

El Derecho Civil de los datos¹

JAVIER TORRE DE SILVA Y LÓPEZ DE LETONA

Letrado del Consejo de Estado (Exc.)

Socio de CMS Albiñana y Suárez de Lezo

RESUMEN

Pese a que los datos son el activo central sobre el que se sustenta la nueva economía, y a que poseen un alto valor económico, siendo uno de los elementos fundamentales de la empresa (junto con los recursos humanos, materiales y financieros), su estudio se ha limitado hasta el momento a una especie determinada de los mismos: los datos de carácter personal. Los datos constituyen una categoría de suyo más amplia, que incluye tanto datos protegidos como no protegidos. En estas líneas, se ha intentado perfilar una definición jurídica del dato, para concluir que un dato es información representada simbólicamente en forma computable; se ha distinguido entre el aspecto físico del dato, el contenido del mismo, el dato en sí mismo considerado, y el objeto del dato, así como la categoría de los datos sobre datos; se ha establecido la relación de este concepto con categorías jurídicas existentes, como las de «cosa» o «bien jurídico», para concluir que el dato en sí mismo no es cosa pero sí es por lo general un bien jurídico, susceptible de titularidad y protección, y en su caso además objeto de otros derechos. Se ha discutido sobre si cabe propiedad sobre los datos, según las distintas categorías de ellos, y con especial atención a los datos no protegidos. A continuación, se ha examinado con mayor detalle el régimen jurídico civil de los datos no protegidos, en lo relativo a su titularidad, posesión o tenencia, libre circulación, transmisión y otros negocios jurídicos y sucesión mortis causa. Por último, por ser los datos una realidad móvil por naturaleza, se ha prestado atención a las normas de conflicto que permiten encontrar la Ley aplicable al dato –personal o no personal– en Derecho Internacional Privado.

¹ Proyecto de investigación realizado con el patrocinio de la Cátedra Google sobre Privacidad, Sociedad e Innovación. Ponencia expuesta en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación (mayo de 2019), y en particular en su Seminario de Derecho Civil «Don Federico de Castro» y en su Sección de TIC.

PALABRAS CLAVE

Datos. Datos de carácter no personal. Propiedad sobre datos. Posesión sobre datos. Titularidad de datos. Bienes jurídicos. Transmisión de datos. Negocios jurídicos sobre datos, Sucesión. Contenidos digitales. Derecho Internacional Privado. Punto de conexión.

Data according to private law**ABSTRACT**

Although data represents the cornerstone of the new economy and possesses significant economic value as a crucial component of companies (together with human, material and financial resources), the study of data has yet to stretch beyond a certain type, namely personal data. However, data can actually be unwrapped to reveal further groups, including both protected and unprotected data. With that in mind, this article has sought to provide a legal definition of data in a bid to conclude that data is information represented symbolically in computable form. The piece analyzes the physical aspect of data, its content, the questions regarding data as such and the relevance of the reality to which it refers, as well as taking a glance at the category of data on data. The relationship of this concept with existing legal categories has also been outlined, not to mention the ideas of a «thing» and a «legal asset», to determine that data itself is not a thing, rather by and large a legal asset subject to entitlement and protection, as well as being subject to other rights. Arguments as to whether data can be owned have been put forward in view of the different data categories, with a particular focus on unprotected data. A detailed examination has been included of the regulations applicable to unprotected data and its entitlement, possession, custody, free flow, transfer and other legal transactions, as well as succession by way of mortis causa. Lastly, given that data by its very nature exemplifies a shifting landscape, the conflict rules which allow us to pinpoint the legislation applicable to data –whether personal or non-personal– under International Private Law have also been reviewed.

KEY WORDS

Data. Non-personal data. Data property. Data possession. Data ownership. Legal assets. Data transfer. Legal transactions involving data. Succession. Digital content. International Private Law. Connection point.

SUMARIO: I: *Introducción.*–II. *Relevancia económica de la cuestión.*–III. *Concepto de «dato».*–IV. *Distinción entre datos de carácter personal y no personal.*–V. *Naturaleza jurídica: cosas y bienes.*–VI. *¿Son los datos –o su contenido– susceptibles de apropiación? Propiedad y titularidad.*–VII. *Consideraciones específicas sobre el régimen civil de los datos no protegidos.*–VIII. *Derecho internacional privado aplicable.*–IX. *Conclusiones.*–*Bibliografía.*

I. INTRODUCCIÓN

El histórico proceso de revolución digital en el cual estamos inmersos está basado en un tipo de activo que no existía hace ochenta años: los datos, entendidos como información computable. Los datos no se parecen a las cosas, porque no tienen una clara ubicación física (o más bien tienen muchas, tantas como servidores en los que están alojados, y a la vez ninguna mínimamente relevante, pues la ubicación puede cambiar y ser incluso desconocida para su titular cuando están «en la nube»). Es también esencial en los datos su temporalidad, por cuanto los datos son por naturaleza tan mutables como los unos y ceros mediante los cuales la información se representa. Tampoco se parecen a los derechos de crédito, regidos por el principio de relatividad de los contratos. Los datos, existentes siempre en dispositivos, tienen una realidad exterior, y en ocasiones son susceptibles de tutela frente a terceros (protección, reclamación, acceso) más allá de los límites de la responsabilidad por daños extracontractual.

Así considerados, los datos constituyen una realidad relativamente nueva, cuyo encaje con las categorías tradicionales del Derecho Civil está todavía por hacer. El Código Civil decimonónico —es obvio— no pensaba en los datos. Cuál sea la regla de Derecho Internacional Privado aplicable a los datos (*¿lex rei sitae*, la ley aplicable al contrato, o una tercera ley?), si cabe o no posesión, propiedad o algún tipo de titularidad sobre los datos, a quién se atribuye la titularidad —en su caso— de los nuevos datos que se generan (*¿se aplican las reglas de la adquisición del dominio, por ejemplo las relativas a la usucapión?*), cuál sea el régimen de su transmisión (*¿se protege al adquirente en los términos del artículo 464 C.c.?*), y qué negocios *mortis causa* cabe celebrar sobre los datos, son algunas de las cuestiones sobre las que el Derecho no tiene aún una respuesta suficiente, especialmente en lo que respecta a los datos de carácter no personal.

II. RELEVANCIA ECONÓMICA DE LA CUESTIÓN

El Presidente de Telefónica, José María Álvarez-Pallete, ha afirmado recientemente que «los recursos más valiosos en el futuro serán los datos»². Las empresas eran antes organización de recur-

² https://cincodias.elpais.com/cincodias/2017/06/19/companias/1497861452_912952.html.

tos humanos, materiales y financieros; ahora hay que añadir los datos (recursos digitales) a esa lista: las empresas son recursos humanos, digitales, materiales y financieros.

Como personas físicas y consumidores, estamos familiarizados con la importancia y regulación de los datos de carácter personal. Todos conocemos modelos de negocio basados en la información sobre personas físicas, en la elaboración de perfiles sobre las mismas en continua actualización y en la remisión de publicidad personalizada que responda a ese perfil. Google, Telcent o Facebook serían ejemplos de ello.

No obstante, es mucho mayor el volumen y la importancia económica de los datos no personales que los de los datos personales. La revolución digital que estamos viviendo³ utiliza los datos no personales para incrementar exponencialmente la eficiencia, reduciendo tanto el gasto en capital fijo (capex) como el gasto operativo (opex). Son bien conocidos los ejemplos de lo primero: empresas que ofrecen servicios en el mercado de la distribución al por menor sin poseer apenas establecimientos comerciales (Amazon), en el mercado hotelero sin disponer de hoteles (Airbnb), en la intermediación en el mercado financiero sin oficinas bancarias, o incluso sin comprometer apenas recursos propios (empresas de fintech, o algunos bancos), en el de las reservas de viajes por aire sin ser titulares de *slots* (Amadeus), en el del transporte aéreo sin aviones en propiedad (muchas compañías aéreas), o en el del transporte urbano sin disponer de vehículos (Cabify, Uber o Moovit). La oferta de esas empresas a sus clientes son recursos masivos de datos no personales, sin perjuicio de que su aceptación por clientes personas físicas dé lugar a datos de carácter personal. Un ejemplo de lo segundo es el mantenimiento industrial: General Electric basa su modelo de negocio de mantenimiento de motores de aeronaves en la instalación de un número cada vez mayor de sensores en los motores, que permite hacer mucho más eficiente la labor de los mecánicos (en lugar de acudir siempre el equipo completo de mantenimiento, acuden tan solo las personas necesarias en cada caso, a la vista de lo que dicen los sensores, y lo hacen antes y de forma más eficiente). Este fenómeno se generalizará con el llamado «Internet de las cosas», que permitirá que diversos objetos, comenzando por los vehículos, «hablen» permanentemente con sus fabricantes, informándoles de cualquier incidencia, y quizás corrigiéndola en remoto, antes incluso de que la conozca el usuario, y también «conversen» con otras cosas para coordinarse con ellas. Aunque las cosas no sepan quién es su dueño, en un futuro cercano

³ Que fue anunciada en sus inicios por KATSH, E., *Law in a Digital World*, 1995, p. 241.

van a convertirse en emisores permanentes de datos, que a veces serán de carácter personal y a veces no lo serán.

III. CONCEPTO DE «DATO»

El concepto de «dato» es equívoco. En el RGPD (Reglamento UE 2016/697, de 27 de abril de 2016) y en la LOPDG (Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de derechos digitales), el concepto legal de «dato» equivale a «información». No obstante, a los efectos de este trabajo, el concepto de «dato» que se utilizará es el de «información computable», es decir, «representada simbólicamente en una forma que pueda reducirse a «unos» y «ceros» en un ordenador». Esta definición de «datos» es más restrictiva (por excluir los datos con tratamiento no automatizado)⁴ que la que emplea la legislación de protección de datos.

Un subconjunto dentro de los «datos» son los «contenidos digitales», tal y como este último concepto se define en los artículos 2.1 y 3.1 de la Directiva (UE) 2019/770, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2019, relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales, un concepto también usado en la LOPDG.

Los «contenidos digitales» son datos «suministrados» (en la Directiva, por un empresario a un consumidor; en la LOPDG, por el consumidor a un empresario), categoría más reducida dentro de los muchos datos a disposición de las empresas (que incluyen datos observados, inferidos o deducidos por ellas, y datos propios no suministrados por ellas a terceros, ni por terceros a ellas). La Exposición que sigue versará sobre todos los «datos», sean «contenidos digitales» o no.

