

**C/M/S/ Albiñana & Suárez de Lezo**

**BOLETÍN DE PROPIEDAD INTELECTUAL,  
INDUSTRIAL Y NUEVAS TECNOLOGÍAS**

---

Julio 2012

## Boletín de Propiedad Intelectual, Industrial y Nuevas Tecnologías

### 1. LA NUEVA REGULACIÓN DE COOKIES EN ESPAÑA

El 31 de marzo se publicó en el B.O.E el Real Decreto-Ley 13/2012, de 30 de marzo, por el que se transponen al ordenamiento español ciertas Directivas en materia de regulación de comercio electrónico, incorporando al ordenamiento modificaciones muy relevantes en cuanto a la forma y límites del mismo.

Así, entre otras muchas novedades introducidas por este Real Decreto-Ley se encuentra la modificación de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico ("LSSI"). Esta modificación normativa, siguiendo los dictados de la Directiva 2009/136/CE y Directiva 2002/58/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de julio de 2002, relativas al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas, introducen importantes novedades en el comercio electrónico.

Además de las modificaciones en materia de "cookies" que se analizan a continuación, se introducen dos importantes cambios: en cuanto a las comunicaciones comerciales por vía electrónica (SMS, MMS, email, etc.), a partir de ahora no sólo deberán identificar claramente la naturaleza del mensaje con la palabra "publicidad", sino también a su remitente. En cuanto al uso y abuso del envío de comunicaciones comerciales ("Spam"), se

introduce la obligación para todos los prestadores de servicios, en los casos de Spam autorizado por el usuario -obvia decir que el no consentimiento, es a todas luces ilegal-, de poner a disposición de los usuarios un medio sencillo y gratuito para oponerse al mismo: cuando las comunicaciones hubieran sido remitidas por correo electrónico, dicho medio deberá consistir necesariamente en la inclusión de una dirección electrónica válida donde pueda ejercitarse este derecho, quedando prohibido el envío de comunicaciones que no incluyan tal dirección.

Por su lado, y como ya veníamos adelantando, se modifica la anterior regulación en materia de uso de cookies. Las cookies son herramientas informáticas utilizadas en el tráfico económico digital para identificar por parte de un prestador de servicios a un usuario accediendo a su sitio web, obtener información sobre sus hábitos de navegación y adaptar, en consecuencia, la oferta de los servicios a cada perfil específico, mejorando así su experiencia de navegación. Por medio de las cookies, un servidor de Internet envía un pequeño archivo al ordenador desde el que se accede al servidor, de modo que se permita un seguimiento del usuario. No obstante, también son herramientas con las que llevar a cabo acciones de Spyware para conseguir información sobre los hábitos de navegación de los usuarios y utilizar los datos personales obtenidos sin consentimiento, con un fin comercial distinto.

Hasta ahora, la LSSI disponía que cuando se empleasen cookies o dispositivos de almacenamiento y recuperación de datos en

equipos terminales, debía únicamente informarse a los destinatarios de manera clara y completa sobre su utilización y finalidad, ofreciéndoles la posibilidad de rechazar el tratamiento de los datos mediante un procedimiento sencillo y gratuito.

No obstante, con la nueva redacción se incrementan los derechos otorgados al usuario y la protección a su intimidad. Ya no se trata, simplemente, de informar y conceder la posibilidad de oponerse, ahora se exige el consentimiento previo. Todo ello, sin perjuicio de la existencia de Cookies que no requieren autorización previa al estar destinadas a efectuar la transmisión de una comunicación o, en la medida necesaria, para la prestación de un servicio expresamente solicitado.

En efecto, según el nuevo artículo 22.2 LSSI: *“Los prestadores de servicios podrán utilizar dispositivos de almacenamiento y recuperación de datos en equipos terminales de los destinatarios, a condición de que los mismos hayan dado su consentimiento después de que se les haya facilitado información clara y completa sobre su utilización, en particular, sobre los fines del tratamiento de los datos, con arreglo a lo dispuesto en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal”*.

