), *Límites a la propiedad intelectual y nuevas tecnologías*, Dykinson, Madrid, págs. 177-236.
- MARÍN LÓPEZ, Juan José (2005), «La copia privada frente a las medidas tecnológicas de protección», *pe. I.*, págs. 9-76.
- MARTÍN SALAMANCA, Sara (2018), «La comunicación pública en el entorno europeo: crónica y debate», en KINDL, J.; ARROYO VENDRELL, T., y GSELL, B. (eds.), *Verträge über digitale Inhalte und digitale Dienstleistungen*, Nomos Verlag, Baden-Baden, págs. 173-192.
- MINERO ALEJANDRE, Gemma (2016), «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 MARÍN LÓPEZ, J. J.; CASAS VALLÉS, R., y SÁNCHEZ ARISTI, R., *Estudios sobre la Ley de propiedad intelectual: últimas reformas y materias pendientes*, Dykinson, Madrid, págs. 493-524.
- MIRANDA SERRANO, Luís María (2021), «El derecho de desistimiento en los contratos de consumo sobre contenidos digitales (I)», *La Ley mercantil* 76, sección derecho digital, págs. 1-57.
- NAVAS NAVARRO, Susana (2017), «User-generated Online Digital Content as a Test for the EU Legislation on Contracts for the Supply of Digital Content», en SCHULZE, R.; STAUEMEYER, D., y LOHSE, S. (eds.), *Contracts for the Supply of Digital Content: Regulatory Challenges and Gaps*, Nomos Verlag, Baden-Baden, págs. 229-255.
- (2019), «Plataformas de servicios de música online y licencias multiterritoriales (estado de la cuestión)», en SERRANO GÓMEZ, E. (dir.), *Medios de comunicación, contenidos digitales y Derecho de autor*, Reus, Madrid, págs. 81-93.
- OBERGFELL, Eva Inés (2018), «Lizenzverträge über digitale Inhalte», en KINDL, J.; ARROYO VENDRELL, T., y GSELL, B. (eds.), *Verträge über digitale Inhalte und digitale Dienstleistungen*, Nomos Verlag, Baden-Baden, págs. 193-210.

- RIBERA BLANES, Begoña (2002), *El derecho de reproducción en la propiedad intelectual*, Dykinson, Madrid.
- ROTT, Peter (2008), «Download of Copyright-Protected Internet Content and the Role of (Consumer) Contract Law», *J. Cons. Pol.* 31, págs. 441-457.
- SERRANO FERNÁNDEZ, María (2019), *El impacto de la sociedad de la información en la propiedad intelectual*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- SYNODINOU, Tatiana Eleni (2020), «Geoblocking in EU Copyright Law: Challenges and Perspectives», *GRUR Int.*, vol. 69, núm. 2, págs. 136-150.
- SPINDLER, Gerald (2017), «Contract Law and Copyright - Regulatory Challenges and Gaps», en SCHULZE, R.; STAUDEMAYER, D., y LOHSSE, S. (eds.), *Contracts for the Supply of Digital Content: Regulatory Challenges and Gaps*, Nomos Verlag, Baden-Baden, págs. 211-228.
- STAZI, Andrea (2012), «Digital copyright and consumer/user protection: moving toward a new framework?», *Queen Mary Journal of Intellectual Property*, vol. 2 núm. 2, págs. 158-174.
- TRIMBLE, Marketa (2019), «Copyright and Geoblocking: The Consequences of Eliminating Geoblocking», *Boston University Journal of Science and Technology Law*, vol. 25, núm. 2, págs. 477-503.
- TWIGG-FLESNER, Christian (2020), «Conformity of goods and digital content/digital services», en ARROYO AMAYUELAS, E., y CÁMARA LAPUENTE, S. (dirs.), *El Derecho privado en el nuevo paradigma digital*, Marcial Pons, Barcelona-Madrid, págs. 49-78.
- VICENT LÓPEZ, Cristina (2017), *Internet y Derecho de autor. Nuevos Modelos de Explotación Online*, Thomson Reuters, Aranzadi, Cizur menor.