– *Representación simbólica*

La información no representada simbólicamente no es un dato. La reacción positiva de un usuario a una fotografía ha de ser representada simbólicamente para ser conocida: por ejemplo, levantando el dedo pulgar de la mano en el mundo real. Pero solo cuando

⁴ Pues excluye los datos no computables, que pueden entrar dentro del ámbito de aplicación del RGPD. El tratamiento no automatizado de la información está sometido al RGPD (art. 2.1 en relación con el 4.1 y el 4.2: el Reglamento se aplica «al tratamiento total o parcialmente automatizado de datos personales, así como al tratamiento no automatizado de datos personales contenidos o destinados a ser incluidos en un fichero»). El RGPD entiende «dato» como «información».

esa representación simbólica es además computable la información representada pasa a convertirse en dato en sentido digital: el «emoticono» o el *like* utilizados en un dispositivo electrónico son, en realidad, combinaciones binarias de «unos» y «ceros» en un ordenador, y convierten en computable la información que, aunque esté representada simbólicamente, de otro modo no lo sería.

– *El aspecto físico del dato, su contenido, y el dato mismo*

Un dato tiene por un lado una realidad física, por su vinculación a un soporte, y por otro un contenido, que es inmaterial y susceptible de duplicarse ilimitadamente. Son el cuerpo y el alma del dato. Pero el dato no se confunde ni con uno ni con el otro: es la representación del contenido mediante signos computables, en la que ambos están presentes.

Desde un punto de vista físico, el dato no deja de ser una determinada combinación de circuitos electrónicos binarios, cerrados o abiertos (simbolizados por unos y ceros) en microprocesadores de un dispositivo electrónico (por ejemplo, un servidor) situado en algún punto del planeta. El aspecto físico del dato es relevante porque determina su conexión, aunque accidental y mutable, con un lugar: la ubicación de los datos en un servidor puede servir de punto de conexión para determinar la competencia judicial internacional (por ejemplo, el lugar de ejecución de una resolución judicial: art. 24.5 del Reglamento UE 1215/2012, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil), o con ciertos límites el Derecho procesal relativo a la ejecución de resoluciones judiciales (art. 45 del mismo Reglamento y, por lo que respecta a las medidas cautelares, su art. 40). La ubicación física del servidor que aloja el dato puede ser también relevante a efectos de la aplicación de normas penales y de policía (servidores que alojan datos sobre tráfico de seres humanos o de armas), aunque la actividad se realice en el extranjero. Todo ello sin perjuicio de sus dificultades prácticas⁵.

El contenido del dato (concepto que nada tiene que ver con el de «contenido digital» antes citado), en cambio, es la información representada en el dato, que se diferencia de éste pero proyecta sobre él su propia regulación: la información que está protegida en el mundo real, lo está también en su representación digital, porque

⁵ Cuando los datos están en la «nube», muchas veces no podrán ubicarse en un solo servidor, sino que estarán virtualmente fragmentados en una red de servidores situados en muchos países diferentes, de modo que incluso accediendo a uno de ellos no será posible acceder a la información. En tal caso, la pretensión del órgano judicial de acceder a la información en un servidor determinado podría resultar imposible.

el interés jurídico protegido es el mismo cualquiera que sea la forma en la que esté representada (el secreto empresarial está protegido cualquiera que sea el formato en que se presente –o represente– la información: lo mismo sucede con la protección de datos de carácter personal o con la propiedad intelectual). Y, a la inversa, los contenidos contrarios a Derecho proyectan su condena legal al dato que los representa simbólicamente. Los límites a la transmisión ilegal de contenidos se extienden igualmente a los datos que los representan y sirven de vehículos (copias ilegales de producciones audiovisuales protegidas por propiedad intelectual).

Dicho lo cual, no pueden confundirse dato y contenido: el objeto de la propiedad intelectual encarnada en datos, cuyo contenido constituye, no son los datos como tales, sino la creación original contenida y representada en ellos. Una creación original puede aparecer en muchos soportes diferentes, físicos (un libro, una representación teatral, una interpretación musical) y digitales, y siempre será el mismo objeto de propiedad. Lo que es objeto de propiedad intelectual no es normalmente⁶ el soporte, sino la creación original. Con las salvedades antes formuladas, el derecho de apropiación exclusiva otorgado por el ordenamiento se refiere al contenido y no al dato que lo representa.

El dato mismo, que no es ni su soporte físico (al que trasciende) ni su contenido, aunque necesita de ambos, tiene una realidad propia y diferenciada: es la representación lógica computable del contenido, susceptible de ser copiada de forma idéntica en otro dispositivo.

– *El objeto al que se refiere el dato*

Los datos tienen objeto, al que se refiere la información, y normalmente la regulación del objeto no se proyecta al dato mismo. Una fotografía digital de una obra de arte no está por lo general sujeta a la legislación sobre patrimonio histórico. Una empresa puede tener como parte importantísima de su *Know-How* protegido los datos de rendimiento de un motor de aviación, o los de ocupación de apartamentos turísticos, pero no ser propietaria de ningún motor de aviación y de ningún apartamento turístico.

Excepcionalmente, el ordenamiento puede establecer una relación entre el dato y el objeto al que se refiere: cuando la informa-

⁶ Existe protección en la Ley de Propiedad Intelectual a ciertos soportes, pero la regla general es la contemplada en el artículo 10.1 de su texto refundido: «Son objeto de propiedad intelectual todas las creaciones originales literarias, artísticas o científicas expresadas por cualquier medio o soporte, tangible o intangible, actualmente conocido o que se invente en el futuro». La limitada protección a ciertos soportes está en el artículo 56 (derecho de exhibición pública del propietario del original de una obra).

ción representada en el dato difiere de su objeto, en ocasiones quien ejerce de responsable del dato se ve obligado a adecuarlo a la realidad (obligaciones de calidad o exactitud⁷ en protección de datos de carácter personal).

– *Datos sobre datos: datos derivados*

En la práctica, los datos suelen estar elaborados sobre otros datos. Tanto los llamados *big data* (datos nuevos obtenidos de otros masivos, previamente anonimizados, susceptibles de ser tratados con independencia de la fuente de la que proceden y con una finalidad diferente), como los metadatos (datos sobre datos o que etiquetan datos, muy importantes porque los datos necesitan de un contexto para ser útiles: referencias temporales, asociación con otros datos, inclusión en determinadas categorías), como los nuevos datos producidos mediante algoritmos o redes neuronales de inteligencia artificial a partir de otros datos, y las combinaciones de todos los anteriores, son todos ellos datos elaborados a partir de otros, lo cual, como más adelante se verá, genera difíciles problemas de titularidad y de derechos sobre los datos derivados, similares pero no idénticos a los problemas que generan las obras derivadas en materia de propiedad intelectual. Sobre ello se volverá más adelante.

IV. DISTINCIÓN ENTRE DATOS DE CARÁCTER PERSONAL Y NO PERSONAL

En este escrito vamos a referirnos tanto a los datos de carácter personal como a los que no lo son, aunque prestaremos una mayor atención a los segundos. Para que un dato sea de carácter personal, es necesario que se refiera a una persona física y que además esa persona física sea identificada o identificable⁸. Con la advertencia

⁷ Conforme al artículo 5.1.d) del Reglamento UE 2016/679, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de abril de 2016 («RGPD»), los datos han de ser «exactos y, si fuera necesario, actualizados; se adoptarán todas las medidas razonables para que se supriman o rectifiquen sin dilación los datos personales que sean inexactos con respecto a los fines para los que se tratan (“exactitud”)». Por ejemplo, si una persona constaba anteriormente en una base de datos como insolvente, y ha puesto fin a esa situación de insolvencia, tiene derecho a que sus datos de carácter personal se actualicen, reflejando la nueva realidad.

⁸ El artículo 4.1 del Reglamento UE 2016/679, de 27 de abril de 2016 (RGPD) define «datos personales» como «toda información sobre una persona física identificada o identificable (“el interesado”); se considerará persona física identificable toda persona cuya identidad pueda determinarse, directa o indirectamente, en particular mediante un identificador, como por ejemplo un nombre, un número de identificación, datos de localización, un identificador en línea o uno o varios elementos propios de la identidad física, fisiológica, genética, psíquica, económica, cultural o social de dicha persona».

de que los datos llamados «seudonimizados», es decir, aquellos «que cabría atribuir a una persona física mediante la utilización de información adicional», son datos de carácter personal⁹. Las direcciones IP de personas físicas, por ejemplo, tienen esta condición, pues mediante información adicional pueden atribuirse a una persona física. Los datos seudonimizados pueden tener una gran importancia en el futuro «Internet de las Cosas» (IoT), por cuanto son datos sobre cosas que muchas veces usan personas físicas. Cuando mediante la utilización de información adicional pueda identificarse a esas personas físicas, se tratará de datos de carácter personal. Los restantes (es decir, los que ni siquiera mediante la utilización de información adicional pueden atribuirse a una persona física) son datos de carácter no personal. Esta última categoría incluye los datos verdaderamente anonimizados, que no cabe asociar a personas físicas determinadas o determinables.

No tienen carácter personal los datos relativos al funcionamiento interno de las empresas y a su actividad de entrega de bienes y prestación de servicios al mercado, en su inmensa mayoría. Ello incluye los datos relativos al aprovisionamiento de bienes y servicios, los que versan sobre la estructura de costes de la empresa, los datos internos de gestión empresarial (financieros, contables, de control interno, inventarios, datos de sistemas informáticos, etc.), y los que se refieren a las ventas de bienes o servicios prestados a empresas. En un banco, la práctica totalidad de la información relativa a banca corporativa y M&A y los modelos de gestión de riesgos. En una compañía de seguros, los modelos actuariales que son la base de su negocio. En una compañía automovilística, los datos de producción y rendimiento de máquinas (motores, etc.) y vehículos, etc. En un

⁹ Así lo dispone el Considerando 26 del Reglamento RGPD antes citado: «Los principios de la protección de datos deben aplicarse a toda la información relativa a una persona física identificada o identificable. Los datos personales seudonimizados, que cabría atribuir a una persona física mediante la utilización de información adicional, deben considerarse información sobre una persona física identificable. Para determinar si una persona física es identificable, deben tenerse en cuenta todos los medios, como la singularización, que razonablemente pueda utilizar el responsable del tratamiento o cualquier otra persona para identificar directa o indirectamente a la persona física. Para determinar si existe una probabilidad razonable de que se utilicen medios para identificar a una persona física, deben tenerse en cuenta todos los factores objetivos, como los costes y el tiempo necesarios para la identificación, teniendo en cuenta tanto la tecnología disponible en el momento del tratamiento como los avances tecnológicos. Por lo tanto los principios de protección de datos no deben aplicarse a la información anónima, es decir información que no guarda relación con una persona física identificada o identificable, ni a los datos convertidos en anónimos de forma que el interesado no sea identificable, o deje de serlo. En consecuencia, el presente Reglamento no afecta al tratamiento de dicha información anónima, inclusive con fines estadísticos o de investigación».