Asimismo, la nueva disposición de la LSSI prevé un medio fácil y sencillo de prestar dicho consentimiento, al preceptuar que *“cuando sea técnicamente posible y eficaz, el consentimiento del destinatario para aceptar el tratamiento de los datos podrá facilitarse mediante el uso de los parámetros adecuados del navegador o de otras aplicaciones, siempre que aquél deba proceder a su configuración durante su instalación o actualización mediante una acción expresa a tal efecto”*. En otras palabras, se podrá articular bien en la propia home de la web mediante un “botón de aceptar”, a través de un Pop-up necesario para la carga completa de la página, en la cabecera o pie de página, etc. Lo importante, es que el consentimiento sea previo y expreso.

Este cambio legislativo afecta a empresas y profesionales que hagan uso de páginas web y a otros prestadores de servicios de sociedad de la

información que estén establecidos en el territorio Español o, que aun estando establecidos fuera de España, dirijan sus servicios al territorio Español.

*Pedro Merry Monereo,*  
*Abogado Asociado de CMS Albiñana & Suárez de Lezo*

## 2. DERECHO AL OLVIDO EN INTERNET

---

En la era de la globalización, la información fluye sin barreras y viaja a través del tiempo y del espacio ofreciéndose con la ubicuidad que ostentan las redes accesibles a todos. Un sinfín de datos que un día fueron ciertos y pertinentes, pierden sentido y quedan descontextualizados mientras flotan en el éter del ciberespacio listos para dibujar el perfil más escorado de sus protagonistas. Pequeños o grandes episodios, anécdotas o asuntos trascendentes son igualados por el magma que constituye la materia prima de la era de la información. En medio de este océano, muchas personas luchan por borrar las huellas de piezas de su pasado que no quieren que definan su presente.

Los grandes buscadores de Internet, cual es el caso de Google, son los primeros y más evidentes destinatarios de esa petición de olvido en la esperanza de que sea posible corregir o eliminar informaciones que persiguen a ciudadanos que desean limpiar su pasado enarbolando el derecho al olvido.

La Audiencia Nacional ha abordado frontalmente el tema planteando al Tribunal de Justicia de la Unión Europea una cuestión acerca de las peticiones formuladas por particulares que reclaman la desaparición de sus datos en Internet, lo que se ha realizado tras conocer del caso de un particular que, al incluir su nombre en Google, obtenía el enlace a un anuncio de subasta de un inmueble de su propiedad por impago a la Seguridad Social, embargo que fue debidamente afrontado por aquel.

Con el planteamiento de la cuestión, la Audiencia no solo ha querido hacer frente a la multitud de peticiones en este sentido recibidas en los últimos tiempos, sino que pretende dar respuesta

al conflicto existente a día de hoy entre la Agencia Española de Protección de Datos y los distintos buscadores de Internet. Así, si bien la Agencia considera que todo afectado por un tratamiento de datos que pueda perjudicar a sus derechos debe poder ejercitar el derecho de oposición frente al buscador, los buscadores de Internet, y muy especialmente Google, consideran que el tratamiento de los datos personales es realizado únicamente por la propia página web que los aloja, exonerándose de cualquier responsabilidad al respecto. En otras palabras, Google esgrime que su papel no es el de vigilar ni alterar los contenidos sino alojarlos y permitir su libre circulación, pues lo contrario sería arrogarse un papel de vigilancia y castigo que no se corresponde con el espíritu de la red. Ante tales circunstancias, las cuestiones planteadas por la Audiencia Nacional han sido las siguientes: ¿es de aplicación la normativa nacional y europea de protección de datos a Google, a pesar de encontrarse el domicilio social de su empresa matriz en California?; los buscadores, cuando indexan información, ¿están realizando un tratamiento de datos personales?; ¿Son responsables de ese tratamiento, debiendo atender a las peticiones de derechos de cancelación y/o oposición del afectado?; y, por último, el derecho de protección de datos, ¿debe permitir que el afectado pueda negarse a que una información referida a su persona se indexe y difunda, aun siendo lícita y exacta en su origen, si considera que es negativa o perjudicial para su persona?

