

## Falta de conformidad de los contenidos y servicios digitales y derechos de autor

*Antoni Rubí Puig, Universitat Pompeu Fabra*

*Resumen:* Este trabajo analiza la regla sobre derechos de terceros en el artículo 10 de la Directiva (UE) 2019/770, e identifica los elementos clave para delimitar los casos en los que la vulneración de derechos de propiedad intelectual de terceros puede dar lugar a una falta de conformidad jurídica. En primer lugar, se examinan los factores esenciales para comprender la aplicación del precepto. Se describen las diferentes relaciones entre el suministro de contenidos digitales y los derechos de autor y derechos afines, las distintas modalidades de suministro, el uso de licencias de usuario y medidas técnicas de protección, así como la posible aplicación de la regla en diversos escenarios. A continuación, se desglosan los elementos del artículo 10 Directiva (UE) 2019/770. Posteriormente, se discute la aplicación de los criterios subjetivos y objetivos de conformidad en situaciones en las que las restricciones sobre los contenidos y servicios digitales derivan de la protección de derechos de autor de terceros. En este marco, se propone un criterio para determinar cuándo la omisión de información por parte del suministrador puede ser relevante para declarar una falta de conformidad, ilustrándolo con tres casos prácticos.

*Palabras clave:* contenidos y servicios digitales, falta de conformidad jurídica, derechos de propiedad intelectual, asimetría informativa.

*Zusammenfassung:* Der folgende Beitrag erörtert die in Artikel 10 der Richtlinie (EU) 2019/770 getroffene Regelung über die Rechte Dritter und arbeitet die maßgeblichen Kriterien zur Abgrenzung der Fälle heraus, in denen die Verletzung von Urheberrechten eine Haftung des Unternehmers für Rechtsmängel nach sich ziehen kann. Zunächst werden die Faktoren untersucht, die für das Verständnis der Anwendung der Regelung wesentlich sind. Erläutert werden die unterschiedlichen Beziehungen zwischen der Bereitstellung digitaler Inhalte und dem Urheberrecht und verwandten Schutzrechten, die zahlreichen Möglichkeiten der Bereitstellung digitaler Inhalte und Dienstleistungen, der Einsatz von Endnutzerlizenzenverträgen

und technischen Schutzmaßnahmen sowie die mögliche Anwendbarkeit der Regelung in verschiedenen Szenarien. Anschließend werden die in Artikel 10 der Richtlinie (EU) 2019/770 geregelten Voraussetzungen einer eingehenden Analyse unterzogen. Sodann werden die subjektiven und objektiven Anforderungen in Sachverhalten diskutiert, in denen eine Beschränkung der Nutzung von digitalen Inhalten und Dienstleistungen auf dem Schutz von Urheberrechten Dritter beruht. In diesem Zusammenhang wird ein Kriterium zur Bestimmung der Voraussetzungen vorgeschlagen, unter denen das Verschweigen von Informationen durch den Unternehmer für die Feststellung einer Mangelhaftigkeit relevant sein kann. Dieses Kriterium wird anhand von drei praktischen Fällen veranschaulicht.

*Schlüsselwörter:* digitale Inhalte und Dienstleistungen, Rechtsmangel, Urheberrechte, Informationsasymmetrie.

#### *A. Introducción*

En ocasiones, un consumidor celebrará un contrato con un empresario por el cual este se obligará a suministrarle contenidos o servicios digitales que luego, a consecuencia de la protección de derechos de propiedad intelectual de un tercero, aquel no podrá utilizar en la forma pactada o de acuerdo con sus expectativas razonables. En estos supuestos, la utilización pactada o esperable de los contenidos o servicios digitales podría llegar a infringir los derechos de exclusiva del tercero o violar las condiciones establecidas por este último para el uso y disfrute de los derechos de autor o derechos afines de los cuales es titular.

Estas limitaciones en el uso de los contenidos o servicios digitales derivadas de la salvaguarda de derechos de propiedad intelectual de un tercero menoscaban la posición del consumidor en la relación contractual de suministro y le permiten hacer valer frente al empresario los remedios por falta de conformidad previstos en el derecho de consumo. Se trata de casos de falta de conformidad jurídica o vicios jurídicos (*legal defects, Rechtsmängel, défauts juridiques, vizi giuridici*), pues específicamente derivan del reconocimiento y protección de los derechos de autor o derechos afines titularidad de un tercero ajeno al contrato de suministro.

La Directiva (UE) 2019/770, de 20 de mayo de 2019, relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales a consumidores cuenta con una regla en el art. 10 para el tratami-

ento de estas faltas de conformidad jurídica.<sup>1</sup> En España, la norma ha sido objeto de una doble transposición: en el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios<sup>2</sup> y en el Libro Sexto del Codi Civil de Catalunya.<sup>3</sup>

El riesgo de que el consumidor pueda recurrir en estos supuestos a los remedios por falta de conformidad y, en especial, la posibilidad de resolver el contrato de suministro, generan incentivos al empresario para que, por una parte, se asegure de que cuenta con las autorizaciones necesarias de los titulares de derechos de propiedad intelectual para llevar a cabo su actividad económica de suministro y para que, por otra parte y sobre todo, proporcione una mejor información a los consumidores acerca de los contenidos y servicios digitales que suministra. En este último caso, como se verá, basta alinear la información proporcionada al consumidor con las restricciones y limitaciones queridas por el titular de los derechos para hacer que los contenidos y los servicios digitales sean conformes con el contrato. Si, en el momento de contratar, el consumidor contaba con información adecuada sobre las características de los contenidos o servicios digitales objeto del contrato derivadas del ejercicio de derechos de propiedad intelectual, difícilmente podrá alegar con éxito una falta de conformidad.

Los problemas más difíciles en la aplicación de la regla prevista en el art. 10 DCD se plantean en los casos de insuficiencia de información proporcionada por el empresario al consumidor, pues no todos ellos han de resultar en una falta de conformidad de los contenidos o servicios digitales suministrados. En otros términos, no todos los riesgos derivados de una asimetría informativa han de asignarse al empresario suministrador y habrá de ser el consumidor quien arroste con ellos y, en su caso, quien pueda llegar a actuar frente al tercero que, con base en sus derechos de propiedad, limita o restringe el uso de los contenidos o servicios digitales. Este será el caso principalmente de aquellas faltas de información referidas a restricciones sobre el uso de los contenidos o servicios digitales implementadas

1 DO L 136, de 22.5.2019, p. 1-27 (en adelante, DCD). Véase también art. 9 de la Directiva (UE) 2019/771, de 20 de mayo de 2019, relativa a determinados aspectos de los contratos de compraventa de bienes (DO L 136, de 22/05/2019, p. 28-50) (en adelante, DCV).

2 Art. 10 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios, aprobado por Real Decreto-Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre (BOE núm. 287, de 30.II.2007) (en adelante, TRLGDCU).

3 Art. 621-30 del Llibre Sisè del Codi Civil de Catalunya (aprobado por Llei 3/2017, del 15 de febrero) (en adelante, CCCat). En el derecho alemán, véase §327g BGB.

por el titular de los derechos de propiedad intelectual que deriven de un ejercicio de facultades que le atribuye el ordenamiento y que no se aparten de lo que este dispone.<sup>4</sup> Este trabajo propone un test para examinar la conformidad de los contenidos digitales en los supuestos de insuficiencia informativa del consumidor que persigue cohonestar la regla del art. 10 DCD con el derecho español y europeo vigente en materia de derechos de propiedad intelectual y que pasa por la identificación de las normas de este último como imperativas o como dispositivas. Esta constituye la principal contribución de este trabajo.

Además, este trabajo ofrece un análisis de la regla sobre falta de conformidad jurídica en la DCD e identifica los factores relevantes para delimitar las faltas de conformidad jurídica por vulneración de derechos de propiedad intelectual de terceros. Se organiza de la manera siguiente: después de la presentación de la cuestión discutida en el trabajo, el apartado B describe diferentes factores relevantes para entender la aplicación de la regla prevista en el art. 10 DCD. A continuación, el apartado C identifica y examina los diferentes elementos de la regla del art. 10 DCD. En particular, el trabajo analiza cómo funcionan los criterios subjetivos y objetivos de conformidad en supuestos en los cuales las restricciones sobre los contenidos y servicios digitales derivan de la protección de derechos de propiedad intelectual de terceros; y propone un criterio para determinar cuando la omisión de información por parte del suministrador al consumidor puede ser relevante para la determinación de una falta de conformidad; y se ensaya este criterio en tres supuestos diferentes. Por último, el trabajo incluye unas breves conclusiones.

#### *B. Contexto de aplicación de la regla*

##### I. Relaciones entre contratos sobre contenidos y servicios digitales y derechos de autor

Son varias las relaciones que pueden identificarse entre contratos sobre contenidos y servicios digitales y derechos de autor. En primer lugar, será habitual que muchos de los contenidos digitales objeto de estos contratos de suministro, tales como libros, películas, videojuegos o programas de or-

---

<sup>4</sup> *Infra* apartado C.V.4.

denador, estén protegidos por derechos de autor y, en su caso, por derechos afines como los atribuidos a artistas e intérpretes o productores<sup>5</sup>. Son contenidos que, de ordinario, superarán los requisitos para ser protegibles mediante derechos de propiedad intelectual.<sup>6</sup> Aunque no todos los contenidos digitales incluirán obras y otras prestaciones protegidas por derechos de propiedad intelectual, la DCD asume que será lo más frecuente y cita expresamente en el art. 10 a los derechos de propiedad intelectual entre los derechos de terceros que pueden resultar en una falta de conformidad jurídica de los contenidos y servicios digitales.

En segundo lugar, también será habitual que el uso y acceso a los contenidos digitales contratados impliquen actos de explotación de derechos de propiedad intelectual; o que la prestación de muchos servicios digitales relacionados con el suministro de contenidos digitales conlleve también actos de explotación (Considerando 19 DCD). Por ejemplo, el suministro en línea de contenidos digitales comportará de ordinario actos de comunicación al público de obras y otras prestaciones, en la modalidad de puesta a disposición del público.

En el régimen jurídico actual, los actos de puesta a disposición del público de los contenidos digitales son realizados por los usuarios de las plataformas (destinatarios de los servicios de alojamiento) y, en algunos casos, por las plataformas prestadoras de los servicios.<sup>7</sup> En la jurisprudencia, así lo han resuelto STJUE (Gran Sala) de 22 de junio de 2021, asuntos acumulados C-682/18 y C-683/18, *Frank Peterson contra Google LLC y otros y Elsevier Inc. contra Cyando AG* (ECLI:EU:C:2021:503); y STJUE (Gran Sala) de 26 de abril de 2022, asunto C-401/19, *República*

5 Considerando 19 DCD; y G. Spindler, Contract Law and Copyright- Regulatory Challenges and Gaps”, en: R. Schulze/D. Staudenmayer/S. Lohsse (eds), Contracts for the Supply of Digital Content: Regulatory Challenges and Gaps: Münster Colloquia on EU Law and the Digital Economy II, Hart-Nomos, 2017, pp. 211-227, p. 212.

6 Sobre los requisitos de protección en derecho español y, en particular, acerca de la noción de originalidad, véase A. Rubí Puig, Originality in Spanish Copyright Law, en: I. Gupta/V.H. Devaiah/M. Singh (eds.), Handbook on Originality in Copyright: Cases and Materials, Springer Nature, 2023, pp. 1-15.

7 Véanse arts. 20, 108, 116 y 122 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (BOE núm. 97, de 22.4.1996) (en adelante, TRLPI); y art. 73 del Real Decreto-ley 24/2021, de 2 de noviembre, (BOE núm. 263, de 3.11.2021) (que transpone al derecho español lo previsto en el art. 17 de la Directiva (UE) 2019/790, de 17 de abril de 2019, sobre los derechos de autor y derechos afines en el mercado único digital (DO L 130, de 17.5.2019, p. 92-125)). En la literatura española, véase, entre otros, J.P. Aparicio Vaquero, Propiedad intelectual y suministro de contenidos digitales, InDret 3/2016, pp. 1-58.

*de Polonia contra Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea* (ECLI:EU:C:2022:297).