Esta categoría está desarrollada en la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo de 29 de mayo de 2019 COM (2019) 250 final *Orientaciones sobre el Reglamento relativo a un marco para la libre circulación de datos no personales en la Unión Europea*, pp. 5 a 8.

despacho de abogados, el acervo documental de experiencias que constituye su *know-how* y sin el cual no podría prestar servicio a sus clientes. En fin, tampoco tienen carácter personal los datos estadísticos, de gestión de servicios públicos (tráfico, etc.), ambientales, y de investigación científica (observación astronómica o satelital, datos anonimizados de investigación farmacéutica, médica o veterinaria, etc.), entre otros muchos. La mayoría de la información disponible en Wikipedia y en otros lugares similares son datos de carácter no personal. Tampoco suelen ser datos de carácter personal los datos derivados: *big data*, algunos metadatos, datos anonimizados producidos mediante inteligencia artificial, como se ha dicho más arriba. Pueden no ser de carácter personal los datos del Internet de las Cosas (cuando estén anonimizados)¹⁰, y también las criptomonedas (cuando no permitan identificar a un titular persona física).

El flujo de datos de carácter no personal que estos procesos requieren y producen es gigantesco, como lo es el volumen de su almacenamiento. Como afirma el Profesor Gregory La Blanc, de la Universidad de Berkeley¹¹, los motores de aviación en vuelos internos en Estados Unidos generan cada año 2,5 mil millones de terabytes de datos¹² (2,5 zettabytes, puesto que 1 ZB = 1.000 EB = 1.000.000 PB = 1.000.000.000 TB), aunque afortunadamente no todo se almacena. Para hacerse una idea de la magnitud de esa cifra, la capacidad total de almacenamiento de los servidores del Grupo Telefónica era de 66 mil terabytes de datos¹³ (66 petabytes, 1 PB=1.000 TB) en 2018, 37.000 veces menos. En Internet pueden encontrarse datos masivos no personales de acceso público, como por ejemplo el registro –sin datos personales– de todas las carreras hechas por los taxis de Nueva York¹⁴. La información disponible en los ordenadores de todo el mundo se mide en yottabytes (1 YB=1.000 ZB) y crece exponencialmente. El Internet de las Cosas dará lugar a volúmenes masivos de datos no personales, hasta ahora impensables.

Existen conjuntos de datos que incluyen datos de carácter personal y no personal, los llamados «datos mixtos»¹⁵. Tales paquetes

¹⁰ Como menciona el Considerando 9 del Reglamento (UE) 2018/1807, de 14 de noviembre de 2018, relativo a un marco para la libre circulación de datos no personales en la Unión Europea. Este Reglamento incluye entre las fuentes de los datos no personales el Internet de las Cosas, que no obstante, habrá que examinar caso por caso para averiguar si los datos pueden relacionarse con una persona física identificada o identificable.

¹¹ Conferencia pronunciada el 28 de noviembre de 2018.

¹² 20 TB por hora y motor, por 2 motores por avión, por 6 horas de duración de vuelo, por 28.537 vuelos diarios sobre el espacio aéreo de Estados Unidos, por 365 días, da un total de 2.499.841.200 TB, calcula el Profesor Le Blanc.

¹³ Discurso del Presidente de Telefónica en la Junta General celebrada el 8 de junio de 2018.

¹⁴ <https://www1.nyc.gov/site/tlc/about/tlc-trip-record-data.page>

¹⁵ Vid. en Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo de 29 de mayo de 2019, *Orientaciones sobre el Reglamento relativo a un marco para la libre*

de datos, cuando los datos de carácter personal y no personal están «inextricablemente ligados», se registrarán en cuanto a los derechos y deberes relativos a ellos por la regulación más garantista, la correspondiente a los datos de carácter personal¹⁶.

V. NATURALEZA JURÍDICA: COSAS Y BIENES

Se ha dicho muchas veces que los datos son el petróleo de la nueva economía. Las cosas serían más fáciles para el Derecho si los datos fueran petróleo. Por desgracia, no lo son. Su encaje en el ordenamiento jurídico español exige contemplar distintas figuras.

– *Datos y cosas*

Los datos como tales no son cosas, aunque sí lo es su realidad física en dispositivos electrónicos.

No hay una definición legal de «cosas», pues ni el artículo 333 del Código Civil¹⁷ permite extraer muchas conclusiones, ni el codificador tenía pretensiones doctrinales. La doctrina está también dividida. Por un lado, están quienes consideran «cosas» tan solo las realidades con existencia material, sean o no susceptibles de apropiación; por otro, quienes extienden el concepto de «cosa» hasta abarcar cualquier realidad que no sea una persona. Entre los primeros, Díez-Picazo sostiene que «por cosas debe entenderse toda realidad del mundo exterior que posea existencia material»¹⁸, que contrapone a los bienes inmateriales («realidades que, careciendo de existencia corporal y siendo en definitiva, un producto de creación del espíritu humano, el ordenamiento jurídico valora como objeto de derechos subjetivos, porque reciben valores económicos»). El mismo criterio adoptan con algún matiz Lacruz Berdejo y Delgado Echeverría¹⁹, así como Clavería Gonsalbez²⁰. Entre los

circulación de datos no personales en la Unión Europea.

¹⁶ *Ibidem*, p. 10.

¹⁷ «Todas las cosas que son o pueden ser objeto de apropiación se consideran como bienes muebles o inmuebles».

¹⁸ Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial* IV, 2012, p. 37.

¹⁹ LACRUZ BERDEJO, J. L., y otros (rev. Delgado Echeverría, J.), *Elementos de Derecho Civil*, I-3, 2005, pp. 3 a 9.

²⁰ CLAVERÍA GONSALBEZ, L., «Artículo 333», *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, 1993, vol. 1, p. 922: es más que discutible que sean cosas los atributos y las ideas y creaciones, y por tanto «no todos los bienes son cosas, pues éstas solo son los cuerpos individualizados en dos o tres dimensiones (terreno, armario), objetos con existencia corporal comprobable por los sentidos o mediante instrumentos (automóvil, electricidad), respectivamente».

segundos²¹, cabe citar a Marín Castán y a Albaladejo. Marín Castán entiende por «cosa» «cualquier realidad imaginable, distinta de la persona»²², sea o no apropiable, y en cambio Albaladejo considera «cosa» «toda entidad material o no, de naturaleza impersonal, que tenga una propia individualidad y sea susceptible, como un todo, de dominación patrimonial constitutiva de un derecho independiente»²³, incluyendo las creaciones del espíritu humano siempre que sean susceptibles de apropiación.

Como lo importante es utilizar un concepto unívoco que no dé lugar a error, nos quedaremos con la definición del profesor Díez-Picazo.

Desde un punto de vista extrajurídico, los datos son información, y la información es incorpórea, ubicua y cambiante. Como se ha dicho, los datos no ocupan espacio, y aunque están necesariamente alojados en dispositivos electrónicos, pueden estarlo en muchos a la vez: los datos tienen el don de la ubicuidad, que tantos humanos anhelamos en la sociedad de la aceleración en la que vivimos (con palabras de Byung-Chul Han). En realidad, con la computación en la nube (que ofrecen AWS y otras compañías), la ubicación de los datos normalmente es desconocida por su titular, poco relevante jurídicamente (aunque como veremos no del todo) y puede cambiar rápidamente sin previo aviso.

Los datos son además eminentemente temporales: no solo porque están siempre referidos a un momento temporal (el momento en el que los datos se produjeron en un sistema informático), y muchas veces consisten en una variable cuyo valor va cambiando, o en un flujo continuo o discontinuo, sino porque su vigencia es normalmente caduca: el valor comercial y la utilidad de la información estática se deprecia rápidamente si ésta no se actualiza.

Aunque el dato esté alojado en muchos servidores, es la una misma e idéntica realidad en todos ellos, pues consiste en la representación simbólica computable de la información (una combinación de unos y ceros). Es, pues, una «creación del espíritu humano», en sí misma inmaterial. Aunque es susceptible de materializarse en cosas (los dispositivos electrónicos, como por ejemplo servidores, donde se alojan), no debe confundirse con las cosas en las que se aloja. Los datos, como tales, no son cosas, pero se alojan en cosas mediante aplicaciones informáticas.

²¹ Como recuerdan Lacruz y Delgado (cit., p. 2), GAYO en sus *Instituciones* (2.13 y 2.14) distingue entre *res quae tangi possunt* y cosas incorpóreas que consisten en *iura* «como la herencia, el usufructo y las obligaciones». Pero esa afirmación es meramente didáctica y de ella no cabe extraer conclusión alguna.

²² MARÍN CASTÁN, F., *Comentario del Código Civil*, Bosch, 2000, p. 7.

²³ ALBALADEJO, M., *Derecho Civil I*, Ed. Edisofer, 2013, p. 355.

El grado de incorporación de los datos en los dispositivos en los que se alojan es menos intenso que, por ejemplo, el de los derechos de crédito en los títulos valores en los que se incorporan. Como los títulos valores, que permiten a los derechos de crédito incorporarse a cosas muebles y regir su tráfico por las reglas aplicables a las cosas muebles, los datos están por su propia naturaleza alojados en cosas (servidores), a veces en muchas cosas a la vez. Y esas cosas pertenecen –o pueden pertenecer– a distintas personas con arreglo a las reglas tradicionales del Derecho Civil. Pero esta comparación no puede llevarse muy lejos a efectos jurídicos, por cuanto la unión entre dato y servidor es accidental y mutable, a diferencia de la unión entre el derecho de crédito y el título-valor que lo representa.

Más adelante se examinarán las facultades que el propietario del servidor en el que los datos se alojan tiene –o no– sobre esos datos. El servidor, o el dispositivo electrónico en el que el dato se aloja, es una cosa material a todos los efectos (propiedad, posesión, etc.).