De la respuesta del Tribunal de Justicia dependerá que pueda crearse un nuevo derecho que como tantos a lo largo de la historia sea una conquista de libertad y convivencia aunque, en este caso, sea recurriendo al sentido inverso de lo tradicional que siempre ha perseguido desvelar, hacer visible, perseguir y juzgar. Asoma ahora una tendencia diferente que invoca el derecho a ocultar, borrar, olvidar para recuperar así la paz.

¿Será posible por fin un derecho al olvido?

*Blanca Cortés Fernández,*  
Abogada Asociada Principal de CMS Albiñana & Suárez de Lezo

### 3. DE LA COMISIÓN DE PROPIEDAD INTELECTUAL Y EL CIERRE DE PÁGINAS WEB

La revolución digital ofrece una oportunidad única para la creación y especialmente para la difusión de los contenidos culturales. Ahora bien, esa facilidad y amplitud de acceso ha propiciado también la aparición de nuevas formas de aprovechamiento no consentido de los bienes protegidos por la propiedad intelectual. Hablamos de Sinde, Series yonkis, enlaces piratas y demás vocablos que situarán al lector.

En un intento por resolver esta conocida impunidad, la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, modificó la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico ("LSSI"), así como el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual ("LPI") con objeto de implementar un sistema de protección más efectivo que el anterior. El resultado es bien conocido: un sistema especialísimo para la salvaguarda de derechos de propiedad intelectual en el ámbito de la sociedad de la información y del comercio electrónico basado en un control administrativo previo y un cauce judicial que ha levantado la indignación de los internautas.

Frente al anterior sistema judicial clásico, este nuevo canal resulta mucho más efectivo: se confiere a una hasta entonces agonizante Comisión de Propiedad Intelectual poder suficiente para iniciar, previa instancia de parte, un procedimiento administrativo frente al prestador de servicios de la sociedad de la información que aloje contenidos infractores de derechos de propiedad intelectual. El prestador de servicios que estuviera alojando el contenido infractor, en el plazo de 48 horas tras la comunicación del acuerdo de inicio, podrá retirar voluntariamente los contenidos, presentar alegaciones o bien, proponer las pruebas por las cuales acredite haber obtenido derechos suficientes para tales actos de reproducción y puesta a disposición en Internet.

Transcurrido el plazo y practicadas las pruebas se otorga trámite de audiencia a los interesados y finalizado el plazo estipulado a tal efecto, la Comisión dicta una resolución en la que, si se

estima la vulneración de los derechos objeto del procedimiento, se ordena la retirada de los contenidos o la interrupción del servicio, debiendo aquel dar cumplimiento a la misma en el plazo de 24 horas.

Si la resolución que declara la vulneración de los derechos de propiedad intelectual no ha sido cumplida en el plazo estipulado, la Comisión se dirigirá al Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo competente a fin de que dicte auto autorizando o denegando la ejecución de las medidas impuestas, que deberá cumplirse en el plazo de 72 horas.

Dicha resolución se notificará a las partes afectadas, incluyendo a la web de intermediación (es decir, aquella que alojó el enlace al contenido, no el contenido en sí mismo). Esta comunicación otorgará al prestador de servicios de intermediación que hasta entonces no era objeto del proceso, un “conocimiento efectivo” -en el sentido establecido por la LSSI en su art. 17- acerca de la actividad vulneradora, circunstancia ésta que situará al prestador del servicio de intermediación como conocedor de que la actividad o la información a la que remite es ilícita o que lesiona bienes o derechos de un tercero susceptibles de protección. Así, en un mismo acto, se obtiene tanto la eliminación del contenido por parte del alojador, como la supresión del enlace por parte del prestador de servicios de intermediación. Dos actores distintos, pero complementarios y necesarios.

Aparentemente el proceso es sencillo y, aunque sus límites parecen claros, la primera resolución de la Comisión en un caso contra el sitio web “Bajui.com” y el alojador “Uploaded.to” no ha estado exento de polémica dando lugar a diferentes interpretaciones que giran en torno a dos cuestiones: ¿Hasta dónde deben extenderse los efectos del “conocimiento efectivo” a partir del cual un servicio de intermediación debe ser considerado responsable? y ¿El procedimiento genera indefensión a los titulares de servicios de intermediación?