En algunas ocasiones, el suministro en línea de determinados contenidos digitales conllevará la realización de actos de distribución.<sup>8</sup> También, habitualmente, el uso y acceso de los contenidos digitales comportará la realización de copias temporales o permanentes de estos en los terminales de los usuarios y, por lo tanto, actos de reproducción, no siempre cubiertos por un límite legal (art. 31 TRLPI). Asimismo, el suministro de servicios de computación en la nube o de alojamiento en plataformas puede comportar actos de reproducción y, en su caso, de comunicación al público.<sup>9</sup>

En tercer lugar, determinados servicios digitales pueden utilizarse por sus usuarios para generar nuevas obras y otras prestaciones que podrán quedar protegidas por derechos de autor o derechos afines. Por ejemplo, el suministro de servicios de inteligencia artificial generativa puede facilitar que un usuario acabe creando contenidos protegibles mediante derechos de autor, aunque es muy discutible que este sea el resultado en todo supuesto de utilización de estas herramientas.<sup>10</sup>

Finalmente, hay otros aspectos que ponen de manifiesto los vínculos estrechos entre contenidos y servicios digitales y derechos de propiedad intelectual. Durante la vida de los contratos, pueden producirse modificaciones o transformaciones de los contenidos, que pueden tener transcendencia para el derecho de la propiedad intelectual.<sup>11</sup> Por otra parte, no sólo la ejecución de estos contratos tiene repercusiones en el derecho de autor,

---

8 Véase infra apartado C.V.

9 Es cuestionable que pueda aplicarse la regla de falta de conformidad jurídica si un determinado contenido que el destinatario del servicio quiere alojar y poner a disposición del público es filtrado o retirado en aplicación de lo previsto en el art. 73 del RDL 24/2021. A favor, G. Spindler, Digital Content Directive And Copyright-related Aspects, *Journal of Intellectual Property, Information Technology and Electronic Commerce Law* (JIPITEC), vol. 12, 2021, pp. 111-130, p. 128. En contra, R. Sánchez Aristi, *Contratos de suministro de contenidos y servicios digitales y derechos de propiedad intelectual*, en: F. Gómez Pomar/I. Fernández Chacón (Eds.), *El nuevo derecho digital. I. Los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales*, Cizur Menor: Aranzadi, 2024, pp. 465-510, p. 473.

10 La literatura sobre esta cuestión es muy nutrida. Para una discusión reciente en España, véase R. Evangelio Llorca, Resultados generados con intervención de sistemas de inteligencia artificial y su protección (o no) por la propiedad intelectual, *Cuadernos de derecho privado*, núm. 10, 2024, pp. 99-152.

11 Véase art. 14.5 TRLPI en relación con los arts. 8.2. y 19 DCD.

sino también su terminación por varias causas y los posibles derechos de portabilidad y uso ex post.<sup>12</sup>

La DCD deja salva la normativa sobre derechos de autor. En este sentido, el art. 3.9 establece que la Directiva se entenderá sin perjuicio del Derecho de la Unión y nacional en materia de derechos de autor y derechos afines, incluida la Directiva 2001/29/CE relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información.<sup>13</sup> El Considerando 36 DCD también remarca este extremo. Pero, como veremos, alinear ambas normativas –que parten de intereses protegibles y finalidades diferentes- no es nada fácil. Cohonestar la protección de las facultades que el derecho de propiedad intelectual atribuye a los titulares para la explotación eficiente de sus obras y demás prestaciones protegidas y la protección de los consumidores frente a las faltas de conformidad experimentadas en el disfrute de los contenidos digitales que incorporan aquellas plantea muchas dificultades. Este trabajo proporciona un test para alinear estas dos normativas en el examen de las faltas de conformidad relacionadas con las expectativas razonables de los consumidores acerca de las características y cualidades de los contenidos y servicios digitales contratados.<sup>14</sup>

## II. Modalidades de suministro de contenidos digitales

Los contenidos y servicios digitales pueden suministrarse de varias formas (Considerando 19 CDC). Por ejemplo, un contenido digital puede estar grabado en un soporte material, como un DVD o stick, y ser este soporte el que se adquiera por parte del consumidor; puede descargarse por el propio consumidor en uno de sus dispositivos; o puede ser accedido por medio de una web de *streaming*. Por su parte, los servicios pueden suministrarse de diferentes modos, como puede ser mediante el acceso con una clave, mediante descarga de una aplicación en el terminal del usuario o mediante una interfaz de usuario. La DCD parte de un principio de neutralidad

---

12 Véanse, entre otros, S. Geiregat, Copyright Meets Consumer Data Portability Rights: Inevitable Friction between IP and the Remedies in the Digital Content Directive, GRUR International, vol. 71, n. 6, 2022, pp. 495-515; P. Koukal, Digital Content Portability and Its Relation to Conformity with the Contract, Masaryk University Journal of Law and Technology, vol. 51, n.1, 2021, pp. 53-84.

13 Directiva 2001/29/CE, de 22 de mayo de 2001 (DO L 167, de 22.6.2001, pp. 10-19).

14 Véase *infra* C.V.4.

tecnológica y se aplicará con independencia de la modalidad de suministro de contenidos o servicios digitales y de sus características técnicas, así como de su calificación jurídica.

Con arreglo al art. 3.4 DCD, esta no se aplica a los contenidos o servicios digitales que estén incorporados a los bienes o interconectados con ellos y que se suministren con los bienes con arreglo a un contrato de compraventa relativo a dichos bienes, con independencia de si dichos contenidos o servicios digitales son suministrados por el vendedor o por un tercero. En estos supuestos, la falta de conformidad jurídica por restricciones derivadas de la protección de derechos de terceros se regirá por lo previsto en la DCV.

La DCD no tipifica el contrato por el medio del cual el empresario suministra contenidos o servicios digitales al consumidor y, en particular, si este ha de considerarse un contrato de compraventa, arrendamiento, obra o servicios, entre otros.<sup>15</sup> Con todo, la calificación, que se realizará con arreglo al derecho nacional, puede ser crucial, como se verá, a los efectos de aplicación del derecho de propiedad intelectual.<sup>16</sup>

### III. Licencias de uso sobre contenidos digitales

En las diferentes modalidades de contratos de suministro de contenidos digitales es habitual encontrar un instrumento jurídico peculiar: las licencias de uso, licencias de usuario o EULAs (*End User License Agreement*).<sup>17</sup>

15 Considerando 12 DCD. En el mismo sentido, *R. Sánchez Leria*, Derechos de terceros sobre la cosa vendida o contenido digital suministrado: el tratamiento de la falta de conformidad jurídica en la legislación protectora de consumidores, Anuario de Derecho Civil, 2024, IV, pp. 1569-1628, p. 1599; y *J.P. Aparicio Vaquero*, La tipificación del contrato de suministro de contenidos y servicios digitales: entre la propiedad intelectual y el derecho de consumo, Revista de Educación y Derecho, 2021, pp. 1-33, p. 9. Sobre la calificación de los diferentes tipos contractuales, *E. Arroyo Amayuelas*, La transformación digital de los contratos de consumo en España, en: I. González Pacanowska/M.C. Plana Arnaldos (Dirs.), Contratación en el entorno digital, Cizur Menor: Aranzadi, 2023, pp. 23-62, especialmente, pp. 27-30.

16 Véase *infra* C.V.6.

17 Para una discusión de las licencias de usuario, véanse *J. Ataz López*, Licencias de uso de contenidos digitales sometidos a propiedad intelectual, en: González Pacanowska/ Plana Arnaldos (n. 15), pp. 63-86; y *J.P. Aparicio Vaquero*, Licencias de uso no personalizadas de programas de ordenador (Shrink-wrap, click-wrap y otras formas de distribución de software), Granada: Comares, 2004.

En general, el uso y disfrute de los contenidos digitales puede conllevar la realización de copias temporales en los equipos de los usuarios o, de algún otro modo, implicar actos de explotación de derechos de propiedad intelectual titularidad de terceros. Por ello, ha sido habitual que los titulares de dichos derechos hayan recurrido a acuerdos de licencia para establecer las autorizaciones a los diferentes usuarios de los contenidos digitales para llevar a cabo dichos actos de explotación.

De hecho, no sería verdaderamente necesario recurrir a una autorización expresa contenida en una licencia de usuario o en otro tipo de contrato. Con arreglo a otros factores, la autorización para llevar a cabo los actos de explotación puede ser implícita o tácita (STJUE de 16 de noviembre de 2016, asunto C-301/15, *Marc Soulier y Sara Doke* (ECLI: EU:C:2016:878), apdo. 35).

En estas licencias, también ha sido habitual que los titulares establecieran condiciones<sup>18</sup> para el uso y acceso a los contenidos, así como restricciones y prohibiciones, no siempre fundadas en el ejercicio de sus propios derechos de exclusiva sobre las obras y las prestaciones protegidas. Dicho de otra manera, algunas de estas restricciones solamente tendrían una eficacia inter partes limitada a los sujetos de la relación licenciante-licenciatario y al no fundarse en un derecho de propiedad intelectual carecerían de efectos erga omnes frente a sujetos diferentes del licenciatario que puedan acceder a los contenidos digitales.<sup>19</sup>

Las licencias de usuario no siempre son aceptadas antes de la perfección del contrato de suministro o su contenido no puede ser razonablemente conocido por un adquirente o consumidor destinatario del suministro de contenidos o servicios digitales en este momento. Piénsese en el caso de un adquirente de un cartucho de videojuego que cuando lo carga por primera vez en su consola ha de aceptar un acuerdo de licencia para poder jugar o que descubre que hay un acuerdo predispuesto dentro del paquete plastificado. Por ello, es posible que el propio suministrador del contenido digital ignore las características de la licencia de usuario y facilite al consumidor

---

18 Este es el término empleado en el TRLPI, que se refiere a las condiciones de utilización de una obra o prestación protegida en relación con la protección de información para la gestión de los derechos (*Digital Rights Management – DRM*). Véase art. 198.2 TRLPI.

19 Sobre esta cuestión, *O. Ben-Shahar*, Damages for Unlicensed Use, *The University of Chicago Law Review*, vol. 78, 2011, pp. 7-29; y *C. Mulligan*, Licenses and the Property/Contract Interface, *Indiana Law Journal*, vol. 93, n. 4, 2018, pp. 1073-1120.

una información incorrecta, insuficiente o no alineada adecuadamente con lo establecido por el titular de los derechos de propiedad intelectual. Esto es, además de las asimetrías informativas entre consumidor y suministrador y entre consumidor y titular de los derechos de propiedad intelectual, una tercera asimetría informativa puede afectar a la relación entre suministrador y titular.

A diferencia de lo que ha venido ocurriendo tradicionalmente en contenidos no digitales, para los cuales este tipo de restricciones predispuestas por los titulares de los derechos de propiedad intelectual, especialmente, en el ámbito de su uso en relaciones de consumo, era inexistente o residual,<sup>20</sup> en el ámbito de los contenidos digitales su uso está muy extendido.<sup>21</sup> Su aceptación por el consumidor deviene indispensable para que pueda acceder, usar y disfrutar los contenidos y servicios digitales.

#### IV. Utilización de medidas tecnológicas de protección

También es habitual, en el suministro de contenidos digitales, que los fabricantes o titulares de derechos de autor utilicen medidas tecnológicas de protección, esto es, técnicas, dispositivos o componentes cuya función es impedir o restringir determinados actos de uso o acceso a los contenidos. Los titulares de los derechos, mediante la aplicación a los contenidos digitales o a los dispositivos que los albergan de un control de acceso o de un procedimiento de protección como, por ejemplo, la codificación, aleatorización u otra transformación de la obra o prestación o un mecanismo de control de copiado que logre este mismo objetivo, pueden llegar a restringir o limitar el uso pactado o esperable de los contenidos digitales suministrados a un consumidor (art. 196.3 TRLPI).

En general, los titulares de derechos sobre obras o prestaciones protegidas con medidas tecnológicas eficaces deberán facilitar a los beneficiarios de determinados límites a los derechos de propiedad intelectual, entre ellos,

- 
- 20 Algunos autores han criticado su uso creciente en el caso de bienes tangibles sin contenidos digitales o no interconectados con servicios digitales. Así, *D. D'Onfro, Contract-Wrapped Property*, Harvard Law Review, vol. 137, n. 4, 2024, pp. 1058-1136.
- 21 En buena parte, ello consiste en un trasplante jurídico a partir de la recepción en los EE.UU. de este instrumento y su consolidación en la jurisprudencia de aquel país como mecanismo para regular el uso y acceso a programas de ordenador, videojuegos y otros contenidos digitales. Uno de los casos seminales es *MAI Systems Corp. V. Peak Computer, Inc*, 991 F.2d 511 (9th Cir. 1993).

el de copia privada, 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 (art. 197.1 TRLPI).<sup>22</sup> En la práctica, estas medidas tecnológicas de protección restringirán algunos usos de los contenidos digitales amparados en límites a los derechos de propiedad intelectual, así como otras formas de uso, de un modo que puede contradecir lo pactado en el contrato de suministro o lo esperado razonablemente por el consumidor.

En definitiva, las restricciones o limitaciones derivadas de derechos de propiedad intelectual que pueden resultar en una falta de conformidad pueden tener su origen no solo en los acuerdos de licencia de uso, sino también en la implementación de medidas tecnológicas de protección en los contenidos digitales objeto del suministro. En este sentido, las restricciones por medio de la tecnología pueden complementar o sustituir las restricciones impuestas contractualmente.<sup>23</sup> Con ello, los titulares se han asegurado un mayor control sobre la explotación, uso y acceso a las obras y demás prestaciones protegidas por el derecho de la propiedad intelectual, en detrimento de los intereses de sus usuarios, sean estos consumidores o no.