– *El contenido de los datos, y los datos mismos, como bienes jurídicos*

Ulpiano decía que bienes son *ea quod beant, id est, beatos faciunt* (Digesto 50.16.49). Entre nosotros, Clavería Gonsalbez resume la cuestión en los siguientes términos: «según la doctrina dominante, todas las cosas son bienes, pero hay bienes que no son cosas (atributos, ideas y creaciones)»²⁴. Lacruz Berdejo y Delgado Echeverría proponen un concepto de «bienes» mucho más amplio que el de las «cosas», que incluye la energía (que solo en parte se rige por las reglas aplicables a las cosas, dada la imposibilidad de usufructo o comodato) pero también las ideas y creaciones²⁵ y los atributos personales²⁶, entre otras realidades²⁷. Díez-

²⁴ CLAVERÍA GONSALBEZ, *ibidem*, p. 922.

²⁵ Descritas como «creación literaria o estética, exteriorizada en la obra escrita o plástica», así como «las bases de datos; la idea inventiva; la idea de forma; el signo distintivo y la ejecución personal de creaciones ajenas o propias». Aclara que «se trata de bienes inmateriales, aun manifestándose prácticamente en cosas materiales (libro, disco, aparato, etc.), pues la idea o arquetipo es independiente de la exteriorización tangible: objeto del derecho en este caso es el arquetipo inmaterial, no perceptible como entidad física por los sentidos, sino aprehensible con el intelecto» (*Elementos de Derecho Civil*, I-3, pp. 6 y 7).

CLAVERÍA GONSALBEZ (*ibidem*, p. 922) considera en cambio «al menos discutible» considerar bienes a las ideas y creaciones, aunque reconoce que la doctrina mayoritaria las considera bienes.

²⁶ LACRUZ BERDEJO, J. L., y otros (rev. Delgado Echeverría, J.), *Elementos de Derecho Civil*, I-3, pp. 5 a 7.

²⁷ LACRUZ BERDEJO, J. L., y otros (rev. Delgado Echeverría, J.), *Elementos de Derecho Civil*, I-3, p. 5. Lacruz y Delgado llegan a identificar «bien» con «objeto de derecho», y por ello incluye entre los bienes las conductas y abstenciones, así como las participaciones en asociaciones o sociedades. Se distancia de ello CLAVERÍA GONSALBEZ, *ibidem*,

Picazo también considera «bienes inmateriales», como diferenciados de las «cosas corporales», los productos de creación del espíritu humano, que tienen un valor económico y comprenden «las obras intelectuales de tipo literario, artístico, científico o industrial», así como los signos distintivos²⁸.

Marín Castán entiende que es bien «todo aquello que sea merecedor de protección jurídica»²⁹, incluyendo bienes jurídicos protegidos como el medio ambiente³⁰. A mi juicio, un buen criterio para distinguir cosa y bien es el siguiente: todo aquello que puede ser objeto de lesión indemnizable por vía de responsabilidad extracontractual es un bien jurídico, sea o no cosa, y sea o no apropiable en sentido técnico-jurídico.

Hay, por supuesto, opiniones discrepantes. Albaladejo define «bienes» como «sinónimo de cosa en sentido jurídico»³¹, y es cierto que —como recuerda Lacruz Berdejo³²— el Código Civil usa muchas veces como sinónimos «bienes» y «cosas» (sobre todo las susceptibles de apropiación), pero nuestro código es reconocidamente impreciso en materia doctrinal.

Hay otros bienes, incluso susceptibles de titularidad y transmisión, que no son cosas: cabe citar a este respecto la empresa como realidad jurídica, o el crédito financiero y la reputación de la misma. Un ejemplo es la empresa, definida por Gondra en términos de actividad imputable a su titular, yendo más allá de la doctrina patrimonialista que la reducía a una *universitas* de cosas³³. La empresa es una realidad dinámica, y es susceptible de tutela aquiliana y de tráfico jurídico, sin necesidad de ser una cosa ni un conjunto de cosas. El ejemplo de la empresa no es casual: datos y empresa son hoy realidades indisociables, pues los datos (cuyo

p. 922, que dice que las conductas y abstenciones son objeto de derechos, pero no son bienes. Pero esta discusión nos apartaría del objeto de estas líneas.

²⁸ Díez-PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, IV, Civitas, Cizur Menor, 2012, p. 37.

²⁹ *Ibidem*, p. 7. En realidad Marín Castán pone como ejemplo de protección jurídica la condición de «objeto de un derecho individual o colectivo». Pero en esta expresión tan genérica queremos pensar que cabría incluso el derecho a ser indemnizado a título de responsabilidad extracontractual por lesión del bien en cuestión.

³⁰ Pone el ejemplo de la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 9 de diciembre de 1994 (asunto López Ostra contra España), que condenó al Estado español por violar el derecho a la salud colectiva de quienes habitaban en el entorno de una depuradora.

Marín Castán incluye entre los bienes jurídicos los objetivos de política legislativa como la transparencia en las condiciones generales de la contratación (*ibidem*), lo que quizás lleva a un uso equívoco de las palabras («bien» en el sentido del Derecho civil y «bien» en el sentido de objeto de una política legislativa) que no reporta utilidad.

³¹ ALBALADEJO, *ibidem*, p. 357.

³² *Ibidem*, vol. I, p. 2.

³³ *Vid.* GONDRA, J. M., «La estructura jurídica de la empresa (el fenómeno de la empresa desde la perspectiva de la teoría general del Derecho)», en *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 228, 1998, pp. 493 ss.

flujo es la mejor descripción de la actividad empresarial) son elementos esenciales de la empresa, como lo son sus recursos humanos o su crédito. Tampoco es una cosa, pero sí un bien, el crédito financiero o la reputación empresarial: si éstos se lesionan de forma contraria a Derecho serían en principio susceptibles de tutela aquiliana, pero no de acciones reales; el crédito y el buen nombre son bienes jurídicos merecedores de tutela, pero no son cosas ni pueden reivindicarse.

En cuanto a los datos, hay que distinguir su contenido de los datos mismos (la información representada, de su representación). Ambos constituyen bienes jurídicos.

Que los datos no sean cosas no significa que con carácter general su contenido, la información que representan simbólicamente (por ejemplo, una fotografía digital, o un escrito), no sea un bien jurídico, con un titular, susceptible de tutela por diversas vías, y objeto de posible tráfico.

En supuestos limitados con el carácter de *numerus clausus* (como veremos más abajo) su contenido puede ser además objeto de un derecho fundamental (a la protección de datos de carácter personal) o formar parte del objeto de un verdadero derecho de propiedad: es el caso de los secretos empresariales o la propiedad intelectual, por ejemplo. Pero, especialmente en este último caso, el objeto de ese derecho de propiedad no es el dato sino su contenido, como se expondrá más adelante. En estos casos, el derecho fundamental o de propiedad del que el contenido es objeto eclipsará la condición de bien jurídico que de suyo también tendrá este contenido.

En los casos restantes, en los que el contenido no está protegido, dicho contenido sigue siendo sin embargo un bien jurídico: cuando el contenido del dato se pierde porque éste se corrompe, por ejemplo en un incidente de ciberseguridad que afecte a la integridad de la información, cabe reclamar una indemnización por los daños y perjuicios causados a este bien jurídico (el contenido del dato), con independencia de que dicho contenido tenga o no la consideración de propiedad intelectual o *know-how* o esté protegido de cualquier otro modo o no. Este bien jurídico (el contenido del dato no protegido) tendrá también, en calidad de tal, un titular (salvo que esté en lo que en sede de propiedad intelectual se denomina dominio público, art. 41 del texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual³⁴, en lo sucesivo «TRLPI»), y —cuando no

³⁴ «Las obras de dominio público podrán ser utilizadas por cualquiera, siempre que se respete la autoría y la integridad de la obra», aunque la divulgación de una obra inédita que esté en el dominio público produce los efectos contemplados en el artículo 129 TRLPI.

se trate de datos de carácter personal— podrá transmitirse esta titularidad.

En consecuencia, el contenido del dato, tanto si éste es de carácter personal como si no, y tanto si está protegido por algún derecho de propiedad intelectual, secreto empresarial u otros como en caso contrario, constituirá un bien jurídico. Esta conclusión es especialmente útil tratándose de datos mixtos, conjuntos de datos que incluyen datos de distinta naturaleza.

El dato como tal es normalmente un bien jurídico accesorio o derivado del principal, que es como se ha dicho el contenido, la información representada. Normalmente el dato no tiene existencia autónoma como bien jurídico separado de su contenido: el titular del contenido (secreto empresarial, información de carácter personal, creación original, etc.) es a la vez titular del dato en el que este contenido se representa (archivos informáticos en los que se contiene el secreto empresarial, los datos de carácter personal o la creación original u otro derecho protegible —recuérdese que el art. 10 del TRLPI se refiere a las creaciones originales «expresadas en cualquier medio o soporte»).

Solo excepcionalmente la expresión digital de la información tendrá un valor propio e independiente del valor del contenido que en dicha expresión digital se representa. El dato como bien jurídico diferenciado y autónomo se presenta al menos en dos tipos de casos: (i) cuando se pierde o resulta inaccesible o dañada la única versión digital disponible de un contenido que se conserva en formato analógico (por ejemplo, en papel), ambos del mismo titular: por ejemplo, la única versión digital de la información que constituye el secreto empresarial de una empresa, conservándose la información —y por tanto el contenido— en papel, o (ii) cuando el contenido pertenece a lo que el TRLPI denomina el «dominio público», y sin embargo lo valioso es el esfuerzo realizado en su digitalización (por ejemplo, la de una biblioteca antigua, o el proyecto de escaneo de obras de la Antigüedad lanzado por la fundación Factum³⁵)³⁶. En definitiva, en estos casos excepcionales el dato puede también ser un bien jurídico diferenciado, y no accesorio o derivado del principal como lo es normalmente cuando el contenido está protegido. En estos casos excepcionales, lo valioso es la representación simbólica de la información, más que la información misma; y su lesión será

³⁵ Vid. en <https://elfuturoesapasionante.elpais.com/factum-foundation-escaner-salvar-obras-arte-milenarias/>

³⁶ Adviértase que el artículo 128 del TRLPI reconoce un derecho de propiedad intelectual con una duración de 25 años a quien «realice una fotografía u otra reproducción obtenida por procedimiento análogo a aquella».

indemnizable aunque dicha lesión no suponga la pérdida del contenido del dato.