Pues bien, el pasado mes de marzo, la Asociación para la Gestión de Derechos Intelectuales (AGEDI) presentó una denuncia contra el sitio web “Bajui.com” por incluir enlaces

hacia contenidos ilícitos. En cumplimiento del ya mencionado procedimiento, la Comisión dirigió su acción contra el responsable del servicio de alojamiento, en éste caso, “Uploaded.to”, reservando a Bajui.com el papel de prestador de servicios de intermediación. La resolución no sorprende a nadie: el alojador obligado a eliminar el contenido, y el intermediario el enlace por tener “conocimiento efectivo” del ilícito.

Ahora bien, la resolución va más allá, en tanto otorga un nuevo alcance al concepto de “conocimiento efectivo” extendiendo sus efectos “a otros enlaces presentes y futuros a las mismas obras objeto de este procedimiento”. Es decir, se le exige, aunque no parece decirse tan claro, cierta responsabilidad *ad vigilandum* al prestador de servicios de intermediación, lo que sin duda supone un cambio jurisprudencial sin precedentes, ya que son diversas las sentencias que interpretan el artículo 15 apartado 1 de la Directiva 2000/31 como una negativa a que los Estados Miembros impongan a los prestadores de servicios “una obligación general de supervisar los datos que transmitan o almacenen”. En este mismo sentido, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Asunto C-360/10) afirmó que los titulares de una web, no tienen la obligación de fijar un sistema de supervisión previa o de filtrado que impida el intercambio de contenidos de carácter ilícito entre sus usuarios.

El pronunciamiento de la Comisión contradice, pues, tal afirmación. Esta responsabilidad *ad vigilandum* ¿Es realmente posible habida cuenta de la ingente cantidad de enlaces que un mismo sitio puede alojar? ¿Es asumible tan titánica tarea? Son muchas las voces, sobretodo de los sectores opositores a esta nueva normativa, que ven en esta resolución una clara estrategia por parte de los titulares de derechos de propiedad intelectual para reconciliar, de manera efectiva, enmiendas al proceso legislativo que proponían un mayor control preventivo por parte de los prestadores de servicios de intermediación. Se afirma, en consecuencia, que exigir a éstos tal vigilancia preventiva traerá consigo el cierre voluntario de muchas páginas web ante la imposibilidad de dar efectivo cumplimiento a este inesperado giro interpretativo. Sobre esta primera cuestión, sin duda fundamental, será necesario

analizar las próximas resoluciones que otorguen algo más de luz a la línea que pretende seguir la Comisión.

Por otro lado, no es menos importante dejar constancia de lo que ya se preveía como un cierto desequilibrio en términos de defensa jurídica para los prestadores de servicios de intermediación: el escaso plazo de 72 horas desde la comunicación para dar cumplimiento al auto por el cual se exige el cierre de la página o la retirada de los contenidos infractores y sin, aparentemente, tener la posibilidad de formular alegaciones.

Bien es cierto que al inicio del procedimiento y ante la denuncia del titular de los derechos vulnerados, se produce la notificación a las partes interesadas, contando estas con un plazo de 48 horas para presentar alegaciones o proponer la práctica de pruebas que puedan negar la ilicitud de su actuación. Sin embargo no es menos cierto, que una vez transcurrido ese plazo, el intermediario se limita a ser un obligado al cumplimiento, en su caso, del auto emitido por el Tribunal Contencioso Administrativo.

Muchos aducen que esto causa una clara indefensión a los responsables de servicios de intermediación. No obstante, es planteable que al ser el procedimiento de la Comisión un procedimiento administrativo, no debería impedirse, en puridad, la aplicación de la Ley 30/1992 de 26 de Noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas a efectos de que el intermediario, como parte interesada, pueda realizar las alegaciones que considere necesarias para la defensa de sus intereses.

En todo caso, deberemos esperar a futuras resoluciones para intentar dar respuesta a las dudas planteadas. Por el momento y según una nota de prensa de la Secretaria de Estado de Cultura, la Comisión ha acordado el inicio de 8 procedimientos de salvaguarda contra alojadores de contenidos.