## V. Heterogeneidad en el origen de las potenciales faltas de conformidad

### 1. Introducción

Las normas sobre falta de conformidad jurídica de los contenidos y servicios digitales en relación con derechos de propiedad intelectual que transponen el art. 10 DCD al derecho interno se pueden aplicar a diferentes tipos de situaciones. Aunque la regla que contienen es, en efecto, la misma, resulta adecuado describir diferentes realidades, pues responden a la protección de intereses diversos y, por ello, las dificultades en la interpretación y aplicación de aquella son también diferentes.

De forma resumida, pueden identificarse dos constelaciones de casos. En primer lugar, habrá situaciones en las cuales unos contenidos digitales se suministrarán por el empresario a los consumidores sin contar con autorización alguna de los titulares de derechos de autor. En segundo lugar,

---

22 Véase *infra* apartado C.V.5.

23 Sánchez Aristi, *Contratos de suministro* (n. 9), p. 489.

habrá situaciones en las cuales habrá una autorización y, de hecho, es la propia autorización -en definitiva, la licencia de uso- la que comporta una restricción del uso y disfrute de los contenidos digitales. Esto es, en un caso se están llevando a cabo actos de explotación sin el consentimiento del titular y, en el otro, sin respetar las condiciones impuestas por este. Desde el punto de vista del derecho de consumo, la aplicación de la regla de falta de conformidad jurídica a ambos casos responde principalmente a una misma finalidad: se persigue proteger la confianza de los consumidores y la mitigación de asimetrías informativas en los contratos de consumo.<sup>24</sup> Desde el punto de vista del derecho de propiedad intelectual, sin embargo, la explicación económica es diferente en cada supuesto: los intereses del tercero titular de derechos de propiedad intelectual son, como se verá, distintos en uno y otro caso. Y, de hecho, la DCD asume esta distinción y dedica dos Considerandos diferentes a cada una de estas situaciones.

## 2. Suministro de contenidos digitales sin autorización del titular de los derechos de propiedad intelectual

Se trata de casos en los cuales el propio suministro de los contenidos o servicios digitales supone actos de explotación de derechos de autor o de derechos afines sin contar con la autorización de sus titulares, por ejemplo, porque la actividad de suministro infringe los derechos exclusivos de distribución o de puesta a disposición del público; o el propio uso por el consumidor u otro adquirente o destinatario de los servicios supone también actos de explotación como, por ejemplo, del derecho de reproducción sin licencia u otra cobertura legal.

En estos supuestos, el tercero podrá ejercer pretensiones por infracción de derechos de propiedad intelectual frente al suministrador o, en su caso, frente al consumidor, que comportarán que este último no pueda usar los contenidos o servicios digitales en el modo pactado en el contrato de suministro o con arreglo a sus expectativas razonables. La tutela del tercero en estos supuestos concierne al núcleo duro del derecho de propiedad intelectual: se persigue preservar la integridad del contenido económico del derecho de exclusiva frente a unos usos usurpatorios. En el ámbito *online*,

---

24 Sobre las funciones de la protección de los consumidores frente a faltas de conformidad de los contenidos y servicios digitales, véase F. Gómez Pomar, La conformidad en los contratos sobre contenidos y servicios digitales, en: Gómez Pomar/ Fernández Chacón (eds.), El nuevo derecho digital (n. 9), pp. 337-464, en particular, pp. 341-347.

puede citarse como ejemplo el de un servicio de *streaming* que deja de ofrecer un determinado contenido digital porque su prestador no contaba con una cesión o una autorización suficientes del titular de los derechos de propiedad intelectual para llevar a cabo la explotación de las obras o demás prestaciones. Por ejemplo, por medio de un contrato de suministro, el consumidor accedió a un libro electrónico en su tablet y, antes de finalizar su lectura, la copia desaparece de su dispositivo o se le bloquea el acceso a resultas de una reclamación de la editorial contra la plataforma.

La falta de autorización por el titular de los derechos de propiedad intelectual, a la que se refiere el Considerando 54 DCD, constituye el supuesto paradigmático de falta de conformidad jurídica en este ámbito. Estos supuestos siguen el sentido tradicional de los vicios jurídicos en materia de propiedad intelectual, trasladados ahora al ámbito de los contenidos digitales.

Pueden encontrarse varios antecedentes de esta norma, particularmente, lo previsto en el art. 42 del Convenio sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (Convención de Viena).<sup>25</sup> En el ámbito *offline*, las faltas de conformidad jurídica han tenido un papel más relevante en los contratos entre empresarios que en los contratos de consumo. Pueden destacarse supuestos en los cuales un vendedor y un comprador celebran un contrato de compraventa de mercaderías consistentes en copias de una obra, productos marcados, o productos que incorporan una invención patentada, cuya ejecución -y, en particular, la puesta en circulación de los productos en un determinado mercado- vulneraría el derecho de distribución:<sup>26</sup> el hecho de que los bienes en cuestión estén afectados por derechos de propiedad intelectual o industrial de un tercero comportará que no puedan importarse o venderse en aquellos territorios en los cuales no se hubiera agotado previamente el derecho de distribución del titular de aquellos. No siempre se tratará de contratos ineficaces, pues, en ocasiones, el contrato será perfectamente válido y no afectado por un error relevante, pero, debido al principio de territorialidad, el bien o bienes en cuestión no podrán distribuirse en el territorio pretendido por las partes con la

25 I. Schwenzer, Article 42, en: P. Schlechtriem/I. Schwenzer (eds.), *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods*, 4<sup>a</sup> ed., Oxford: Oxford University Press, 2016, p. 692 y ss. También, art. IV.A.-2:306 DCFR; y art. 102.2 CESL.

26 2016 UNCITRAL Digest of case law on Art. 42 CISG. Disponible en: [https://cisg-online.org/media/J508L2IP/2016\\_UNCITRAL\\_CISG\\_Digest\\_Article\\_42.pdf](https://cisg-online.org/media/J508L2IP/2016_UNCITRAL_CISG_Digest_Article_42.pdf) (consultado el 25.2.2025).

finalidad de proteger al titular de los derechos de propiedad intelectual frente a importaciones paralelas.<sup>27</sup>

3. Suministro de contenidos digitales con licencia del titular de los derechos de propiedad intelectual que restringe o limita el uso de aquellos por el consumidor

En el segundo supuesto, el suministrador está autorizado a suministrar los contenidos digitales por el tercero titular de los derechos de autor. En estos casos, el titular efectivamente está explotando el contenido económico de sus derechos de exclusiva sobre los contenidos digitales, pero lo sujeta a determinadas condiciones y restricciones, que acaban limitando el uso pactado o esperable de aquellos por el consumidor. El Considerando 53 DCD se refiere a esta situación.

El legislador europeo parte, en el diseño del régimen de las faltas de conformidad jurídica, de la práctica habitual en el mercado consistente en la utilización por los titulares de derechos de propiedad intelectual de licencias de usuario predispuestas para incluir condiciones y restricciones al uso de los contenidos y servicios digitales.<sup>28</sup> Es asumible que el titular de los derechos diseñará estas restricciones en beneficio propio y, en particular, con vistas a la maximización de los resultados de sus actividades económicas. Varios trabajos académicos ya han identificado limitaciones y restricciones habituales en los mercados de contenidos digitales y que podrían valorarse como potenciales faltas de conformidad en las relaciones de consumo.<sup>29</sup> Entre otras prácticas, se han destacado y cuestionado jurídicamente restricciones a la cesión, transmisión o reventa de los contenidos

---

27 *T. Cottier, Parallel Trade and Exhaustion of Intellectual Property in WTO Law Revisited*, in: H. Grosse Ruse-Khan/A. Metzger (eds.), *Intellectual Property Ordering beyond Borders*, Cambridge: Cambridge University Press, 2022, pp. 189-232.

28 *Sánchez Leria, Derechos de terceros* (n. 15), p. 1596, n. 46, cuestiona que en estos supuestos pueda hablarse técnicamente de una falta de conformidad jurídica, pues las restricciones no derivan de la existencia de derechos de terceros sino del ejercicio por parte de estos de las facultades que entrañan. No obstante, las faltas de conformidad jurídica que regula el art. 10 DCD se refieren a cualesquiera derechos de terceros, incluidos derechos meramente obligaciones establecidos en una licencia de usuario. Sobre ello, *infra* apartado C.I. Con todo, la autora considera que puede partirse de una noción amplia de vulneración para incluir a tales supuestos.

29 *G. Spindler, Digital Content* (n. 9); y *L. Oprysk/K. Sein, Limitations in End-User Licensing Agreements: Is There a Lack of Conformity Under the New Digital Content Directive?*, IIC- International Review of Intellectual Property and Competition Law, vol. 51, 2020, pp. 594-623.

digitales, la imposibilidad de realizar copias de seguridad o copias privadas, la prohibición de utilización simultánea de los contenidos digitales en varios dispositivos, limitaciones temporales de uso y acceso a los contenidos y servicios digitales, o restricciones relacionadas con las características de interoperabilidad de los contenidos digitales.

Las condiciones y restricciones predispuestas por los titulares de los derechos de propiedad intelectual, además de redundar en su propio beneficio, pueden ser socialmente valiosas y, por ello, el derecho debería, al menos hasta cierto punto, darles cobertura.<sup>30</sup> Por ejemplo, pueden destacarse como consecuencias positivas de estas restricciones la reducción mediante la implementación de estrategias de discriminación eficiente de precios de las ineficiencias estáticas (*deadweight loss*) que genera la atribución inicial de derechos de propiedad intelectual<sup>31</sup>; el establecimiento de restricciones verticales que contribuyen a la provisión de servicios postventa y que mejoran la posición de los consumidores;<sup>32</sup> y el diseño de restricciones que redundan en la calidad de la experiencia de usuario, especialmente, en bienes con efectos de red (*network effects*), como pueden ser los videojuegos en línea.<sup>33</sup>

Ahora bien, como veremos, no siempre los beneficios sociales y privados de tales restricciones van a compensar los costes sociales que generan y, por ello, tiene sentido no darles siempre cobertura jurídica.<sup>34</sup> Se ha señalado que las restricciones y condiciones impuestas por los titulares de los derechos de propiedad intelectual para la explotación de los contenidos digitales pueden incrementar sobremanera los costes de información en el

- 
- 30 Para un trabajo reciente destacando las ventajas de las restricciones impuestas por titulares de derechos sobre contenidos digitales y otros bienes y su potencial eficacia erga omnes, D. Klerman/S. Bechtold, Personal Property Servitudes Revisited, *Tulane Law Review*, vol. 99, 2024, pp. 345-395.
- 31 Para un análisis de este efecto y los factores que pueden favorecerlo o restringirlo, A. Katz, The economic rationale for exhaustion: distribution and post-sale restraints, en: I. Calboli/E. Lee (eds), *Research Handbook on IP Exhaustion and Parallel Imports*, Cheltenham-Northampton: Edward Elgar, 2016, pp. 23-43.
- 32 H.J. Hovenkamp, Post-Sale Restraints and Competitive Harm: The First Sale Doctrine in Perspective, *NYU Annual Survey of American Law*, vol. 66, 2011, pp. 487-547.
- 33 A. Rubí Puig, Cambiar las reglas del (video)juego. Mecanismos de control contractual en plataformas de entretenimiento online, IDP, *Revista de Internet, Derecho y Política*, núm. 14, mayo 2012, pp. 75-87.
- 34 Para una descripción de los diferentes factores que juegan en el *trade-off* entre ventas y consecuencias negativas de favorecer el diseño de limitaciones y restricciones por parte de los titulares de derechos de autor, véase A. Rubí Puig, Principio *salva rerum substantia* y agotamiento de derechos de distribución, *InDret* 3/2015, pp. 1-45.

mercado,<sup>35</sup> pueden perseguir ampliar el haz de facultades de control que el derecho de la propiedad intelectual les atribuye,<sup>36</sup> o pueden menoscabar los niveles de competencia en un determinado sector.<sup>37</sup> Una abundante literatura discute la validez y eficacia de estas restricciones.<sup>38</sup> Un modo indirecto de no protegerlas jurídicamente es entender que tales restricciones, cuando se aparten de lo establecido por el derecho de autor como solución dispositiva, son contrarias a las expectativas razonables de un consumidor si no son comunicadas por el suministrador y, por tanto, contrarias a los criterios objetivos de conformidad de los contenidos y servicios digitales.<sup>39</sup>

*C. Elementos de la regla sobre falta de conformidad jurídica relacionada con derechos de propiedad intelectual*

I. Derechos de terceros

La regla establecida en el art. 10 DCD no está limitada a los derechos de propiedad intelectual, sino que se refiere en general a cualesquiera derechos de terceros, que puedan hacerse valer de algún modo frente al consumidor o usuario o destinatario de los contenidos y servicios digitales.<sup>40</sup> El art. 10 DCD incluye a los derechos de propiedad intelectual únicamente a título de ejemplo, aunque en la práctica, serán los derechos de terceros que tendrán un protagonismo superior en la limitación al uso y disfrute de contenidos y servicios digitales por los consumidores.