También esta conclusión se extiende a todo tipo de datos: todos ellos constituirán un bien jurídico, con independencia de que además estén protegidos por un derecho fundamental, un derecho de propiedad intelectual u otros derechos.

En el lenguaje normal, las referencias al dato como bien jurídico estarán hechas en realidad al contenido del dato y no al dato mismo.

VI. ¿SON LOS DATOS –O SU CONTENIDO– SUSCEPTIBLES DE APROPIACIÓN? PROPIEDAD Y TITULARIDAD

Vamos a tratar en primer lugar la cuestión de cuándo el contenido de los datos es susceptible de apropiación, y solo en un segundo momento trataremos de la posibilidad de apropiación de los datos mismos (de la representación simbólica de la información como tal).

– *El debate en Estados Unidos sobre la propiedad sobre el contenido de los datos: un excursus*

Hay a este respecto en la doctrina extranjera, especialmente estadounidense, dos tesis contrapuestas: las que propugnan con carácter general un derecho de propiedad sobre los datos (incluso los de carácter personal) o sobre su contenido, que se basan en la existencia de un interés susceptible de tráfico, tutelado por el Derecho *erga omnes* sobre un objeto (así por ejemplo Schwartz³⁷)³⁸, y aquellos otros que distinguen entre el derecho de propiedad, cuando

³⁷ SCHWARTZ, P. M., «Property, Privacy, and Personal Data», en 117 *Harvard Law Review*, 2055 (2004). El autor se refiere a los datos de carácter personal, y defiende su carácter de propiedad privada y su posibilidad de tráfico, si bien limitada en algunos casos en los que se detectan fallos de mercado.

Véanse otros autores en el mismo sentido en DETERMANN, LOTHAR, «No one owns data» (February 14, 2018). *UC Hastings Research Paper* No. 265, nota a pie 15.

³⁸ La cuestión es por supuesto directamente dependiente del concepto que se tenga de propiedad, que es en el common Law más amplio que en el Derecho continental. Por ejemplo, SCHWARTZ (cit., p. 2058) la define como *any interest in an object, whether tangible or intangible, that is enforceable against the world*. Calabresi y Melamed definieron la protección otorgada por la propiedad como aquella que puede/debe ser adquirida en una transacción voluntaria en la que el valor de lo transmitido se acuerda entre el comprador y el vendedor (vid. CALABRESI, G., y MELAMED, A. D., «Property Rules, Liability Rules and Inalienability: One View of the Cathedral», *Harvard Law Review*, vol. 85, p. 1089, abril 1972), concepto mucho más amplio que el continental europeo.

lo haya, sobre el contenido de los datos, que se proyecta sobre ellos, y los casos restantes, en los que ni los datos ni su contenido son objeto de propiedad ni de protección exclusiva, como tampoco lo es la información a la que se refieren, sin perjuicio de su tutela indirecta cuando concorra competencia desleal u otros ilícitos (por ejemplo, Determann³⁹). A favor de esta última tesis milita el principio de acceso libre a la información disponible al público en Internet.

Este debate en rigor es diferente del que existe sobre la posibilidad o no de utilizar libremente la información que se publica en Internet para conocimiento y uso general. Es posible que la información que se publica para conocimiento y uso general (una fotografía, una página de Wikipedia⁴⁰) esté sin embargo amparada –y siga estándolo tras su publicación– por derechos de autor (que, por ejemplo, impidan el plagio y obliguen a hacer la cita correspondiente o pongan ciertas condiciones al uso de la información). El *software* libre es otro ejemplo: que sea libre significa que tiene una licencia de uso público muy amplia, pero no significa que no pueda haber sido la creación original de alguien, cuyo derecho moral de autor es inalienable.

También es posible que información que en principio y por su propia naturaleza podría usarse libremente sin protección alguna por terceros (por no estar protegida por un derecho de propiedad o de protección de datos), sin embargo no se haga pública y se conserve confidencial, o se condicione el acceso a la misma a la celebración de un contrato (de licencia o de cualquier otra naturaleza, por ejemplo exigiendo identificación del usuario y previa aceptación de condiciones contractuales).

No obstante, el debate sobre la propiedad de los datos tiene su consecuencia obviamente sobre la facultad de excluir a terceros (posibilidad o no de utilizar libremente la información que se publica en Internet para conocimiento o uso general). Si el titular del contenido de los datos mantiene tras su publicación derechos de propiedad sobre dicho contenido, como sucede con la propiedad intelectual (y en especial con el derecho moral de autor), podría en principio dirigirse con reipersecutoriedad contra cualquier tercero

³⁹ DETERMANN, L., «No one owns data» (February 14, 2018). *UC Hastings Research Paper* No. 265.

⁴⁰ Aunque la información publicada en Wikipedia es accesible al público en general, ello no comporta que parte de ella no esté protegida por derechos de autor. El titular de Wikipedia es la Fundación Wikimedia, una entidad sin ánimo de lucro con domicilio en San Francisco (California). Dicha fundación exige en la página web de Wikipedia que quienes aporten contenidos acepten ciertas condiciones de uso público, pero no pretende que renuncien a su derecho moral de autor (irrenunciable) ni a la autoría de los contenidos, que serán objeto de propiedad intelectual cuando sean creaciones originales o fotografías protegidas. No siempre concurrirá este requisito. Pero el hecho de que esta información sea de público acceso no significa que no se mantenga la propiedad intelectual sobre la misma.

que haya encontrado dicha información libre en Internet y pretenda usarla para sus propios fines en violación de aquellos derechos. Si no posee tales derechos de propiedad dotados de reipersecutoriedad, una vez hecha pública la información se pierde cualquier facultad de excluir a terceros que no hayan aceptado límites contractuales a su uso ulterior.

La controversia relativa a si el contenido de los datos es propiedad de quien dispone de ellos como titular de los mismos se manifiesta, por ejemplo, en litigios relativos a empresas que ponen información a disposición del público en general (sin necesidad de apertura de una cuenta), o que explotan redes sociales en las que personas físicas publican sin restricciones datos de carácter personal para público conocimiento, y luego pretenden negar el acceso o el uso de esos contenidos a otras empresas que (directamente o mediante aplicaciones informáticas automáticas, *bots*), extraen sin contrato esos datos públicos –*data scraping*– y los almacenan o utilizan para sus propios fines.

Un ejemplo sería HiQ versus LinkedIn. HiQ es una compañía que mediante los llamados «bots» (de «robots», aplicaciones automáticas) extrae datos públicos de usuarios de LinkedIn, que sus titulares han querido hacer públicos y que pueden ser consultados sin tener una cuenta de LinkedIn para ofrecer servicios de análisis a otros empresarios, incluidos aquellos interesados en contratar a dichos usuarios de LinkedIn.

LinkedIn envió a HiQ una carta intimándole para que cesara en esta actividad (*cease and desist letter*) e intentó bloquear su acceso a la página web. El Juez Federal Edward M. Chen, titular del 9.º Distrito de California, dictó el 14 de agosto de 2017 un auto de medidas cautelares⁴¹, en el que se consideró cautelarmente lícita esta actuación, comparándola con la de quien lee un letrero que alguien ha colocado en una fachada a la vista de todo el mundo. En esta resolución late la idea de que el contenido de esos datos, si se hace público por el interesado, no es propiedad de LinkedIn ni por tanto tiene ésta la facultad de excluir a terceros. El carácter personal de los datos de los interesados no se consideró decisivo, porque el Juez entendió que, si habían prestado su consentimiento para hacer pública la información, su interés en evitar su difusión era incierto (*at best uncertain*), pues debían ser conscientes de que su información sería objeto de búsquedas, «minería de datos», agregación y análisis. Por el contrario, consideró más merecedor de tutela el principio de libre flujo de información en Internet, y negó

⁴¹ El auto puede consultarse aquí: <https://assets.documentcloud.org/documents/3932131/2017-0814-Hiq-Order.pdf>.

que LinkedIn, tras haber hecho pública la información, tuviera un derecho a excluir a terceros (mediante soluciones tecnológicas) en el uso ulterior de la misma. Si el Juez hubiera considerado que LinkedIn tenía un derecho de propiedad sobre los datos que previamente había hecho públicos, habría fallado sin duda en sentido contrario.

Un caso muy similar se ha desarrollado en Rusia entre VKontakte LLC y la *start-up* tecnológica LLC Double. LLC Double se dedica a elaborar perfiles financieros de solicitantes de crédito a partir de los datos de carácter personal publicados por VKontakte, el equivalente ruso a Facebook, que está aún pendiente de resolución (se falló inicialmente con el resultado contrario, pero esta primera sentencia fue anulada en apelación, volviendo los autos al Tribunal de instancia, que deberá dictar nueva resolución).

– *El problema en Europa: introducción*

En Europa, un problema similar al planteado por HiQ vs. LinkedIn sería imposible, porque se trata de datos de carácter personal, sujetos a la mayor protección que otorga el Reglamento UE 216/679, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de abril de 2016 («RGPD»). El hecho de que los titulares de los datos de carácter personal consintieran en publicar sus datos en LinkedIn no significa que consintieran también su ulterior tratamiento por parte de HiQ. Tal tratamiento de datos por terceros sin una base legitimadora conforme al artículo 6 RGPD sería contrario a dicho RGPD⁴² por mucho que los interesados –*data subjects*– hubieran hecho pública la información –y exigiría una posterior notificación al interesado conforme al artículo 14.2.f) RGPD.