*Cristina Querejeta Ortega,*  
*Abogada de CMS Albiñana & Suárez de Lezo*

## 4. EL FAIR USE EN INFRACCIONES DE DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL: EL USO INOCUO

El pasado 3 de abril se publicó la sentencia del Tribunal Supremo (172/ 2012) en el caso Megakini vs. Google, un proceso judicial seguido de cerca por el entorno de la propiedad intelectual, que desestima el recurso de casación interpuesto por el primero contra una particular resolución de la Audiencia Provincial de Barcelona.

El procedimiento judicial tuvo como punto de partida la demanda instada por el titular de la página web [www.megakini.es](http://www.megakini.es) contra Google Spain, S.L. ("Google") por considerar que el buscador infringía sus derechos de propiedad intelectual al reproducir fragmentos de su site, el caché de la web y la provisión de enlaces a dichas copias caché en su motor de búsqueda, solicitando se condenara a Google -nada más y nada menos- que al cese del funcionamiento de su herramienta de búsqueda, así como a pagar una cantidad en concepto de indemnización por daño moral. La línea argumental de la demanda era, en síntesis, que el demandante no había autorizado la incorporación de su página web ni la utilización de su contenido a Google para que ésta la comunicara a terceros con el fin de promocionar sus propios enlaces patrocinados y obtener los correspondientes beneficios.

Debe anticiparse que el proceso judicial ha estado marcado por la continuada desestimación de las pretensiones del demandante en todas las instancias, si bien es cierto que haciendo uso de diferentes argumentos cada una de ellas. Un mismo resultado, pues, a través de muy diferentes caminos.

Así, la sentencia de primera instancia desestimó íntegramente las pretensiones de la actora barajando, en síntesis, diversos argumentos fácticos; en primer lugar, que al ofrecer Google los resultados de búsqueda elegía una parte del contenido de las páginas web para orientar con su lectura al usuario y preparar el enlace o vínculo que permitía entrar en la página original buscada; tal tratamiento de la información suponía la irremediable retención de los datos en

un soporte denominado "memoria caché", de carácter temporal y transitorio, sin el cual el motor de búsqueda carecía de operatividad.

Asimismo, se descartaba cualquier vulneración del derecho moral de paternidad del autor sobre su obra, ya que en ningún caso Google se atribuía la autoría de las páginas ofrecidas como resultados de la búsqueda, siendo el usuario consciente de que Google es un mero buscador y las páginas corresponden a sus titulares.

El centro de gravedad del conflicto, no obstante, consistía en determinar si existía copia o reproducción in consentida de la página de la actora, concluyendo el Juzgador que habiendo sido el propio demandante quien optó voluntariamente por un medio que le permitía una mayor difusión de su página, la utilización de una parte de su contenido por Google era encuadrable entre los "usos sociales tolerados", más allá de su consideración como un acto propio.

Desde una perspectiva jurídica, la sentencia de instancia invocaba la aplicación del artículo 31 y siguientes de la Ley de Propiedad Intelectual ("LPI"), reguladores de los límites a los derechos de propiedad intelectual; el artículo 31, en concreto, establece que *"no requerirán autorización del autor ciertos actos de reproducción provisional que, además de carecer por sí mismos de una significación económica independiente, sean transitorios o accesorios y formen parte integrante y esencial de un proceso tecnológico cuya única finalidad consista en facilitar bien una transmisión en red entre terceras partes por un intermediario, bien una utilización lícita"*.

En la misma línea, el Juzgador de primera instancia invocaba la aplicación del artículo 15 de la Ley 34/2002, de 11 de julio de Servicios de la Sociedad de la Información y del Comercio Electrónico ("LSSI") el cual excluye de toda responsabilidad a los prestadores de servicios de intermediación por la reproducción temporal e instrumental que realicen de los datos facilitados por los destinatarios del servicio, con la única finalidad de llevar a cabo la transmisión de los mismos.