Los diferentes derechos de terceros que pueden llegar a restringir el uso de los contenidos digitales podrán tener su origen en la ley, en un acto o

---

35 C. Long, Information Costs in Patent and Copyright, *Virginia Law Review*, vol. 90, núm. 2, 2004, pp. 465-549; y M. van Houweling, The New Servitudes, *Georgetown Law Journal*, vol. 96, 2008, pp. 885-950.

36 T. Merrill/H. Smith, Optimal Standardization in the Law of Property: The Numerus Clausus Principle, *Yale Law Journal*, vol. 110, 2000, pp. 1-70.

37 H.J. Hovenkamp, Post-Sale Restraints (n. 32).

38 En el ámbito de los derechos de autor, entre otros, K.F. Szkalej, Copyright in the Age of Access to Legal Digital Content. A study of EU copyright law in the context of consumptive use of protected content, Uppsala: Uppsala Universitet, 2021, en especial, pp. 193-311.

39 *Infra* apartado C.V.

40 F. Rosenkranz, Article 10. Third-party rights, en: R. Schulze/D. Staudenmayer (eds.), EU Digital Law. Article-by-Article Commentary, Nomos-Beck-Hart, 2020, pp. 183-199; p. 189.

negocio privado o en el ejercicio de poderes públicos. Por ejemplo, puede tratarse de afectaciones en el uso de los contenidos digitales derivadas de la adopción de medidas en un proceso penal o administrativo que comporten el embargo, la confiscación o cualquier otra medida sobre aquellos o los soportes que los albergan. Las faltas de conformidad pueden derivar también de restricciones derivadas de la protección de derechos sobre los datos personales o intimidad, honor y propia imagen.<sup>41</sup> Finalmente, los derechos de terceros pueden estar protegidos por un contrato o un derecho de crédito oponible frente al consumidor. Esto es especialmente relevante en el supuesto de los acuerdos de licencia o EULAs y de las restricciones que contienen que no derivan específicamente de las facultades de explotación de derechos de propiedad intelectual.

Cuando nos referimos a las relaciones de consumo, los derechos de propiedad intelectual relevantes son los protegidos por los derechos de autor y derechos afines, esto es, por los derechos de propiedad intelectual en sentido estricto. Los derechos de propiedad industrial son menos relevantes en las relaciones de consumo puesto que, por lo general, no podrán infringirse por los consumidores actuando con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión.<sup>42</sup> Así, el art. 34.2 de la Ley de Marcas restringe la protección de las marcas comerciales en relación con “usos en el tráfico económico”.<sup>43</sup> En un mismo sentido, el art. 61.1.a) de la Ley de Patentes excluye los actos realizados en un ámbito privado y con fines no comerciales<sup>44</sup>. Por su parte, el art. 48 a) de la Ley de Protección del Diseño Industrial prevé la misma limitación.<sup>45</sup>

En el ámbito de suministro de contenidos digitales, los derechos de un tercero no tienen por qué afectar directamente a los contenidos y derivar,

---

41 Considerando 48 DCD. En la literatura, *A. Sattler*, Urheber- und datenschutzrechtliche Konflikte im neuen Vertragsrecht für digitale Produkte, Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 2020, 3623.

42 Cfr. Art. 621-30 CCCat, que puede aplicarse a relaciones contractuales diferentes de las de consumo.

43 Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas (BOE núm. 294, de 8.12.2001). En el mismo sentido, véase art. 9.2 Reglamento (UE) 2017/1001, de 14 de junio de 2017, sobre la marca de la Unión Europea (DO L 154 de 16.6.2017, p. 1-99).

44 Ley 24/2015, de 24 de julio, de Patentes (BOE núm. 177, de 25.7.2015).

45 Ley 20/2003, de 7 de julio, de Protección Jurídica del Diseño Industrial (BOE núm. 162, de 8.7.2003). *Vid.* también art. 20.1 a) del Reglamento (UE) 2024/2822, de 23 de octubre de 2024 (DO L 2024/2822, 18.II.2024); y art. 18.1 a) de la Directiva (UE) 2024/2823, de 23 de octubre de 2024, sobre la protección jurídica de los dibujos y modelos (DO L 2024/2823, 18.II.2024).

por tanto, de derechos de propiedad intelectual, sino que pueden referirse al soporte tangible que lo contiene,<sup>46</sup> o a los bienes en los cuales se integran o que están interconectados con servicios digitales.

## II. Tercero

La regla del art. 10 DCD requiere que los derechos correspondan a un tercero ajeno al contrato de suministro de contenidos y servicios digitales. En efecto, ni el empresario, ni el consumidor serán terceros en dicha relación contractual. En general, respecto de los derechos de propiedad intelectual, el tercero al que se refiere el art. 10 DCD será un titular originario o derivativo de aquellos, e incluirá a sujetos tales como autores, sus causahabientes, sus empleadores, cesionarios, y representantes o mandatarios dedicados a la gestión de los derechos, tales como una entidad de gestión colectiva. El tercero podrá referirse también a cualesquiera otros sujetos que ostenten algún derecho real o de crédito sobre las copias que incluyan los contenidos digitales.<sup>47</sup>

No es infrecuente que en el ámbito digital sea el propio titular de los derechos de propiedad intelectual sobre los contenidos digitales quien los suministra directamente al consumidor sin recurrir a intermediarios u otros sujetos en la cadena de suministro. En estos supuestos, no se podría aplicar, de entrada, lo previsto en el art. 10 DCD en relación con la enervación de derechos de propiedad intelectual por parte de un tercero, pues el titular de estos será parte en el contrato de suministro.

Sin embargo, aún en este último caso, es posible que también haya un tercero titular de derechos de propiedad intelectual sobre los contenidos diferente del titular suministrador. Por ejemplo, este último puede ser un titular derivativo de los derechos de propiedad intelectual sobre las obras incluidas en los contenidos digitales que explota y suministra directamente a los consumidores y el tercero puede ser el autor, otro titular de derechos derivativo u originario, o una entidad de gestión colectiva. Ello es consecuencia de la posibilidad de desgajar los diferentes derechos exclusivos incluidos en el haz de facultades atribuidas por derechos de autor y asignarlos a diferentes sujetos y del hecho que frecuentemente sobre un mismo contenido digital confluyen diferentes

---

46 F. Rosenkranz, Article 10 (n. 40), p. 190.

47 F. Rosenkranz, Article 10 (n. 40), p. 190.

grupos de derechos como los derivados de la autoría sobre una obra, los derivados de la interpretación de la obra y los derivados de la fijación de la interpretación en un fonograma para su explotación digital.

### III. Vulneración

Con arreglo al art. 10 DCD, la restricción que impida o limite el uso al consumidor de los contenidos o servicios digitales ha de derivar de una vulneración de derechos de terceros. En otros términos, la restricción o limitación al uso pactado o esperable de los contenidos y servicios digitales resulta de una infracción efectiva o potencial de derechos de terceros y no de la mera existencia de derechos de terceros sobre aquellos.

La Propuesta de Directiva de 2015 establecía en su art. 8 que “En el momento en que los contenidos digitales se suministran al consumidor deben estar libres de derechos de terceros, incluidos los basados en propiedad intelectual, de forma que los contenidos digitales puedan utilizarse de acuerdo con el contrato”. Esta redacción fue muy criticada, pues resulta inevitable que muchos de los contenidos digitales que se suministren estarán limitados de alguna manera por derechos de propiedad intelectual.<sup>48</sup>

Pueden plantearse dos problemas diferentes en relación con el requisito de la vulneración. En primer lugar, el precepto no aclara si, para que el consumidor pueda alegar una falta de conformidad, ha de haberse producido efectivamente una vulneración o infracción de los derechos de propiedad intelectual del tercero o basta con que haya un ejercicio de la pretensión por este o, en su caso, basta con un riesgo razonable de que el uso pactado o previsto pueda llegar a infringir los derechos del tercero. El CCCat se refiere a *pretensions raisonnablement fonamentades de terciers*, siguiendo el modelo previsto en el art. 102.1 CESL (*not obviously unfounded claims*). Por lo tanto, no sería imprescindible que se hubiera acreditado una infracción de los derechos de propiedad intelectual del tercero. En el derecho alemán, la doctrina ha destacado que tampoco es necesaria una infracción efectiva y que es suficiente, para que el consumidor pueda acudir a los remedios por

---

48 COM/2015/0634 final. S. Cámara Lapuente, *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 3/2016, pp. 1-92, en especial, pp. 43-44.

falta de conformidad, con el ejercicio de una pretensión por el titular de los derechos de propiedad intelectual.<sup>49</sup> No parece adecuado exigir la acreditación de una infracción efectiva de sus derechos de propiedad intelectual, pues el ejercicio de una pretensión mínimamente seria por parte del tercero ya supone una perturbación en el uso y disfrute del objeto contractual, por lo que debería bastar para que el consumidor pudiera reaccionar frente al suministrador y fundamentar que los contenidos digitales no son conformes con el contrato. Más dudas plantea la posibilidad de que un consumidor considere el hecho de que el titular de los derechos ha ejercido sus pretensiones frente a otros consumidores a quienes se han suministrado contenidos en las mismas condiciones que aquel para poder alegar una falta de conformidad y ejercer los remedios frente al suministrador. En estos supuestos, la perturbación en el uso de los contenidos y servicios digitales es meramente hipotética.

En segundo lugar, el precepto tampoco aclara quién ha de cometer la infracción de los derechos de propiedad intelectual y, en particular, si la vulneración ha de tener origen en una conducta del suministrador o del consumidor. El ejercicio de una pretensión frente a cualesquiera de ellos puede resultar en una perturbación o limitación al uso pactado o esperable de los contenidos digitales por parte del consumidor. Lo relevante es que haya una potencial infracción de los derechos de propiedad intelectual de un tercero derivada de la ejecución del programa contractual que suponga una restricción o limitación al acceso o uso de los contenidos digitales. Habrá supuestos en los cuales será la propia actividad del suministrador la que infrinja los derechos del tercero, por ejemplo, en los supuestos de puesta a disposición del público de un contenido digital sin contar con autorización para ello. En el ámbito del suministro de servicios digitales de inteligencia artificial generativa, es posible que, a consecuencia de la potencial infracción de derechos de autor en la fase de entrenamiento del modelo, el consumidor que ha obtenido una determinada generación o *output* no pueda utilizarla conforme a sus expectativas o con arreglo al contrato. Se trata de supuestos en los cuales el *output* como tal no infringe los derechos de propiedad intelectual de un tercero, sino que son infractores los propios servicios ofrecidos por el suministrador para su creación.<sup>50</sup>

---

49 A. Metzger, § 327g, en: F.J. Säcker/R. Rixecker/H. Oetker/B. Limperg/C. Schubert (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum BGB*, 9. Aufl., Beck, 2022, Rn. 9.

50 Sobre las posibilidades de infracción de derechos de autor en la cadena de valor de la inteligencia artificial generativa, pueden verse, entre otros, J. P. Quintais, *Generative*

El hecho de que los servicios de inteligencia artificial generativa puedan infringir masivamente derechos de un tercero durante su entrenamiento y ajuste habría de bastar para que el consumidor se vea perturbado en el uso de los servicios y en la generación de *outputs*, fundamentar una falta de conformidad y, en su caso, pudiera resolver el contrato de suministro de servicios digitales.

Además, la infracción que resulte en una limitación o restricción al uso pactado o esperable de los contenidos digitales puede ser directa o indirecta. Esto es, el suministrador, además de poder infringir directamente los derechos del tercero, puede con su conducta contribuir a la comisión de una infracción por parte de sus consumidores o usuarios finales: con arreglo al art. 138.II TRLPI un suministrador podría infringir los derechos de un tercero si indujera a sabiendas la conducta infractora de sus usuarios; si cooperara con la misma, conociendo la conducta infractora o contando con indicios razonables para conocerla; y si, teniendo un interés económico directo en los resultados de la conducta infractora, contara con una capacidad de control sobre la conducta del infractor directo. Por ejemplo, un empresario suministra a cambio de un precio archivos CAD u otros que un consumidor puede utilizar luego para realizar impresiones 3D, por ejemplo, de figuras de personajes de cómic. Dependiendo del formato del archivo, es posible que el contenido digital suministrado no infrinja de un modo directo los derechos de autor del tercero y que quien pueda llegar a realizar actos infractores sea el consumidor al reproducir la figurita mediante impresión o al llevar a cabo otros actos tales como la venta de la copia de la figurita a otro consumidor. El titular de los derechos de autor -por ejemplo, la editorial o productora cesionaria de los derechos sobre el cómic- puede preferir reclamar únicamente contra el empresario y, por cuestiones reputacionales, no ejercer pretensiones frente al consumidor de los contenidos digitales consistentes en los archivos CAD<sup>51</sup>. En estos supuestos, debería bastar esta acción por infracción indirecta frente al empresario para que el consumidor pueda cuestionar la conformidad de los archivos CAD, a pesar de que estos no infringen directamente los derechos de propiedad intelectual del tercero.