En casos comparables al anterior, aunque no idénticos, tratándose de datos de carácter no personal, tanto el Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea como el Tribunal Supremo español han considerado en sendos asuntos que el titular de la página web no ostenta el derecho de propiedad intelectual *sui generis* propio de las bases de datos, y han permitido el *data scraping* siempre que no hubiera una relación contractual entre las partes que lo impidiera (relación que no existe por el mero hecho de visitar la página web sin aceptar expresamente sus condiciones generales): así, a *sensu*

⁴² Sin que este resultado se vea desvirtuado por el artículo 9.2.e) RGPD, que solo hace innecesario el consentimiento específico ligado al carácter especialmente protegido del dato relativo a la salud, etc., pero no la base legitimadora general: en este sentido, *Vid. MARTÍN, B.* «La publicidad del dato personal no otorga per se legitimidad para su tratamiento», en <https://cms.law/es/ESP/Publication/La-publicidad-del-dato-personal-no-otorga-per-se-legitimacion-para-su-tratamiento>.

contrario, la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 15 de enero de 2015 (asunto Ryanair contra PR Aviation)⁴³, y directamente la Sentencia del Tribunal Supremo español de la Sala de lo Civil de 9 de octubre de 2012, 572/2012 (asunto Ryanair contra Atrápalo). El Tribunal Supremo español entendió que la existencia de un contrato no podía inferirse del mero hecho de utilizar la información de la página web de Ryanair, y además hacerlo en contra de los términos y condiciones de la propia página. No habiendo contrato que lo impidiera, y no vulnerándose otras normas (como la competencia desleal), la conducta de Atrápalo era lícita. Obviamente, la conclusión habría sido diferente si hubiera habido un contrato, pero no en virtud de un inexistente derecho real de Ryanair (que es lo que ahora importa) sino en virtud del contrato mismo.

– *El principio general: carácter excepcional y numerus clausus del derecho a apropiarse de información*

Siendo los datos una realidad ubicua en la sociedad de la información, no es de extrañar que no quepa una respuesta única a la pregunta de si el contenido de los datos es o no susceptible de apropiación.

A mi juicio, la información (el contenido de los datos), que no es una cosa, no es objeto de propiedad salvo en aquellos casos en los que excepcionalmente el ordenamiento mediante Ley así lo establezca: fundamentalmente, por constituir propiedad intelectual o industrial o secreto empresarial, supuestos *numerus clausus* en los que existe reserva de Ley. Tratándose de datos de carácter personal, la relación de tales datos con su titular no es de propiedad, y tampoco lo es la de quienes ostentan distintos derechos contractuales al uso de los mismos (responsables de los ficheros y encargados del tratamiento). En el resto de los casos, no hay propiedad sobre la información ni por tanto un derecho de exclusión de terceros basado en una relación jurídico-real, aunque: (i) puede haber (si se per-

⁴³ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 15 de enero de 2015, en el asunto C-30/14, Ryanair Ltd. contra PR Aviation BV. Ésta última «explota un sitio Internet en el que los consumidores pueden hacer búsquedas en los datos de vuelo de compañías aéreas de bajo coste, comparar los precios y reservar un vuelo a cambio del pago de una comisión. Obtiene los datos necesarios para responder a una búsqueda individual por vía automatizada, en particular, a partir de una recopilación de datos vinculada al sitio Internet de Ryanair, accesible también para los consumidores. El acceso al citado sitio Internet presupone que el visitante de ese sitio acepta la aplicación de las condiciones generales de Ryanair marcando una casilla a tal efecto», que excluía la posibilidad de que los billetes de Ryanair fueran vendidos por terceros o que los datos fueran extraídos con fines comerciales. El Tribunal entendió que el visitante del sitio asumía una obligación contractual de no utilizar estos datos con tales fines, lo que resultaba lícito.

fecciona debidamente) un pacto contractual con eficacia entre las partes cuyo cumplimiento limite el acceso a la información o su uso; y (ii) también puede existir una obligación *ex lege* de abstenerse de utilizar la información para realizar prácticas de competencia desleal, u otras prohibidas por la Ley, que sería un título jurídico diferente (no el de la propiedad) y se refiere al uso del dato y no al dato mismo.

Desde un punto de vista de política legislativa, la sociedad de la información necesita de cierta libertad en la circulación del contenido de los datos no protegidos (aquellos que no son de carácter personal y sobre los que no hay un derecho de propiedad especial, como los secretos empresariales o la propiedad intelectual). Un sistema basado en el principio general de la apropiación de la información convertiría el espacio de Internet en un laberinto de minifundios intransitable. Sin duda deben existir parcelas valladas, derechos de propiedad intelectual que premien la labor de creación original, así como secretos empresariales protegidos, pero fuera de estos casos debe primar el principio de libertad en la red⁴⁴.

Desde otro punto de vista, también de política legislativa, la competencia solo se excluye mediante derechos exclusivos reconocidos por el Estado cuando existen importantes razones de interés público para ello que justifican la atribución de facultades monopolísticas (es el caso de la propiedad intelectual e industrial, o los secretos empresariales, que remuneran el esfuerzo creativo o empresarial). Solo excepcionalmente debería atribuirse un derecho a excluir a otros de la legítima obtención y uso de datos necesarios para una actividad empresarial. Por seguir con la misma alegoría, la actividad económica debe operar en campo abierto; aunque puede haber alguna parcela cercada, el exceso de minifundios y vallados sería indeseable: la falta de un espacio de uso común imposibilitaría la competencia. Ningún obstáculo sería más formidable para la libre competencia que la propiedad generalizada sobre cualquier tipo de datos manejados por una empresa, incluso aquellos de público acceso y conocimiento.

Dicho con otras palabras: cuando el ordenamiento no reconoce un derecho de propiedad sobre el contenido del dato (la información representada en él), su digitalización no cambia las cosas: lo que no es información propietaria en el mundo real tampoco lo es en el mundo digital. Ello sucede cuando se trata de contenidos que

⁴⁴ Como dice DETERMANN (cit., p. 43), *new property rights in data are not suited to promote better privacy or more innovation or technological advances, but would more likely suffocate free speech, information freedom, science, and technological progress. The rationales for proprietizing data are not compelling and are outweighed by rationales for keeping the data «open». No new property rights need to be created for data.*

no reúnen los requisitos para constituir una creación original, ni otro objeto de propiedad intelectual (derecho *sui generis* a las bases de datos, fotografías), ni un secreto empresarial, ni ninguna otra forma de información protegida.

Uno de los rasgos definitorios de la propiedad es la facultad de exclusión de terceros, no en virtud de la aceptación de un contrato (términos y condiciones de una página web), sino como mera consecuencia de la relación jurídico-real. Díez-Picazo y Gullón⁴⁵ la desdoblán en dos: en su aspecto preventivo, la facultad de evitar la intromisión o perturbación de terceros; y en su aspecto represivo, la de tener acción contra terceros para poner fin a una perturbación o lesión consumada. Estas facultades se combinarían con la reipersecutoriedad, o facultad «legalmente protegida de perseguir o ir a buscar la cosa donde quiera que esté y quienquiera que sea la persona que la detente»⁴⁶.

La información no de carácter personal, fuera de los casos en los que existe un derecho de propiedad especial sobre ella (como el de propiedad intelectual o el del secreto empresarial), puede estar legítimamente en manos de muchas personas a la vez, todas las cuales podrían en principio alegar un título para su adquisición y ninguna de ellas un derecho de exclusión de los restantes.

No existe a mi juicio propiedad sobre la información no protegida que se conserve confidencial solo de hecho (mediante su no difusión a terceros) o mediante contrato (por la vía de obligaciones de confidencialidad o mediante los términos y condiciones de una página web). En el caso de información no protegida cuya confidencialidad se preserve solo por contrato, cuando alguien vulnera una obligación al acceder a determinada información, pueden activarse los medios de tutela del crédito, pero ello no comportará que la información pueda reivindicarse por su supuesto propietario. Lo que resulta decisivo, si quien accede a información de una página web dispone de ella en contra de lo acordado en los términos y condiciones de la página, la publica o la transmite a un tercero, con quien el titular de la mencionada página web no tiene contrato alguno, el titular de la página web originaria no tiene acción contra el tercero por el mero hecho de que tenga en su poder la informa-

⁴⁵ Díez-PICAZO, L., y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil*, vol. III, 9.ª Ed., Madrid 2016, pp. 44 y 45. En el mismo sentido, MONTES PENADES, V., Artículo 348, *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, 1993, vol. 1, p. 952, que pone de manifiesto que esta facultad también existe en otros derechos. Lacruz Berdejo y Delgado Echeverría precisan más al hablar de la «exclusividad o absolutividad», en virtud de las cuales «el titular del derecho real puede impedir a los demás cualquier influencia sobre la cosa en perjuicio de su derecho», facultad que «sigue a la cosa dondequiera que se halle y quienquiera que sea su poseedor».

⁴⁶ Díez-PICAZO, L., y GULLÓN, A., *ibidem*, 2016, p. 45.

ción⁴⁷. No hay ni reipersecutoriedad ni un derecho oponible a dicho tercero. Por tanto, tal información (contenido de los datos) de datos de carácter no personal y no amparados en una propiedad especial no es a mi entender susceptible de apropiación⁴⁸.

Lo cual no significa que los datos de contenido no protegido (no de carácter personal y tampoco objeto de propiedad), que como hemos visto constituyen bienes jurídicos, no puedan mantenerse confidenciales, ni que su titular no pueda exigir la celebración de un contrato para consentir el acceso a los mismos. El hecho de que no reúnan los requisitos para que una obra del ingenio humano sea considerada una creación original o un secreto empresarial no significa que cualquier otra persona tenga derecho a acceder a ella o a usarla, si no se ha publicado por su titular.

Quien como fruto de su esfuerzo ha creado o sistematizado una información, sin lograr una creación original o un secreto empresarial, no está obligado a compartirlo con todos. Como manifestación de su libertad personal, puede decidir mantener esa información para sí, o solo entregarla a quienes firmen un contrato con él (que contemple una facultad de exclusión o limitación de uso). Lo que no podrá hacer es considerarse propietario de dicha información, y si la hace pública no podrá perseguir a quienes la usen sin tener un contrato con él.

⁴⁷ No es contrario a lo que se afirma en el texto la nueva Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos digitales. En ella se permite que el consumidor designe para recibir los contenidos a un tercero con el que tiene una relación contractual y que va a permitir el acceso del consumidor a dichos contenidos a través de una instalación física o virtual, lo que no supone una excepción a lo anterior (el tercero aquí opera en interés del consumidor). Tampoco lo son las otras referencias a los terceros: en el artículo 8 se exige que los contenidos estén libres de derechos de propiedad intelectual, y en el Considerando 37 in fine se salva la situación en la que, resuelto el contrato, previamente el consumidor ha facilitado legalmente y conforme al contrato el contenido a un tercero.