En esencia, la sentencia de primera instancia no estimaba la infracción de derecho de propiedad intelectual alguno por ser de aplicación los límites que para tales derechos contemplan los artículos 31 LPI y 15 y 17 LSSI.

Ante tales circunstancias, en segunda instancia el demandante asume que la reproducción en la memoria caché de los equipos del buscador -la cual tiene por objeto el código html- sí está amparada por la excepción del art. 31.1 LPI, pero no así la reproducción de un fragmento del texto de la página ni las reproducciones de la copia caché usadas por Google para efectuar el proceso interno de selección que ofrece a sus usuarios.

Centrado el recurso en tales extremos, la Audiencia desestima de nuevo las pretensiones de Megakini, haciendo uso para ello de invocaciones ciertamente distintas a las del Juzgador de primera instancia.

En cuanto a la primera conducta que el apelante consideraba ilícita, la Audiencia Provincial concluye que se trata de una reproducción *"efímera, incidental y mínima que...carece de relevancia infractora"* conclusión a la que se llega de una forma particular. Así, la Audiencia invoca el artículo 40 bis LPI, cuyo contenido dispone que los artículos sobre límites a los derechos de propiedad intelectual, *"no podrán interpretarse de manera tal que causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor o que vayan en detrimento de la explotación normal de las obras a las que se refieran"*.

Lejos de otorgar a este artículo un contenido favorable al titular de derechos, como así parece deducirse de su tenor literal, la Audiencia invoca que su interpretación debe guiarse por la doctrina del "fair use", criterio jurisprudencial desarrollado en el sistema del derecho anglosajón (o Common Law) que permite un uso limitado de material protegido sin autorización del titular. En consecuencia, a fin de decidir sobre la inocuidad o no del uso de la página del demandante por Google, la Audiencia sostiene que deberá tomarse en consideración la finalidad y carácter del uso, la naturaleza de la obra, la cantidad y sustancialidad de la parte reproducida y exhibida

en relación con el conjunto de la obra y, en fin, el efecto sobre el mercado potencial y su valor.

Tras la aplicación de tales criterios, la Audiencia Provincial de Barcelona coincide con la sentencia de primera instancia en que la creación de una página web y su introducción en la red responde a la finalidad de divulgarla en ese medio, lo que se logra principalmente gracias al servicio prestado por buscadores como Google, que necesariamente hacen uso de su contenido con la única finalidad de facilitar la labor de búsqueda al internauta, lo que responde además al fin perseguido por el autor.

En cuanto al servicio caché, segunda conducta infractora según el apelante, consistente en poner a disposición del solicitante de la búsqueda el acceso a las copias caché realizadas en sus ordenadores por Google, la Audiencia, en contra de lo manifestado en primera instancia, considera que no es de aplicación el artículo 15 LSSI, pues su contenido no se refiere a cualquier prestador de un servicio de intermediación, sino sólo a aquellos que transmitan por una red de telecomunicaciones datos facilitados por un destinatario del servicio, lo que no es el caso de un buscador como Google.

Finalmente, es en fase de casación cuando el demandante recurre por considerar que la sentencia de la Audiencia infringe el sistema de fuentes al interpretar la legislación en materia de propiedad intelectual de acuerdo con la doctrina anglosajona del "fair use", introduciendo así una nueva excepción ad hoc extraña al ordenamiento vigente.

Admitido el recurso de casación por el Tribunal Supremo, éste muestra su disconformidad con que la sentencia recurrida decida el litigio alterando el sistema de fuentes pues su referencia al "fair use" -uso justo, limpio o leal- enlaza con una figura propia del derecho inmobiliario, el "ius usus inoqui" o derecho al uso inoqui del derecho ajeno; esto permite, a criterio de nuestro más alto Tribunal que la denominada regla, prueba o test "de los tres pasos" contenida en el artículo 40 bis pueda considerarse como una manifestación especial en la LPI de la doctrina del "ius usus inoqui" y de diversos principios orientadores del derecho como el

ejercicio de los derechos conforme a las exigencias de la buena fe (art. 7.1 Código Civil) ("CC"), la prohibición del abuso del derecho o de su ejercicio antisocial (art. 7.2 CC) y la configuración constitucional del derecho de propiedad como un derecho, en ocasiones, delimitado.