---

AI, copyright and the AI Act, Computer Law & Security Review, vol. 56, 2025, article 106107; K. Szkalej, Copyright Liability and Generative AI: What's the Way Forward?, 2025. Disponible en: <https://ssrn.com/abstract=5117603>; E. Rosati, Infringing AI: Liability for AI-Generated Outputs under International, EU, and UK Copyright Law, European Journal of Risk Regulation, 2024, pp. 1-25.

51 S. Bechtold, 3D printing and the intellectual property system, WIPO-Economic Research Working Paper No. 28, 2015, pp. 16-17.

#### IV. Restricción, que impida o limite.

Algunos autores han apuntado a que no es necesario que se dé una restricción efectiva en el uso y acceso a los contenidos y servicios digitales.<sup>52</sup> En otros términos, no sería preciso que el uso actual del consumidor estuviera ya limitado y que, de hecho, no pudiera utilizar los contenidos digitales con arreglo a su intención en el momento de contratar. Por ejemplo, en el contrato de suministro se especifica que el contenido digital podrá instalarse en cinco terminales diferentes y el acuerdo de licencia o EULA establece que únicamente puede instalarse en dos. Si el consumidor, en estos momentos, únicamente tiene el contenido instalado en dos terminales y no tiene un interés específico en poder utilizarlo en otros, la restricción ya existe y debería bastar para que aquel pueda recurrir a la falta de conformidad por infracción de los criterios subjetivos.

#### V. Determinación de la falta de conformidad

##### 1. Criterios subjetivos y objetivos de conformidad

La falta de conformidad de los contenidos o servicios digitales ha de valorarse con arreglo a los criterios subjetivos y objetivos previstos, respectivamente, en los arts. 7 y 8 DCD.

En primer lugar, puede producirse una falta de conformidad si la restricción que deriva de los derechos de propiedad intelectual del tercero impide o limita el uso contratado de los contenidos o servicios digitales. En general, se tratará de supuestos en los cuales se producirá una divergencia entre lo que establecen expresamente el contrato de consumo y el acuerdo de licencia predisuelto por el titular de los derechos de autor. Entre otros supuestos, la restricción impuesta por el titular de los derechos de propiedad intelectual en el EULA contradice la descripción, la cantidad o la calidad de los contenidos establecidas en el contrato o, en su caso, las características de funcionalidad, compatibilidad o interoperabilidad de aquellos, y tal contradicción resulta en una infracción de los criterios subjetivos de conformidad (art. 7 DCD).

Por ejemplo, el contrato señala que el contenido puede descargarse hasta en cinco dispositivos diferentes, cuando el acuerdo de licencia describe

---

52 Metzger, §327g (n. 49), Rn. 18.

el uso de medidas técnicas de protección para impedir que el contenido digital se descargue en más de un equipo. Se tratará, en la mayor parte de los supuestos, de casos fáciles de dilucidar, pues, en general, su examen requerirá una comparación de los contenidos del contrato de suministro y del contrato de licencia de usuario (o, en su caso, de las medidas técnicas de protección implementadas sobre los contenidos digitales o sobre los soportes que los contienen).

En segundo lugar, puede producirse una falta de conformidad si la restricción que deriva de los derechos de propiedad intelectual del tercero impide o limita el uso de los contenidos o servicios digitales con arreglo a las expectativas razonables del consumidor. Por ejemplo, a consecuencia de la restricción impuesta por el titular de los derechos de propiedad intelectual, los contenidos o servicios digitales dejarán de ser aptos para los fines a los que normalmente se destinan contenidos o servicios digitales del mismo tipo, teniendo en cuenta, cuando sea de aplicación, toda norma vigente de la Unión o nacional, toda norma técnica existente o, a falta de dicha norma técnica, todo código de conducta específico de la industria del sector (art. 8.1 a) DCD). Los casos más problemáticos se plantean en los supuestos en los cuales el consumidor puede tener unas expectativas razonables en relación con las cualidades y características de funcionamiento de los contenidos digitales, en particular respecto de su funcionalidad, compatibilidad, accesibilidad, continuidad y seguridad, que no han sido desvirtuadas por el empresario suministrador en el momento de contratar (art. 8.1 b) DCD).

Nótese que, con arreglo al precepto, las expectativas legítimas de los consumidores no alcanzan a las características relativas a la interoperabilidad de los contenidos y servicios digitales, esto es, a su capacidad 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.<sup>53</sup>

Por lo general, se tratará de situaciones en las cuales el consumidor no habrá sido informado suficientemente por el suministrador al celebrar el contrato de suministro de los contenidos o servicios digitales de las restric-

---

53 Sobre ello, S. Navas Navarro, El suministro en línea de contenido digital en la encrucijada entre la propiedad intelectual y el derecho de consumo, *Actas de Derecho Industrial* (2020-2021), pp. 133-154; p. 139; y F. Gómez Pomar, La conformidad (n. 24), p. 410.

ciones y limitaciones impuestas por el titular de los derechos de propiedad intelectual y que acabarán defraudando las expectativas de aquél.

## 2. Incentivos para mitigar la asimetría informativa del consumidor

La regla del art. 10 DCD persigue alinear la información que recibe el consumidor en la relación de consumo con el contenido de las restricciones impuestas por el titular de los derechos de propiedad intelectual. Para evitar una falta de conformidad, el suministrador corre con la carga de impedir las contradicciones entre las dos relaciones contractuales, lo que se manifiesta en dos cursos de conducta: primero, purgar del contrato de suministro aquella información sobre las características del contenido digital que no se ajuste a lo previsto por el titular de los derechos; y, segundo, informar de aquellas características de los contenidos digitales que difieren de las que un consumidor podría razonablemente esperar.

Estas cargas se imponen sin perjuicio de los deberes precontractuales de información previstos en los arts. 60 y 97 TRLGDCU y de la regla sobre carga de la prueba de la falta de conformidad establecida en el art. 12.4 DCD. En particular, el empresario deberá informar sobre: (i) las características principales de los bienes o servicios, en la medida adecuada al soporte utilizado y a los bienes o servicios (art. 60.2 a) TRLGDCU); (ii) la funcionalidad de los bienes con elementos digitales, el contenido digital y los servicios digitales, incluidas las medidas técnicas de protección aplicables, como son, entre otras, la protección a través de la gestión de los derechos digitales o la codificación regional (art. 60.2 i) TRLGDCU y art. 97.1 s) TRLGDCU, en relación con contratos a distancia y contratos celebrados fuera de establecimiento mercantil); y (iii) toda compatibilidad e interoperabilidad relevante de los bienes con elementos digitales, el contenido digital y los servicios digitales 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 (art. 60.2 j) TRLGDCU y art. 97.1 t) TRLGDCU, en relación con contratos a distancia y contratos celebrados fuera de establecimiento mercantil).

Si el acuerdo de licencia de usuario se acepta antes o simultáneamente a la perfección del contrato de consumo, el consumidor puede razonablemente conocer el contenido de las restricciones impuestas por el titular que

puedan afectar al uso o acceso de los contenidos digitales. Por ejemplo, el vendedor o suministrador puede informar al consumidor de la existencia del acuerdo de licencia predisuelto por el titular de los derechos y ofrecer la posibilidad de acceder al mismo y conocer su contenido. También es posible que el vendedor o suministrador incorpore las condiciones de la licencia de usuario en el propio contrato de suministro que celebra con el consumidor, aunque es discutible que con ello se satisfaga una exigencia de conocimiento reforzado del consumidor para desplazar los criterios objetivos de conformidad.<sup>54</sup> Aunque no es habitual en la práctica, el vendedor o suministrador puede a su vez ser un licenciatario de los derechos de propiedad intelectual y actuar como sublicenciante en la relación con el consumidor, quien pasaría a ostentar la condición de sublicenciatario. El consumidor, muy a menudo, va a aceptar el acuerdo de licencia, pues esta es prácticamente la única vía de poder disfrutar de los contenidos o servicios digitales en cuestión. En los supuestos anteriores, el consumidor no puede ignorar en el momento de contratar el contenido de las restricciones impuestas por el tercero sin faltar a la buena fe. Ello no excluye la posibilidad de que las cláusulas en el contrato de suministro pueden ser abusivas o, de algún otro modo, presenten algún problema de eficacia.

Surgen más problemas si el acuerdo de licencia ha de aceptarse con posterioridad a la perfección del contrato de consumo. Hasta el momento de perfección del contrato de suministro, el consumidor puede no haber sido informado de la existencia de un acuerdo de licencia o de su contenido.

El consumidor podría llegar a negarse a aceptar la licencia de usuario. Puede defender que desconocía que hubiera de consentir a la licencia, puesto que el vendedor no le había informado en ningún momento sobre ello. Para algunos autores, esta situación no supone una falta de conformidad jurídica, sino una falta de suministro de los contenidos o servicios digitales (art. 5 DCD) que facultaría al consumidor a acudir a los remedios establecidos en el art. 13 DCD. Si la negativa del consumidor responde, sin embargo, al contenido de acuerdo de licencia de usuario, parece que la calificación ha de ser la de una falta de conformidad jurídica. También puede defenderse que, dada la práctica extendida

---

54 D. Staudenmayer, Article 8. Objective requirements for conformity, en: R. Schulze/D. Staudenmayer (eds.), EU Digital Law. Article-by-Article Commentary, Nomos-Beck-Hart, 2020, pp. 131-168; p. 163.

del uso de licencias de usuario en el mercado, un consumidor razonable ha de esperar que haya de aceptar una licencia de usuario.<sup>55</sup>

Esto es, después de que el contenido digital se ponga a disposición del consumidor o después de que el soporte que alberga el contenido digital se entrega al consumidor, este se ve obligado a aceptar una licencia de usuario antes de poder utilizar aquel. En algunos casos, no se persigue una aceptación expresa del acuerdo (*click-wrap license*), sino otras acciones afirmativas a partir de las cuales puede inferirse un consentimiento tácito o presunto (*browse-wrap license*, *shrink-wrap license*), que, al menos, en el ámbito de las relaciones de consumo, no deberían tener acomodo con arreglo al derecho europeo y español vigente. Son los supuestos en los cuales la licencia de usuario se ha de aceptar con posterioridad aquellos que generan los problemas principales y que surgen del riesgo de contradicción entre los términos de la licencia y del contrato de suministro; o, en su caso, entre los términos de la licencia y las expectativas del consumidor. La regla sobre falta de conformidad jurídica proporciona incentivos al empresario para evitar estas contradicciones potenciales y, en particular, establece una carga de este para mitigar la asimetría informativa del consumidor.

### 3. Carga informativa del suministrador para evitar una falta de conformidad con los criterios objetivos

Según el art. 8.5 DCD:

“No habrá falta de conformidad [...] cuando, en el momento de la celebración del contrato, el consumidor hubiese sido informado de manera específica de que una determinada característica de los contenidos o servicios digitales se apartaba de los requisitos objetivos de conformidad [...] y el consumidor hubiese aceptado de forma expresa y por separado dicha divergencia en el momento de la celebración del contrato”.

El principal problema que se plantea en esta situación es cómo ha de transmitirse la información al consumidor y si se ha de proceder con una interpretación y aplicación estricta del art. 8.5 DCD para desplazar la

---

<sup>55</sup> En efecto, si el contenido de la licencia no incumple los criterios subjetivos u objetivos de conformidad, el consumidor no habría de poder alegar la falta de suministro. Sobre ello, A. Metzger, §327g (n. 49), Rn. II.

aplicación de los criterios objetivos de conformidad, en particular, en el ámbito de los derechos de propiedad intelectual.<sup>56</sup>

En cualquier caso, si se supera la carga informativa por parte del suministrador no podrá haber lugar a una falta de conformidad de los contenidos digitales. Cuestión distinta será si la restricción o limitación impuesta por el titular de los derechos de propiedad intelectual será eficaz o no y qué mecanismos de reacción puede tener el consumidor frente al titular de los derechos de autor.

#### 4. Supuestos de silencio: el verdadero papel de las expectativas razonables

En ocasiones, el contrato de suministro con el consumidor guardará silencio acerca de las restricciones y limitaciones en el uso y acceso a los contenidos digitales que imponga el titular y que quedarán reflejadas en el EULA. Por ejemplo, pueden darse situaciones en las cuales no haya un contrato por escrito en la relación entre suministrador y consumidor: por ejemplo, el consumidor adquiere un cartucho de un videojuego en una tienda física y al cargarlo en su consola ha de aceptar un acuerdo de licencia de usuario. Luego, a partir de su uso del videojuego, el consumidor descubre determinadas restricciones derivadas del acuerdo de licencia que defraudan sus expectativas o, de otro modo, pueden llegar a infringir criterios objetivos de conformidad establecidos en el art. 8 DCD. O, por ejemplo, el contenido del contrato de consumo se ha proporcionado online por medio de condiciones generales de la contratación, a las que se adherido el consumidor, pero estas no se refieren en ningún momento a restricciones que aparecen en el acuerdo de licencia de usuario. En estos casos, el nivel de información del consumidor en el momento de contratar es insuficiente, como resultado de una doble asimetría de información en la relación con el titular y, acaso, en la relación con el suministrador. Nótese que el suministrador puede a su vez sufrir las consecuencias de una asimetría informativa

---

56 Sobre los diferentes problemas de interpretación del art. 8.5 DCD, véase *F. Gómez Pomar*, La conformidad (n. 24), en particular, pp. 432-443. Sobre los criterios objetivos de conformidad, véanse, en la literatura española, en especial, *E. Torrelles Torrea*, Las expectativas del consumidor en los criterios de conformidad del TRLGDCU y CCCAT, Cuadernos de derecho transnacional, vol. 15, n. 1, 2023, pp. 846-878; y *Á. Bueno Biot*, La conformidad objetiva en los contenidos y servicios digitales: Estándares legales y garantías del consumidor, Revista de Derecho Civil, vol. 12, n. 1, 2025, pp. 185-237.

propia, pues puede desconocer las restricciones y limitaciones impuestas por el titular en los contenidos digitales.