⁴⁸ Contra, OSBORNE CLARKE LLP, *Legal study on Ownership and Access to Data, report for the European Commission*, 2016, informe que sostiene que con arreglo a *the language used in both the EU Data Protection Directive and in the glossary of terms of the Spanish Data Protection Act, the data subject is defined as «the natural person to whom the data undergoing processing pertain»*. *It is our understanding that this definition would be also translatable to those scenarios in which the data does not pertain to a natural person or which does not qualify as personal data. In such case, the data would be the property of the entity or individual that directly or indirectly generates/produces such data* (p. 75). *In the absence of specific provisions, I consider that Article 348 of the Civil Code protects each company to «enjoy and dispose of the data collected, provided you do so in a way that does not violate the Law (ibidem, p. 76).*

En cambio, coincidiendo con el criterio del texto, aunque sin referirse específicamente al Derecho español (sino a los distintos ordenamientos europeos en general), VAN ASBROECK, B., DEBUSSCHE, J. y CÉSAR, J. (Bird Bird), *Building the European Data Economy – Data Ownership White Paper*, 1 January 2017, p. 120: «the current legal framework relating to data ownership is not satisfactory. No specific ownership right subsists in data and the existing data-related rights do not respond sufficiently or adequately to the needs of the actors in the data value cycle. Up until today, the only imaginable solution is capturing the possible relationships between the various actors in contractual arrangements».

La facultad de exclusión a terceros que nace del contrato (entre la empresa de *hosting* y el titular de los datos como bien jurídico, entre éste y su cliente), que es la que normalmente se aplica en la red respecto de contenidos no protegidos legalmente, no es oponible a terceros, sino que nace y muere en el ámbito de la relatividad del contrato (art. 1257 C.c.). En esto se diferencia, por ejemplo, de los datos de carácter personal protegidos o de la propiedad intelectual, que pueden hacerse valer frente a cualquier persona que detente el contenido protegido, incluso —especialmente— si no hay relación contractual alguna con su verdadero titular.

Tampoco hay propiedad sobre otros bienes jurídicos, como las informaciones periodísticas o financieras, el crédito financiero de una empresa, las oportunidades de negocio o el buen nombre empresarial: son indemnizables si son lesionados de forma contraria a Derecho, y como bienes jurídicos tienen un titular, pero no son reivindicables si se pierden ni constituyen objeto de relaciones jurídico-reales.

– *En particular, el derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal no es propiedad*

A mi juicio, es claro que el derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal ni es un derecho de propiedad, ni puede serlo, ni necesita del instituto civil de la propiedad para justificar su tutela y las acciones que confiere a su titular y a otros interesados en el mismo.

Un derecho fundamental es una institución con rasgos propios, que no necesita apoyarse en otras como el dominio para explicar su contenido. No es procedente ni necesario aplicar la institución civil de la propiedad para explicar las facultades derivadas de un derecho fundamental como el de la protección de los datos de carácter personal. Y nadie es propietario de sí mismo, ni de sus atributos personales, y lo contrario supone una patrimonialización indebida de bienes no patrimoniales (los que De Castro llamaba «bienes de la personalidad»⁴⁹).

Este derecho fundamental es ejercitable *erga omnes*: genera un deber de actuación positiva de protección, que se impone a otros particulares y va mucho más allá del deber general de *neminem laedere*.

⁴⁹ Vid. en DE CASTRO, F., *Estudios jurídicos del Profesor Federico de Castro*, tomo II, 1997, pp. 873 ss. Véase una versión diferente en DE CASTRO, F., *Temas de Derecho Civil*, Madrid, 1976, pp. 7 ss.

Tampoco es un derecho de propiedad el derecho del responsable del tratamiento (*data controller*), que es «la persona física o jurídica, autoridad pública, servicio u otro organismo que, solo o junto con otros, determine los fines y medios del tratamiento» (art. 4.7 RGPD). Como su propio nombre indica, la posición del responsable es la de un titular de un haz de obligaciones, además de derechos. Sus obligaciones se ejercen en interés de un tercero, el interesado titular del derecho fundamental (*data subject*), o bien para la tutela de un interés público protegido por la Ley indisponible para el responsable o *data controller*. Con esta última excepción, el interesado o *data subject* tiene la facultad de exigir la supresión de los datos («derecho al olvido»), la limitación en el tratamiento de los datos (art. 18 RGPD), la portabilidad de los mismos (art. 20 RGPD), facultades todas ellas irrenunciables y *extra commercium*, sin que a mi juicio quepa aceptar la imposición de penalidad económica o carga alguna al ejercicio de estos derechos (a diferencia de lo que sucede con el derecho de imagen, en el que el art. 2.3 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo). El responsable o *data controller* actúa en el ámbito de un derecho fundamental ajeno indisponible e irrenunciable, del que nunca será titular, y su derecho, por lo demás claudicante en caso de supresión de datos por el interesado, no es ni puede ser de naturaleza real.

Cuestión distinta es la de los algoritmos y datos nuevos elaborados a partir de datos de carácter personal. A partir de datos de carácter personal, los responsables o *data controllers* pueden elaborar o perfeccionar algoritmos, e incluso alimentar programas de inteligencia artificial. Cuando dichos algoritmos o nuevos datos se refieran a un individuo identificado o identificable, entrarán dentro del derecho fundamental a la protección de los datos de carácter personal, y por tanto deberán ser suprimidos si el titular de los datos ejercita válidamente su derecho al olvido. En cambio, cuando los algoritmos o los nuevos datos se refieran al público en general (aunque hayan sido elaborados y enriquecidos con la experiencia de personas individuales) o a personas genéricamente identificadas que cumplan determinado perfil no asociado a personas individuales, no tendrán la condición de datos de carácter personal y no tendrán que ser cancelados. Cuando un programa de inteligencia artificial ha aprendido sobre el comportamiento de los usuarios de una plataforma por su interacción con los mismos, aunque dichos usuarios se den de baja de la plataforma y ejerciten su derecho al olvido, no resultará en principio obligado que el programa de inteligencia artificial «desaprenda» lo que ha aprendido en relación con la naturaleza humana o con el comportamiento de los usuarios de

una plataforma, genéricamente considerados y no identificables. Se tratará de datos de carácter no personal, normalmente no protegidos (véase *infra*).

Porque los deberes del responsable o *data controller* se ejercen en interés de un tercero (el interesado titular de un derecho fundamental), las facultades de aquél tienen límites asociados a la dignidad de la persona. La prestación del consentimiento por el interesado o *data subject* ha de tener lugar dentro de dichos límites. El interesado o *data subject* no puede válidamente consentir un uso abusivo de los mismos de forma tal que se atente contra su propia dignidad⁵⁰.

– *En particular, el derecho de propiedad intelectual*

Los datos pueden contener creaciones originales literarias, artísticas o científicas⁵¹, y también fotografías protegidas por propiedad intelectual⁵², o bases de datos que, sin ser creaciones originales, sean merecedoras de una protección *sui generis* por ser el resultado de una «inversión sustancial» realizada por su propietario «para la obtención, verificación o presentación de su contenido»⁵³.

Al ser un verdadero derecho de propiedad, goza de reipersecutoriedad y es oponible a terceros: no es preciso que exista una relación contractual entre quien realiza actos de explotación sin licencia de una obra de protección intelectual y su propietario, para que éste pueda obtener la protección de los Tribunales.

El hecho de que el contenido de los datos (por ejemplo, una creación original) se publique en una página web de acceso público no significa que su eventual protección asociada a la protección intelectual se pierda: sigue siendo posible perseguir a quien sin autorización descargue dicho artículo y lo publique en papel, o en su propia página web (serían actos de explotación contrarios al art. 17 TRLPI). Como se ha dicho anteriormente, incluso respecto del software libre o de los contenidos disponibles en Creative Commons o Wikipedia Commons, publicados en Internet y accesibles para cualquiera, puede existir un derecho moral de autor y límites a su libre uso. Lo mismo sucede con una fotografía, que tiene un

⁵⁰ Como dice SANDEL, *some of the good things of life are corrupted or degraded if turned into commodities* (SANDEL, M., *What money can't buy*, Penguin, 2012, p. 10). El límite del orden público en relación con el principio constitucional de dignidad de la persona existirá siempre en los negocios jurídicos sobre los datos de carácter personal.

Apunta a esta misma dirección, en términos más genéricos, RADIN, M. J. «Proprietà e cibernazio», *Rivista critica del diritto privato* XV-1 (1997), p. 90, al criticar la *mercificazione* en Internet.

⁵¹ Artículo 10 del texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril.

⁵² Artículo 129 TRLPI.

⁵³ Artículos 133 ss. en relación con el 34 TRLPI.

derecho reconocido en el artículo 129 TRLPI, o con las bases de datos, que pueden tener un derecho *sui generis* contemplado en el artículo 133 ss. (en relación con el 34) del mismo TRLPI⁵⁴.

Se ha discutido mucho sobre si los contenidos (representados mediante datos) producidos por dispositivos de inteligencia artificial pueden o no ser propiedad intelectual de quien ha predisposto y explota dichos dispositivos. Bercovitz⁵⁵ muestra sus dudas de que puedan considerarse «creaciones originales», pero parece acertado no descartar esta posibilidad. Cada vez resulta más difícil distinguir las creaciones originales fruto directo de la inteligencia humana de las creaciones originales hechas por la inteligencia humana con la ayuda de instrumentos de inteligencia artificial.

A partir de una propiedad intelectual preexistente, cabe crear datos derivados⁵⁶, a cuyo efecto habrá que distinguir entre mera reproducción, transformación (creación derivada) y obra independiente (que no precisa de consentimiento del titular de la obra originaria).

– *En particular, la propiedad industrial (marcas)*

Las marcas, como posible contenido protegido de determinados datos, son igualmente objeto de propiedad, en este caso industrial.

⁵⁴ Véase al respecto la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) de 5 de marzo de 2009 (petición de decisión prejudicial planteada por el Sofiyski Gradski sad –Bulgaria–) Apis-Hristovich EOOD/Lakorda AD (Asunto C-545/07), que declaró que «el carácter oficial y accesible al público de una parte de los elementos contenidos en una base de datos no exime al órgano jurisdiccional nacional de verificar, para determinar la existencia de una extracción y/o de una reutilización de una parte sustancial del contenido de la mencionada base de datos, si los datos supuestamente extraídos y/o reutilizados de dicha base constituyen, desde un punto de vista cuantitativo, una parte sustancial del contenido total de ésta o, en su caso, si constituyen, desde el punto de vista cualitativo, una parte sustancial en la medida en que, en términos de obtención, de verificación o de presentación, representan una importante inversión en medios humanos, técnicos o financieros».