En definitiva, el Supremo considera que aun cuando los límites al derecho de autor deban interpretarse restrictivamente, ninguno de los dos artículos de la LPI, el 31.1 o el 40 bis, son excluyentes de la doctrina del "ius usus inoqui" para permitir el uso inoqui con arreglo a los propios principios de la LPI, máxime cuando el facilitar en general el acceso a su página web y el conocimiento de su contenido, no sólo no perjudica sino que beneficia a su titular.

La sentencia, ovacionada por unos y criticada por otros a partes iguales, ofrece nuevos criterios para interpretar los límites a los derechos de propiedad intelectual, trasladando a su esfera lo que el 'ius usus inoqui' ha sido para la propiedad mobiliaria e inmobiliaria, un límite natural del derecho de propiedad que pretende evitar abusos en aquellos casos en los que el uso ha sido inoqui. Y además, valga aquí el tecnicismo: se trata de un límite, no de una mera limitación. Un límite es algo consustancial, institucional. La propiedad se define institucionalmente como derecho que tiene facultades, pero también límites. Desde su propio concepto. Y uno de ellos lo ha aplicado ahora el Supremo a los derechos de propiedad intelectual: existen usos inoquos de la propiedad ajena que a nadie perjudican.

*Blanca Cortés Fernández,  
Abogada Asociada Principal de CMS Albiñana & Suárez de Lezo*

## **5. EL SUPREMO ELIMINA UNA IMPORTANTE LIMITACIÓN NACIONAL A LA LIBRE CIRCULACIÓN DE DATOS**

Tras la correspondiente cuestión prejudicial planteada al Tribunal de Justicia Europeo, con fecha de 8 de febrero de 2012 el Tribunal Supremo ha declarado nulo el art.10.2.b) del Reglamento 1720/2007 de Desarrollo de la Ley

Orgánica 15/1999 por considerar que la redacción de dicho artículo se excedía respecto del contenido, de aplicación directa, impuesto por la Directiva Europea en esta materia. Así, el Tribunal Supremo ha considerado que el referido artículo restringía el ámbito de la excepción reconocida por la normativa comunitaria al principio general de que todo tratamiento de datos personales requiere el consentimiento previo de sus titulares, lo que constituía una clara desventaja para la libre circulación de datos.

Por un lado, el Legislador Comunitario, que parecía partir de que el tratamiento de los datos de carácter personal necesitaba un consentimiento inequívoco del interesado, estableció sin embargo que, si no mediaba tal consentimiento, el mismo podría llevarse a cabo si concurría un interés legítimo del responsable del tratamiento o de los destinatarios de los datos, y siempre que no tuviera que prevalecer el interés de los derechos y libertades fundamentales del titular de tales datos.

Por su lado, el Legislador Español, que asumió en su totalidad dicha regulación (artículo 6 de la Ley Orgánica 15/1999), adició a la concurrencia de aquel interés legítimo, la condición de que los datos figurasen en fuentes accesibles al público, lo cual, sin duda, vino a acotar claramente lo fijado por Europa.

La Ley española considera “fuentes accesibles al público” los ficheros que puedan ser consultados libremente sin más requisito que el pago de una contraprestación. A renglón seguido relaciona esos ficheros mediante una lista exhaustiva y cerrada: *“el censo promocional, los repertorios telefónicos en los términos previstos por su normativa específica y las listas de personas pertenecientes a grupos de profesionales que contengan únicamente los datos de nombre, título, profesión, actividad, grado académico, dirección e indicación de su pertenencia al grupo. Asimismo, tienen el carácter de fuentes de acceso público los diarios y boletines oficiales y los medios de comunicación.”*

La conclusión parece evidente: aun mediando el interés legítimo del responsable del tratamiento o

de los destinatarios de los datos, si falta el consentimiento inequívoco del titular sólo cabe tratar y comunicar los datos que constan en los ficheros relacionados e incluidos en fuentes públicas. De este modo, la Ley Española y el Reglamento que la desarrolla restringen el ámbito del artículo 7, letra f), de la Directiva 95/46/CE y, por consiguiente, supone un obstáculo a la libre circulación de datos.