Estos son los casos más difíciles, pues su discusión pasa esencialmente por valorar si las expectativas de un consumidor en el momento de contratar eran tales que la restricción derivada de la licencia de usuario o del uso de medidas técnicas de protección hace a los contenidos o los servicios digitales no conformes con el contrato. Varios autores han destacado que es muy difícil poder identificar y delimitar las expectativas razonables de los consumidores en relación con los contenidos y servicios digitales:<sup>57</sup> en este ámbito, la existencia de diferentes prácticas en el mercado, la falta de estándares consolidados y la evolución dinámica en la prestación de nuevos servicios digitales y los incentivos a la innovación harán difícil concretar qué deben entenderse por expectativas razonables de los consumidores.

La cuestión principal pasa por determinar si la omisión de información suficiente por parte del suministrador al consumidor acerca de las restricciones impuestas por el tercero ha de resultar necesariamente en una falta de conformidad de los contenidos y servicios digitales, al entender que las expectativas del consumidor no fueron desvirtuadas por el suministrador. En el fondo, se trata de establecer si únicamente no habrá una falta de conformidad por infracción de los criterios objetivos cuando el empresario efectivamente cumplió con la carga prevista en el art. 8.5 DCD o, si a pesar de no haber informado específicamente al consumidor y de no haber requerido su aceptación expresa y por separado, este no puede confiar en sus propias expectativas acerca de las características y cualidades de los contenidos digitales y debe asumir el riesgo de la asimetría informativa. Este trabajo defiende que no siempre será necesario para el empresario soportar esta carga informativa y que, a pesar de que el consumidor no conozca correctamente las características y cualidades de los contenidos digitales, estos podrán ser conformes con el contrato.<sup>58</sup> En otros términos, los riesgos de una potencial falta de conformidad por el silencio en el contrato no han de asignarse necesariamente al empresario suministrador. En estos supuestos, las expectativas del consumidor derivadas de su nivel insuficiente de información habrán de reputarse como no razonables.

---

57 G. Spindler, *Digital Content* (n. 9), p. 118.

58 Cfr. S. Navas Navarro, *El suministro* (n. 53), p. 143: “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 contractuales impuestas por las conocidas «licencias de uso»” (énfasis añadido).

El canon de razonabilidad en el art. 8.1 b) DCD parte de un conjunto de factores que han de ser considerados conjuntamente y, en particular, exige tener en cuenta los elementos siguientes:

- a) Patrón de normalidad: las características o cualidades de los contenidos digitales que razonablemente puede esperar un consumidor son aquellas que se presentan normalmente en el mercado. Por lo tanto, para que pueda haber una falta de conformidad, debe haber una determinada práctica habitual o mayoritaria en el sector de que se trate y el titular de los derechos debe alejarse de esta e incorporar una restricción o limitación idiosincrática en el uso o acceso a los contenidos digitales, que contradiga lo que esperaría el consumidor de un operador medio o mayoritario en el mercado.
- b) Tipo de contenido digital: el patrón de normalidad se ha de valorar en relación con contenidos y servicios digitales “del mismo tipo”. Por lo tanto, resultará relevante comparar las características y cualidades que presenten categorías específicas de contenidos, que, dado el derecho de la propiedad intelectual, vendrán definidas al menos por dos factores: el modo de suministro (descarga digital, puesta a disposición interactiva, o suministro de soporte tangible); y el tipo de obra o prestación protegida (libro, videojuego, obra audiovisual, base de datos, entre otras). La referencia al tipo de los contenidos y servicios digitales no debería trasladar al ámbito digital expectativas de los consumidores a partir de sus experiencias en el ámbito analógico.<sup>59</sup>
- c) Naturaleza de los contenidos digitales: con arreglo al precepto, la falta de conformidad se ha de valorar teniendo en cuenta la naturaleza de los contenidos o servicios digitales y cualquier declaración pública realizada por el empresario, o en su nombre, o por otras personas en fases previas de la cadena de transacciones, especialmente en la publicidad o el etiquetado (también Considerando 46 DCD, que añade que el criterio de razonabilidad en relación con que una persona pueda razonablemente esperar debe determinarse objetivamente teniendo en cuenta la naturaleza y la finalidad de los contenidos o servicios digitales, las circunstancias del caso y los usos y prácticas de las partes implicadas).

---

59 Cfr. Sánchez Leria, Derechos de terceros (n. 15), p. 1606, que señala que “de acuerdo con el test de razonabilidad, [se ha de tener] en cuenta el tipo contractual usado para su suministro, de forma que la expectativa del consumidor se determine, también, en función de su experiencia como consumidor analógico”.

La naturaleza de los contenidos digitales se refleja, sobre todo, en la protección de las obras y otras prestaciones que albergan por medio de derechos de autor, extremo que el consumidor medio y razonable no puede ignorar. Esta naturaleza es diferente a la de otro tipo de derechos que pueden afectar a los bienes contractuales y que pueden justificar una falta de conformidad jurídica: no será habitual que los bienes estén grabados por derechos de terceros -tales como un derecho real limitado de garantía- y la situación sería difícilmente anticipable por el consumidor; en cambio, en el caso de los contenidos digitales, el consumidor puede fácilmente esperar que estén efectivamente *grabados* por derechos de propiedad intelectual.

En relación con el art. 10 DCD y las faltas de conformidad relacionadas con derechos de propiedad intelectual, hay un dato positivo en la Directiva que no puede obviarse: la normativa sobre esta materia queda a salvo (art. 3.9 DCD) y no es desplazada por el derecho de consumo. El modo de cohonestar el régimen de la DCD con la normativa sobre propiedad intelectual, según lo previsto en el art. 3.9, pasa por incluir en las expectativas razonables del consumidor el hecho de que los contenidos digitales estarán habitualmente protegidos por derechos de autor y derechos afines y que las restricciones y limitaciones impuestas por un acuerdo de licencia o por la tecnología derivarán, por lo general, del ejercicio de tales derechos de exclusiva por parte de sus titulares. En otros términos, las expectativas del consumidor no deberían servir para excluir restricciones y limitaciones que el titular pueda legítimamente imponer con arreglo a la normativa sobre propiedad intelectual y no será necesario que el suministrador informe específicamente al consumidor sobre aquellas y recabe su aceptación expresa y por separado.

En definitiva, el consumidor no puede desconocer razonablemente que la determinación de los fines, las características y cualidades de los contenidos digitales protegidos por derechos de propiedad intelectual que hará su titular reflejará un marco legal que, en buena medida, se encarga de disciplinar cómo ha de llevarse a cabo la explotación de obras y otras prestaciones protegidas. Este sector del ordenamiento no se dirige en exclusiva a la protección de los derechos e intereses de los titulares, sino que persigue un equilibrio que salvaguarda intereses de otros sujetos, también de los consumidores. En este sentido, el Considerando 9 de la Directiva

2021/29/CE reconoce que los intereses de los consumidores también subyacen a la normativa sobre propiedad intelectual.<sup>60</sup>

En efecto, si las restricciones a los contenidos digitales impuestas por el titular resultan directamente de lo previsto en el derecho de autor, debería resultar muy difícil identificar una falta de conformidad por infracción de los criterios objetivos de conformidad. Si el titular de los derechos ajusta su comportamiento a lo que de entrada le faculta el ordenamiento jurídico, no debería apreciarse una falta de conformidad a pesar de que el suministrador no hubiera informado al consumidor acerca de las restricciones o limitaciones de uso de los contenidos o servicios digitales, ni hubiera recabado su aceptación expresa y por separado. Así, por ejemplo, un consumidor con acceso a un servicio de suministro en *streaming* de música no debería poder alegar una falta de conformidad jurídica por el hecho de que no pudiera utilizar luego el servicio para amenizar una fiesta que fuera más allá de un ámbito estrictamente privado, esto es, de un ámbito puramente doméstico o familiar. No debería exigirse al suministrador que proporcione una información específica sobre una limitación tal, ni que recabe la aceptación del consumidor de forma expresa y por separado.

Solamente deberían asignarse al suministrador aquellas faltas de conformidad derivadas de restricciones y limitaciones al uso de los contenidos digitales idiosincráticas o que se aparten de lo que prevé el derecho de autor vigente. En estos casos, el suministrador sí deberá cumplir con la carga establecida en el art. 8.5 DCD, informar específicamente al consumidor y recabar su aceptación de forma expresa y por separado.

El derecho de autor reconoce, por una parte, facultades de explotación a los titulares de derechos de propiedad intelectual y, por otra, establece límites a cómo estos pueden explotar sus derechos con el objetivo de proteger intereses de terceros, entre otros, los de otros autores, competidores, desarrolladores de productos y servicios relacionados, o los de usuarios y consumidores. Para regular la explotación de obras y otras prestaciones protegibles y considerar todos los intereses en juego, el legislador puede, de forma simplificada, recurrir a normas imperativas o a normas dispositivas. En consecuencia, las decisiones acerca de la explotación de sus contenidos

---

60 Cfr. L. Oprysk, Digital Consumer Contract Law Without Prejudice to Copyright: EU Digital Content Directive, Reasonable Consumer Expectations and Competition, GRUR International, 2021, pp. 1-14, p. 10, n. 107: “It should also be emphasised that copyright law alone ought not to be considered an objective standard of reasonableness, given that its rationale does not concern consumer interests” (enfasis añadido).

y servicios digitales adoptadas por los titulares de los derechos podrán afectar a una u otra categoría de normas.

Así, en primer lugar, las restricciones y limitaciones en el uso de los contenidos y servicios digitales impuestas por el titular pueden apartarse de lo establecido en normas imperativas sobre derechos de propiedad intelectual. Si el titular incluye una restricción o limitación que vulnera una norma imperativa sobre derechos de propiedad intelectual, la cláusula en cuestión del acuerdo de licencia no sería eficaz, pero aun así perturbaría el disfrute de los contenidos digitales por el consumidor. El consumidor ha de poder reaccionar por falta de conformidad frente al suministrador en estos casos, aunque, dada su ineeficacia, la limitación no le sea efectivamente oponible. Debería poder establecerse una falta de conformidad de los contenidos y servicios digitales, por infracción de criterios objetivos en estos supuestos: un consumidor no puede esperar razonablemente que un titular de derechos de autor imponga limitaciones o restricciones que infrinjan una norma imperativa.<sup>61</sup>

En segundo lugar, las restricciones y limitaciones pueden apartarse de lo que podemos denominar el “equilibrio dispositivo” diseñado por el derecho de la propiedad intelectual. De hecho, los problemas más interesantes se producen cuando el derecho de autor fija un equilibrio de posiciones o intereses mediante una norma dispositiva, que, por tanto, puede ser desplazada por las partes en el acuerdo de licencia de usuario, principalmente, por el titular al decidir acerca de la explotación de sus obras y prestaciones. Para cohonestar el derecho de consumo y el derecho de la propiedad intelectual, siguiendo lo establecido en el art. 3.9 DCD, el test de razonabilidad de las expectativas comportará examinar si la restricción al uso de los contenidos o servicios digitales diseñada por el titular refleja el derecho de autor dispositivo o se aparta de este. La restricción o limitación impuesta por el titular puede simplemente reproducir lo previsto en la norma dispositiva. Muy probablemente el *default* normativo responderá a cuál sea la práctica mayoritaria en el mercado de que se trate.

No siempre la elección de normas dispositivas y el diseño de su contenido reflejan la práctica mayoritaria en el mercado (*mimicking approach*), con el ahorro consiguiente de costes de transacción. Una nutrida litera-

---

61 Las posibilidades de reacción del consumidor frente al titular de los derechos de autor en estos supuestos pueden ser limitadas. *Vid. Sánchez Aristi*, Contratos de suministro (n. 9), p. 499.

tura se ha ocupado de otras funciones que puede tener el diseño de normas dispositivas, como el incentivo a suministrar información entre las partes de un contrato que comporta una derogación o *opt-out*, o la protección de equilibrios que aumentan el bienestar general, haciendo su derogación más difícil y por lo tanto el equilibrio más resistente o *sticky* en la terminología habitual en la doctrina estadounidense.<sup>62</sup>

En estos casos, no debería concluirse que la insuficiencia de información comporta una falta de conformidad de los contenidos o servicios digitales con el contrato de suministro: de nuevo, un consumidor razonable ha de esperar restricciones o limitaciones que concreten lo que permite el ordenamiento jurídico<sup>63</sup>. La falta de conformidad jurídica por defraudar las expectativas razonables del consumidor debería reservarse para aquellos supuestos en los cuales el titular se aleja de la solución de defecto prevista normativamente. Es decir, los supuestos de falta de conformidad en este ámbito deberían ceñirse a aquellos supuestos en los cuales el titular de los derechos de autor desplaza el régimen dispositivo añadiendo una restricción o limitación particular a la solución de equilibrio identificada por el legislador. En estos supuestos, si bien la restricción diseñada supone un ejercicio legítimo por el titular de los derechos de facultades reconocidas por el ordenamiento jurídico, no puede exigirse al consumidor que espere que los contenidos y servicios digitales puedan presentar estas cualidades o características de funcionamiento extrañas, idiosincráticas o particulares. En los apartados siguientes se describen tres supuestos diferentes para ilustrar la aplicación de este test en la intersección entre el derecho de consumo y el derecho de la propiedad intelectual.

##### 5. Restricciones a la realización de copias privadas de los contenidos digitales

Con arreglo al art. 31.2 TRLPI, sin perjuicio de la compensación equitativa prevista en el art. 25, el titular de los derechos de autor no podrá impedir la realización de copias privadas, esto es, actos de reproducción,

62 O. Bar-Gill/O. Ben-Shahar, Rethinking Nudge: An Information-Costs Theory of Default Rules, *The University of Chicago Law Review*, vol. 88, 2021, pp. 531-604, y literatura allí citada.

63 En el mismo sentido, Sánchez Aristi, *Contratos de suministro* (n. 9), p. 498: “[U]na restricción que el titular tenga derecho a establecer con base en la legislación de propiedad intelectual no determinaría una falta de conformidad jurídica”.

en cualquier soporte, sin asistencia de terceros, de obras ya divulgadas, cuando concurran simultáneamente las circunstancias siguientes: (i) que las reproducciones se lleven a cabo por una persona física exclusivamente para su uso privado, no profesional ni empresarial, y sin fines directa ni indirectamente comerciales; (ii) que se realicen a partir de una fuente lícita y que no se vulneren las condiciones de acceso a la obra o prestación; y (iii) que la copia obtenida no sea objeto de una utilización colectiva ni lucrativa, ni de distribución mediante precio.

El límite de copia privada no se predicará de cualquier contenido digital suministrado a un consumidor u otro usuario. Con arreglo, al art. 31.3 TRLPI, el límite de copia privada no se aplicará a: a) las reproducciones de obras que se hayan comunicado al público en la modalidad de puesta a disposición interactiva (art. 20.2.i) TRLPI), entre otras, en los supuestos de suministro de contenidos digitales mediante *streaming*; b) las bases de datos electrónicas; y c) los programas de ordenador, en aplicación de la letra a) del art. 99 TRLPI. En relación con los programas de ordenador, téngase en cuenta el art. 100 TRLPI, que, entre otros, prevé un límite por realización de una copia de seguridad.

La posibilidad de realizar una copia privada de las obras constituye un límite imperativo a los derechos de autor. En este sentido, el art. 197.1 a) TRLPI señala que los titulares que recurran a medidas tecnológicas de protección no podrán impedir el límite de copia privada. En efecto, si el empresario suministra un contenido digital al consumidor que este no puede luego copiar privadamente, porque una restricción impuesta tecnológicamente o contractualmente por el titular de los derechos de propiedad intelectual se lo impide, el consumidor podrá alegar una falta de conformidad: la imposibilidad de realizar una copia privada puede defraudar sus expectativas razonables en relación con el uso de los contenidos digitales en el momento de contratar con el empresario.<sup>64</sup>

Salvada la posibilidad de realizar una copia privada mediante una norma imperativa en el TRLPI, la realización de copias privadas ulteriores se regula de forma dispositiva. El equilibrio dispositivo en el derecho de propiedad intelectual se recoge en el mencionado art. 32.1 TRLPI, que permitiría al consumidor realizar otras copias privadas, pero este puede ser desplazado por el titular de los derechos de autor y limitar el número de copias, por

---

<sup>64</sup> Sin perjuicio de la acción que corresponda contra el titular (art. 197.2 TRLPI).

ejemplo, previendo técnicamente o contractualmente la imposibilidad de realizar más de una copia privada<sup>65</sup>. A ello se refiere, por una parte, el art. 32.1 b) TRLPI cuando señala que las copias no “vulneren las condiciones de acceso a la obra o prestación” y, por otra parte, el art. 197.4 TRLPI al establecer que no se impedirá que “los titulares de derechos sobre obras o prestaciones adopten las soluciones que estimen adecuadas, incluyendo, entre otras, medidas tecnológicas, respecto del número de reproducciones en concepto de copia privada”. Si el titular de los derechos de propiedad intelectual sobre el contenido suministrado al consumidor se aleja de este equilibrio dispositivo y el consumidor no es informado de ello por el suministrador, se abren dos posibilidades. Si la mayoría de los titulares de derechos de propiedad intelectual en el sector de mercado de que se trate no se apartan del equilibrio dispositivo y no restringen la posibilidad de realizar copias privadas múltiples, el titular que limitara esta posibilidad estaría imponiendo una restricción idiosincrática que contradeciría el patrón de normalidad. En tal supuesto, si el consumidor no hubiera sido informado de esta restricción idiosincrática por el suministrador y no se hubiera recabado su aceptación expresa y por separado, se podrían considerar infringidos los criterios objetivos de conformidad de los contenidos digitales. En cambio, si la mayoría de los titulares de derechos de propiedad intelectual en el sector de mercado de que se trate se apartan del equilibrio dispositivo y no permiten la realización de más de una copia privada, entonces este nuevo patrón de normalidad impediría frustrar las expectativas del consumidor y fundar una falta de conformidad jurídica. No hay obligación del suministrador de informar, ni mucho menos de recabar la aceptación expresa y por separado del consumidor, sobre aquello que ha devenido usual, común o estándar en el mercado.

---

65 Para un análisis de las implicaciones para el derecho de consumo, véase, por todos, S. Cámara Lapuente, La nueva protección del consumidor de contenidos digitales tras la Ley 3/2014, de 27 de marzo, Revista CESCO de Derecho de Consumo, núm. II, 2014, pp. 79-167, en especial, pp. 118 y ss.

## 6. Restricciones a la alienación de contenidos digitales y agotamiento del derecho de distribución

Una restricción habitual en el suministro de contenidos digitales afecta a la posibilidad que tienen los consumidores de transmitirlos a un tercero.<sup>66</sup> Dependiendo del tipo de contenido digital en cuestión y de su modalidad de suministro, esta restricción reflejará o no el equilibrio dispositivo establecido en el derecho de propiedad intelectual. Este equilibrio dispositivo es diverso y deriva, en buena medida, de la interpretación que ha llevado a cabo el TJUE sobre las reglas de agotamiento del derecho de distribución.

De acuerdo con el art. 19.2 TRLPI, cuando la distribución del original o de las copias de una obra se efectúe mediante venta u otro título de transmisión de la propiedad, en el ámbito de la Unión Europea, por el propio titular del derecho o con su consentimiento, este derecho se agotará con la primera de ellas.<sup>67</sup> En otros términos, el titular del derecho exclusivo de distribución no puede controlar los actos de reventa en mercados secundarios cuando ya distribuyó por sí mismo o autorizó la distribución del original o de las copias en dicho territorio. La regla, que tiene sus orígenes en los desarrollos del derecho de la competencia a finales del siglo XIX, se acomoda bien a los diferentes negocios transmisivos sobre copias tangibles de una obra.<sup>68</sup> En cambio, su traslado a un ámbito exclusivamente digital plantea muchos interrogantes. A pesar de que puede resultar socialmente valioso establecer una regla general de agotamiento digital o *digital exhaustion*,<sup>69</sup> los tribunales tanto en la UE como en EEUU se han mostrado reticentes a su reconocimiento.

---

<sup>66</sup> Spindler, Digital Content (n. 9), pp. 120-124; y Oprysk/ Sein, Limitations (n. 29), pp. 617-620.

<sup>67</sup> Para un tratamiento completo de los fundamentos de las reglas sobre agotamiento del derecho de distribución y de los desarrollos legales y jurisprudenciales en la UE y en EEUU, véase P. Mezei, Copyright Exhaustion. Law and Policy in the United States and the European Union, 2<sup>a</sup> ed., Cambridge: Cambridge University Press, 2022.

<sup>68</sup> Véase C. Berger, Die Erschöpfung des urheberrechtlichen Verbreitungsrechts als Ausprägung der Eigentumstheorie des BGB, Archiv für die civilistische Praxis, 2001, pp. 418-419.

<sup>69</sup> Para una defensa fuerte de reglas de agotamiento digital, véanse C. Sganga, A Plea for Digital Exhaustion in EU Copyright Law, Journal of Intellectual Property, Information Technology and Electronic Commerce Law (JIPITEC), vol. 9, 2018, pp. 211-239; y C. Sganga, Digital Exhaustion After Tom Kabinet: A Nonexhausted Debate, en: T.E. Synodinou/P. Jougleux/C. Markou/T. Prastitou-Merdi (eds), EU Internet Law in the Digital Single Market, Springer, 2021, pp. 141-175.

En la actualidad, la regla de agotamiento del derecho de distribución no se aplica a todos los contratos de suministro de contenidos digitales. El régimen jurídico previsto legalmente, tal como ha sido interpretado por el TJUE, especialmente en los asuntos *UsedSoft*<sup>70</sup> y *Tom Kabinet*<sup>71</sup>, puede resumirse del modo siguiente.

En primer lugar, si se ha suministrado un soporte tangible que alberga los contenidos digitales en cuestión, su adquirente podrá, de entrada, revenderlo a un tercero, por cuanto se habría producido un agotamiento del derecho de distribución del titular. En estos supuestos, el agotamiento del derecho de distribución se produciría en las mismas condiciones que en el caso de copias tangibles de una obra. Este sería, por ejemplo, el caso de una compraventa de consumo sobre cartuchos de videojuegos, DVDs con una película o CDs con un álbum musical.

En segundo lugar, si el contenido digital se ha suministrado por medio de un acto de puesta a disposición al público, por ejemplo, la utilización de una aplicación en la nube o un servicio de *streaming* de películas o de obras musicales, no se produciría un agotamiento del derecho de distribución. De acuerdo con el entendimiento del derecho internacional y europeo de autor, esta modalidad de suministro no comportaría un acto incluido en el ámbito objetivo de aplicación del derecho de distribución y, por lo tanto, no podría agotarse. El TJUE ha señalado que el derecho de comunicación al público, en su modalidad de puesta a disposición al público, no se agota con el primer acto de comunicación del contenido digital que alberga una obra u otra prestación protegida por derechos de propiedad intelectual. En estos supuestos, salvo que el titular de los derechos o, en su caso, el suministrador, permitan su transmisión a un tercero o la cesión de un derecho contractual de uso sobre el mismo o de una posición contractual, el consumidor que tiene acceso al contenido no podrá “revenderlo”. Corresponden

---

70 STJUE (Gran Sala) de 3 de julio de 2012, asunto C-128/11, *UsedSoft GmbH c. Oracle International Corp.* (ECLI:EU:C:2012:407). Para un examen crítico de esta sentencia, A. Rubí Puig, Copyright Exhaustion Rationales and Used Software. A Law and Economics Approach to Oracle v. UsedSoft, Journal of Intellectual Property, Information Technology and Electronic Commerce Law (JIPITEC), vol. 4, núm. 3, 2013, pp. 159-178. También STJUE (Sala Tercera) de 12 de octubre de 2016, asunto C-166/15, *Aleksandrs Ranks y Jurijs Vasilevičs contra Finanšu un ekonomisko nozīgu mu izmeklēšanas prokoratūra y Microsoft Corp.* (ECLI:EU:C:2016:762).

71 STJUE (Sala Primera) de 19 de diciembre de 2019, asunto C-263/18, *Nederlands Uitgeversverbond y Groep Algemene Uitgevers c. Tom Kabinet Internet BV y otros* (ECLI:EU:C:2019:III).

al titular las decisiones exclusivas de control sobre la creación y funcionamiento de mercados secundarios.

Finalmente, si el contenido digital se ha suministrado al consumidor o usuario final por medio de una descarga, cabe, según el TJUE, distinguir dos situaciones en función del tipo de contenido digital en cuestión: si se trata de un programa de ordenador, puede transmitirse la copia digital por su adquirente a un tercero cumpliendo determinadas condiciones; en cambio, si se trata, por ejemplo, de un ebook, un archivo musical o una película, no pueden ser revendidos o de otro modo transmitidos por el consumidor a un tercero. En este último caso, se entiende que el suministro mediante una descarga digital supone un acto de puesta a disposición del público y no de un acto de distribución y, en consecuencia, no puede producirse un agotamiento de las facultades de control del titular de los derechos de propiedad intelectual. El TJUE no se ha pronunciado sobre el posible agotamiento digital en la transmisión de copias digitales de videojuegos. Estos constituyen un híbrido entre programas de ordenador y una obra audiovisual.<sup>72</sup> Parece que la solución más razonable es entender que su suministro comporta actos de puesta a disposición del público que no agotan las facultades de control del titular. En consecuencia, el consumidor que tuviera acceso a una copia digital de un videojuego no podría transmitirla a un tercero, salvo que mediara el consentimiento del titular.