Ahora bien, aunque el Tribunal de Justicia ha considerado que los Estados Miembros no pueden ni añadir nuevos principios ni imponer exigencias adicionales, debe tenerse en consideración que la nulidad de este precepto no da “carta blanca” a las empresas para tratar cualquier dato por el simple hecho de que medie un “interés legítimo” -por ejemplo, el económico-. Es importante no perder de vista que la nulidad del precepto -si bien acaba con el numerus clausus pretendido por el Legislador Español- no pretende dejar de proteger el derecho fundamental a la intimidad de los titulares, sino potenciar la libre circulación de datos y fomentar la competencia mediante el estudio del caso concreto.

Sin duda, la problemática que surge a partir de ahora será delimitar la interpretación del término “interés legítimo” y, por otro lado, analizar cómo se van sustanciando los procedimientos incoados al amparo al art. 10.2.b) del Reglamento.

Y es que el principio de “interés legítimo” es un concepto jurídico indeterminado que debe ser ponderado en función del caso concreto. El simple interés económico no supone necesariamente que éste sea legítimo. Habrá que estar al caso concreto para apreciar su presencia y, en todo caso, el juicio deberá realizarse siempre bajo la estricta tutela de los derechos fundamentales afectados.

*Pedro Merry Monereo,  
Abogado Asociado de CMS Albiñana & Suárez de Lezo*

**CMS Albiñana & Suárez de Lezo, C/ Génova, 27 – 28004 Madrid – España**  
**T +34 91 451 93 00 – F +34 91 442 60 45 – madrid@cms-asl.com**

CMS Albiñana & Suárez de Lezo es una de las firmas de abogados con más historia y prestigio del mercado español, con oficinas en Madrid y Sevilla. Combinamos tradición y vanguardia, especialización y cercanía como valores para lograr la máxima satisfacción de los clientes.

Con aproximadamente 100 abogados, nuestra finalidad es mantener una relación estrecha de trabajo con el cliente para comprender y anticipar sus necesidades y estar a su entera disposición para llevar a cabo sus objetivos de negocio. Como Despacho multidisciplinar, ofrecemos a través de nuestras distintas áreas de experiencia un servicio completo de asesoramiento legal y fiscal que cubre todas las necesidades de nuestros clientes.

CMS Albiñana & Suárez de Lezo pertenece a la organización CMS que integra a los principales despachos europeos independientes y cuya ambición es la de ser reconocida como la mejor firma de servicios legales y fiscales en Europa.

[www.cms-asl.com](http://www.cms-asl.com) | [www.cmslegal.com](http://www.cmslegal.com)

**Los despachos miembros de CMS son:** CMS Adonnino Ascoli & Cavasola Scamoni (Italia); CMS Albiñana & Suárez de Lezo, S.L.P. (España); CMS Bureau Francis Lefebvre (Francia); CMS Cameron McKenna LLP (Reino Unido); CMS DeBacker (Bélgica); CMS Derks Star Busmann (Holanda); CMS von Erlach Henrici Ltd. (Suiza); CMS Hasche Sigle (Alemania) , CMS Reich-Rohrwig Hainz Rechtsanwälte GmbH (Austria) y CMS Rui Pena & Arnaut (Portugal).

**Las oficinas CMS son:** **Ámsterdam, Berlín, Bruselas, Londres, Madrid, París, Roma, Viena, Zúrich**, Aberdeen, Argelia, Amberes, Arnhem, Beijing, Belgrado, Bratislava, Bristol, Bucarest, Budapest, Casablanca, Colonia, Dresde, Dusseldorf, Edimburgo, Estrasburgo, Frankfurt, Hamburgo, Kiev, Leipzig, Liubliana, Lisboa, Luxemburg, Lyon, Milán, Moscú, Múnich, Praga, Sao Paulo, Sarajevo, Sevilla, Shanghái, Sofía, Stuttgart, Tirana, Utrecht, Varsovia y Zagreb.