El régimen jurídico descrito brevemente es complejo y, muy probablemente, desconocido para la mayoría de la población. Aun así, se defiende en este trabajo, no debería imputarse al suministrador de contenidos digitales una falta de conformidad jurídica en todos los casos en los que no informa precisamente a los consumidores acerca de las implicaciones prácticas de este régimen en el uso y disfrute de los contenidos.

Dado este régimen jurídico, no es necesario que se informe específicamente al consumidor y recabe una aceptación expresa y por separado de aquellas limitaciones que reflejan el equilibrio dispositivo previsto por el legislador en materia de propiedad intelectual. Así, no han de asignarse al suministrador los riesgos de una falta de información acerca de la imposibilidad de transmitir a un tercero un ebook u otros contenidos digitales descargados. Por ejemplo, no habrá falta de conformidad jurídica si el consumidor, después de leer el ebook descargado, descubre que no puede

---

72 STJUE (Sala Cuarta) de 23 de enero de 2014, asunto C-355/12, *Nintendo Co. Ltd y otros contra PC Box Srl y 9Net Srl* (ECLI:EU:C:2014:25).

revenderlo como sí podría hacer con un libro impreso o con un soporte tangible que albergara una copia digital.

Debería, en cambio, informarse al consumidor y recabar su consentimiento –a riesgo de producir una falta de conformidad- si la restricción de reventa se impusiera en relación con un programa de ordenador. Aunque hay debates al respecto sobre el carácter dispositivo de los efectos del agotamiento,<sup>73</sup> un titular puede limitar o restringir contractualmente o tecnológicamente que el consumidor transmita la copia digital de un programa de ordenador a un tercero, cuando la limitación pueda responder a una finalidad protegida por el ordenamiento. En particular, el titular puede justificar una restricción en la implementación de una estrategia de discriminación de precios y en evitar lo que en términos económicos se conoce como “arbitraje”<sup>74</sup>. Por ejemplo, el titular de un programa de ordenador utilizado en arquitectura puede tener dos versiones del mismo, una dirigida a arquitectos profesionales y otra a estudiantes de arquitectura que se suministra a un precio equivalente al 20 % del precio de la versión profesional. El titular de los derechos de autor debería poder impedir que el estudiante vendiera su copia a un arquitecto profesional. Si no se permitiera esta opción –y no hubiera medios tecnológicos alternativos para conseguir el mismo resultado- y el programa se pudiera transmitir libremente, el titular no podría evitar el arbitraje de precios y tendría incentivos a suministrar solamente una única versión del programa a un precio unitario que seguramente muchos estudiantes no podrían asumir. En estos casos, en los cuales el titular se aparta del *default* jurídico (esto es, agotamiento del derecho de distribución) e introduce una limitación idiosincrática (restricción a la transmisibilidad de la copia), el consumidor puede razonablemente esperar poder revender el ejemplar del programa informático. Por tanto, si no se han cumplido los requisitos del art. 8.5 DCD, el consumidor ha de poder fundamentar una falta de conformidad jurídica frente al suministrador y,

73 Para los debates en torno al derecho federal de autor en EE.UU., entre otros, A. Katz, *The First Sale Doctrine and the Economics of Post-Sale Restraints*, Brigham Young University Law Review, 2014, pp. 55-142; A. Perzanowski/J. Schultz, *Digital Exhaustion*, UCLA Law Review, vol. 58, núm. 4, 2011, pp. 889-946; R.A. Reese, *The First Sale Doctrine in the Era of Digital Networks*, Boston College Law Review, vol. 44, 2003, pp. 577-652; J.A. Rothchild, *The Incredible Shrinking First-Sale Rule: Are Software Resale Limits Lawful?*, Rutgers Law Review, vol. 57, núm. 1, 2004, pp. 1-106; G.A. Rub, *Rebalancing Copyright Exhaustion*, Emory Law Journal, vol. 64, núm. 3, 2015, pp. 741-817; M. Van Houweling, *Exhaustion and the Limits of Remote-Control Property*, Denver Law Review, vol. 93, núm. 4, 2016, pp. 951-974.

74 Sobre ello, *Rubí Puig*, *Copyright Exhaustion* (n. 70), pp. 159-178.

en su caso, resolver el contrato de suministro (excepto si la mayoría de titulares sobre programas de ordenador en el mercado se han apartado de este equilibrio dispositivo y el patrón de normalidad es el de la restricción a la transmisibilidad de las copias.).

## 7. Limitaciones a la utilización de otros contenidos y servicios digitales conjuntamente con el suministrado

Un tercer ejemplo también es útil para ilustrar el test que se propone en este trabajo en relación con las expectativas razonables de los consumidores. En ocasiones, los titulares tendrán interés en restringir la utilización de los contenidos o servicios digitales junto con otros contenidos o servicios digitales de otros terceros. Esto es, los titulares perseguirán limitar técnicamente o contractualmente las características de compatibilidad de sus contenidos y servicios digitales, por ejemplo, para garantizar niveles de experiencia y calidad homogéneos entre sus usuarios.

Recientemente, el TJUE resolvió un asunto sobre las implicaciones jurídicas de este tipo de restricciones desde el punto de vista del derecho de propiedad intelectual. Se trata del asunto C-159/23, *Sony c. Datel*, decidido por Sentencia de 17 de octubre de 2024.<sup>75</sup> De forma resumida, el asunto se refiere a acciones por infracción de derechos de autor interpuestas por Sony contra el desarrollador de un programa y de un accesorio USB que permitían a los usuarios que los instalaban en su ordenador y consola PlayStation conseguir nuevas funcionalidades del videojuego *MotorStorm*. Por ejemplo, los usuarios podían utilizar la función turbo o *booster* que les permitía saltarse los diferentes niveles del videojuego o escoger cualquier tipo de vehículo, cuando esta opción viene limitada por el propio videojuego de Sony. En su sentencia, el TJUE ha resuelto que, puesto que el programa y accesorio no modifican el código fuente u objeto del programa, sino únicamente los datos variables que se almacenan en la copia local en el equipo del usuario, no se produce un acto de transformación controlable por el titular de los derechos. En otras palabras, el uso de estos programas y accesorios compatibles con el videojuego no infringe derechos de autor sobre el programa de ordenador del videojuego, ni sobre otros elementos protegidos por derechos de propiedad intelectual.

---

<sup>75</sup> STJUE (Sala Primera) de 17 de octubre de 2024, asunto C-159/23, *Sony Computer Entertainment Europe Ltd c. Datel Design and Development Ltd, Datel Direct Ltd y JS* (ECLI:EU:C:2024:887).

Aunque no haya infracción, el titular de los derechos sobre un videojuego puede tener interés en evitar que este interactúe con otros programas e incluir una restricción contractual o una medida tecnológica de protección para impedir su compatibilidad. De hecho, la propia Sony ya utiliza software *anti-cheating* en muchos de sus videojuegos para evitar que los usuarios puedan utilizar *boosters* u otros programas para manipular las opciones de juego. Son varios los intereses que puede perseguir el titular del videojuego con esta estrategia. En primer lugar, persigue asegurar una experiencia de juego similar a todos sus usuarios. En segundo lugar, puede tener incentivos económicos a que un usuario no vaya saltándose los diferentes niveles de forma rápida y emplee más tiempo -y más atención- en el uso del videojuego.

Después de esta STJUE, se puede defender que el derecho de autor no atribuye de entrada un derecho de exclusiva sobre las variables en la memoria local del terminal utilizado por un usuario y que, por lo tanto, el consumidor puede razonablemente esperar que el videojuego en cuestión podrá utilizarse de forma compatible con *boosters* y otros programas. En otros términos, el equilibrio dispositivo diseñado por el legislador en materia de derechos de autor establece un principio amplio de compatibilidad de los videojuegos con otros contenidos digitales ofrecidos por terceros. Si se quiere alterar esta situación de defecto e introducir una restricción a la compatibilidad, el suministrador, para evitar una falta de conformidad jurídica, debería en los contratos de suministro de un videojuego en un soporte tangible informar específicamente al consumidor y recabar su aceptación expresa y por separado. Ahora bien, de nuevo, deberíamos examinar cuál es el patrón de normalidad en el mercado: si la mayor parte de los titulares incluyeran software *anti-cheating* en sus productos que restringieran la compatibilidad con programas *boosters*, no podrían llegar a defraudarse las expectativas razonables del consumidor.

## 8. Consecuencias de la falta de conformidad y remedios

De acuerdo con el art. 10 DCD, en caso de que los contenidos o servicios digitales no estén conformes con el contrato de suministro por infringir los criterios subjetivos u objetivos el consumidor podrá exigir las medidas correctoras por falta de conformidad previstas en el artículo 14. El art. 14 DCD armoniza, para los supuestos de falta de conformidad de los contenidos y servicios digitales suministrados, los remedios de puesta en

conformidad, reducción del precio y resolución del contrato. Por otra parte, en el derecho español, el consumidor podría, con arreglo a las condiciones establecidas legalmente, solicitar la suspensión del pago del precio (art. 117.1, segundo párrafo, TRLGDCU) y la indemnización de los daños y perjuicios sufridos que habría de reclamarse con arreglo a las reglas generales de responsabilidad previstas en la legislación civil y mercantil (art. 117.1 TRLGDCU).<sup>76</sup>

El legislador español, al transponer la Directiva al ordenamiento interno, se limitó prácticamente a transcribir sus normas y, así, el art. 117.2 TRLGDCU permite a los consumidores, en casos de falta de conformidad jurídica, acudir a las diferentes medidas correctoras “salvo que una ley establezca en esos casos la rescisión o nulidad del contrato”. Esta referencia a estas dos modalidades de ineeficacia contractual en la DCD fue motivada por la utilización de estas soluciones en el derecho inglés.<sup>77</sup> Es esperable que su uso sea inexistente o residual en el derecho privado español, a pesar de su reconocimiento expreso en el art. 117.2 TRLGDCU.

#### *D. Conclusiones*

Las decisiones que adopta un titular de derechos de propiedad intelectual para la óptima explotación de estos o para su defensa frente a vulneraciones podrán interferir en contratos de suministro de contenidos y servicios digitales en los que aquellos no son parte. Así, las licencias que predisponen para gobernar el uso de sus obras y demás prestaciones o el ejercicio de pretensiones frente a un riesgo de que se infrinjan sus derechos podrá llegar a perturbar la posición de un consumidor o usuario en estos contratos, que, a resultas, no podrá utilizar los contenidos o servicios digitales con arreglo a lo que pactó con su suministrador o de acuerdo con sus propias expectativas en el momento de contratar.

Estas perturbaciones permitirán al consumidor, con arreglo a las normas de transposición del art. 10 DCD, alegar una falta de conformidad jurídica

---

<sup>76</sup> Para una discusión de los diferentes remedios por falta de conformidad de los contenidos y servicios digitales, *R. Milà Rafel*, Remedios asociados a la falta de conformidad de los contenidos y servicios digitales, en: Gómez Pomar/ Fernández Chacón (eds.), *El nuevo derecho digital* (n. 9), pp. 591-712; y *M. Gili Saldaña*, La resolución de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales, en la misma obra, pp. 713-794.

<sup>77</sup> *F. Rosenkranz*, Article 10 (n. 40), p. 197.

frente al suministrador y exigirle medidas correctoras, principalmente, la resolución del contrato. Este régimen protector del consumidor frente a los vicios jurídicos es bienvenido pero su papel, cuando las restricciones tienen su origen en la protección de derechos de propiedad intelectual, es más bien residual o muy circunscrito. La protección de la propiedad intelectual, que queda salva en el régimen de la DCD, y el hecho de que la normativa sobre derechos de autor ya tutele algunos intereses de los consumidores comportan que no todas las restricciones o limitaciones al uso de los contenidos o servicios digitales hayan de resultar en una falta de conformidad. Primero, el suministrador puede informar adecuadamente al consumidor de tales restricciones y recabar su consentimiento expreso. Segundo, habrá restricciones que seguirán un patrón de normalidad en el mercado, esto es, serán habituales y no permitirán al consumidor confiar en sus propias expectativas para desplazar tal práctica mayoritaria. Tercero, podrá ser muy difícil concretar las expectativas de un consumidor en mercados tan dinámicos como los de contenidos y servicios digitales. Y cuarto, el consumidor ha de arrostrar con los riesgos derivados de su falta de información en el momento de contratar acerca de restricciones que reflejan el equilibrio dispositivo de intereses fijado por el legislador en materia de derechos de autor. Esta es la mejor forma de coherenciar la protección de los consumidores frente a faltas de conformidad y la protección de los titulares de derechos de propiedad intelectual.