⁵⁵ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 4.ª Ed., Madrid, 2017, p. 111: «sería absurdo tan siquiera especular con la posibilidad de una obra de ingenio cuya autoría no correspondiera a un ser humano»; «negamos pues que el titular de derechos de autor sobre el programa pueda reivindicar la condición de autor sobre el opus resultante de la aplicación».

Por otro lado, niega BERCOVITZ que exista, con carácter general, originalidad (cuestión que debe analizarse desde la óptica del art. 10 de la Ley de Propiedad Intelectual).

⁵⁶ Véase la Sentencia de la Audiencia Provincial de Tenerife de 15 de junio de 2001: «La parte apelada alude a los criterios de determinados tribunales (...) señalando (i) que la mera existencia de elementos de una obra en otro no supone *per se* la existencia de plagio o transformación; (ii) que deben valorarse tanto los elementos idénticos como los diferenciales, catalogando unos y otros como esenciales o accesorios; (iii) que en función de este carácter hay que establecer (i') si las adiciones o aportaciones son anodinas careciendo de valor creativo, dando lugar a una mera reproducción de artículo 18 de la LPI; (ii') si tales aportaciones integran creaciones originales en elementos secundarios o accesorios, pero manteniendo la sustancialidad de la obra anterior, surgiendo la transformación del artículo 21 de la misma Ley, o bien (iii') si las adiciones son de tal sustantividad y especificidad que generan una obra original y distinta de la anterior».

La ilicitud en este caso estará ligada al uso ilegítimo del dato como signo distintivo.

En cambio, las patentes no son contenidos protegidos, puesto que el presupuesto para su protección es precisamente su publicación.

– *En particular, el derecho de propiedad sobre el secreto empresarial*

Recientemente se ha publicado la Ley 1/2019, de 20 de febrero, de Secretos Empresariales, que transpone la Directiva comunitaria (UE) 2016/943, de 8 de junio de 2016.

Dicha Ley crea un nuevo derecho de propiedad especial, que tiene como objeto «cualquier información o conocimiento, incluido el tecnológico, científico, industrial, comercial, organizativo o financiero, que reúna las siguientes condiciones:

- a) ser secreto, en el sentido de que, en su conjunto o en la configuración y reunión precisas de sus componentes, no es generalmente conocido por las personas pertenecientes a los círculos en que normalmente se utilice el tipo de información o conocimiento en cuestión, ni fácilmente accesible para ellas;
- b) tener un valor empresarial, ya sea real o potencial, precisamente por ser secreto, y
- c) haber sido objeto de medidas razonables por parte de su titular para mantenerlo en secreto».

Ni todos los datos contienen secretos empresariales ni todos los secretos empresariales pueden encontrarse como contenido de datos. El secreto empresarial se diferencia de los datos en los que puede estar expresado, y de hecho puede no estar representado simbólicamente mediante datos. Lo protegido, en cualquier caso, no son los datos, salvo indirectamente.

Resulta discutible el carácter difuso de la definición del objeto de esta propiedad especial, pues lo que «es generalmente conocido» por personas «pertenecientes a los círculos en que normalmente se utilice el tipo de información» relevante son conceptos jurídicos indeterminados demasiado genéricos. No obstante, no hay aquí mucho margen de apreciación, por cuanto se trata de trasponer una Directiva comunitaria.

Este derecho goza de reipersecutoriedad y es oponible a terceros, por cuanto de la interpretación del artículo 7 de la Ley 1/2019 resulta que la adquisición a *non domino* del secreto empresarial no se respeta, siendo esta la razón por la que el transmitente a título

oneroso carente de titularidad se ve obligado a indemnizar al adquirente.

Se protege a quien vulnera este derecho mediante acciones de cesación, incluso no existiendo relación contractual entre las partes, lo cual refuerza la reipersecutoriedad y la oponibilidad a terceros pero no constituye un argumento decisivo (hay acciones de cesación en defensa de intereses jurídicos que no constituyen derechos de propiedad, como la establecida en el art. 32 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de competencia desleal).

– *El contenido de los datos no protegidos como bien jurídico*

Fuera de los casos anteriores, como se ha dicho la disposición de determinada información por parte de una persona puede constituir un bien jurídico, como se ha dicho anteriormente, y su confidencialidad puede ser protegida de hecho o contractualmente, no habiendo obligación alguna de publicarla, pero no es objeto de propiedad⁵⁷. Esta información puede llegar a ser muy valiosa para su titular, por ser el resultado del trabajo personal o de una importante inversión financiera o de tiempo, sin por ello constituir una creación original ni un secreto empresarial protegido: por ejemplo, porque su propio titular la hace pública en su página web, como por ejemplo registros de datos económicos o científicos, que no constituyan una base de datos con protección *sui generis*; o *Know How* empresarial revelado por la empresa a algunas personas sin pacto de confidencialidad.

Si la información no protegida a los efectos anteriormente expuestos (protección de datos, propiedad intelectual, etc.), pero dotada de un valor económico⁵⁸, se pierde por la acción de un tercero, su titular gozará de acción de responsabilidad extracontractual ex artículo 1902 C.c. o una acción de competencia desleal para

⁵⁷ RADIN, M. J., «Proprietà e ciberspazio», *Rivista critica del diritto privato* XV-1 (1997) establece tres criterios *de lege ferenda* para que sea aconsejable reconocer un derecho de propiedad: la escasez, los costes del sistema y los fallos del mercado. Los datos no protegidos pueden ser (o no) escasos, dependiendo de su contenido, pero los costes de un sistema que concediera derecho de propiedad sobre ellos serían inasumibles (pues al no exigirse creación original muchos podrían alegar título sobre ellos y sus distintas variantes), y los fallos del mercado que produciría serían grandes (al petrificar el uso de información y evitar el libre diálogo en Internet).

⁵⁸ No lo tendrá, por ejemplo, si es información pública que es de libre acceso con arreglo con arreglo a la Ley de Transparencia.

En cambio, el hecho de estar en el dominio público a efectos de propiedad intelectual no impide que pueda tener cierto valor económico: por ejemplo, una nueva tragedia de Sófocles desconocida por el público, encontrada por una persona y digitalizada por ella. Si se lesiona, se considerará indemnizable.

reclamar la indemnización de daños y perjuicios correspondiente, pero no una acción real para recuperarlos.

Sobre el régimen jurídico de estos datos no protegidos volveremos por extenso más adelante.

– *Distinción entre protección del contenido de los datos y límites legales a su uso*

El Derecho de la competencia desleal, y en particular la Ley 3/1991, de 10 de enero, no atribuye directamente protección alguna a los datos ni al contenido de los datos de una empresa. Lo protegido no es el contenido del dato en sí mismo, sino la actividad concurrential, que puede lesionarse, por ejemplo, mediante aprovechamiento del esfuerzo ajeno.

El Tribunal Supremo ha sido tradicionalmente reacio a la estimación de demandas basadas en competencia desleal por aprovechamiento del esfuerzo ajeno (véase la Sentencia del Tribunal Supremo 572/2012, de 9 de octubre, RJ 2012/11059).

En cuanto al Derecho de patentes, como se ha dicho constituye un límite legal al uso del contenido de ciertos datos, pero nunca restringe la difusión de los datos mismos (la protección que la patente confiere se basa precisamente en su previa publicación).

– *Los datos mismos, como contrapuestos a su contenido ¿son objeto de propiedad?*

En aquellos casos en los que el contenido de los datos está protegido, esta protección se extiende a su representación simbólica, que son los datos, que gozarán de idéntica protección.

En los restantes casos, el bien jurídico (aquello en lo que radica el interés de su titular) será normalmente la información que constituye el contenido no protegido del dato (no de carácter personal, y que no constituya propiedad intelectual ni industrial ni secreto empresarial). El dato será un bien jurídico normalmente por razón de la información que contiene.

No obstante, excepcionalmente, como se ha visto, puede constituir un bien jurídico el dato mismo, como representación simbólica computable de una información que de otro modo se encontraría en un formato no digital o no podría encontrarse en otro formato.

Esta titularidad del dato no protegido como bien jurídico no constituye en principio un derecho de propiedad protegible⁵⁹ ni

⁵⁹ Adviértase que, en el caso de las fotografías digitales, protegidas por el artículo 129 TRLPI, entre otros, el dato (la expresión digital de una imagen) sí está protegido. Pero

goza de reipersecutoriedad: no permite actuar contra un tercero que esté usando la digitalización de la información no protegida, aunque el origen de dicha digitalización sea el reclamante. Digitalizar una información no es normalmente una creación original, sino un trabajo muchas veces mecánico. Ello sin perjuicio de la posible competencia desleal por aprovechamiento del esfuerzo ajeno, pero como se ha visto ese supuesto no es en realidad un caso de protección del dato ni de su contenido, sino de ilicitud de ciertos usos del mismo.

– *La propiedad sobre el soporte de los datos*

Todos los datos, incluso los que están alojados en «la nube» (nombre que muchas veces reciben servidores de AWS o de otros proveedores de servicios de alojamiento o *hosting*), están presentes en uno o más soportes electrónicos. El soporte de los datos, el dispositivo electrónico o disco duro en el que éstos están alojados (muchas veces, un servidor, a veces situado en lugares insospechados), es naturalmente objeto de propiedad, dada su realidad física. Esa propiedad otorga ciertas facultades jurídico-reales de disposición sobre la cosa, que incluyen –en principio, y salvo que haya una norma o un contrato que lo prohíban o limiten– el alojamiento de datos, el acceso a los mismos, su tratamiento, explotación, modificación y actualización, su borrado, y la facultad de excluir a terceros en el acceso (directo o remoto) al dispositivo físico. El ejercicio de estas facultades ha de cohonestarse con las obligaciones legales y contractuales: las legales, por ejemplo, se traducen en la necesidad de una base legitimadora de las previstas en el artículo 6 RGPD o en la obligación de adoptar medidas de seguridad para la protección de los datos de carácter personal, pero también en las derivadas de la legislación de propiedad intelectual y secreto empresarial; las contractuales, normalmente adquiridas con los titulares de los datos, pueden dar lugar a obligaciones de mantenimiento de la disponibilidad del servidor, garantía de acceso, intangibilidad de los datos, ciberseguridad, etc. (éstas últimas dan lugar a responsabilidad contractual ante el acreedor de dicha obligación).

Y el explotador de ciertos dispositivos electrónicos en los que presta servicios de almacenamiento (*hosting*, que consiste en «albergar datos proporcionados por el destinatario»), cumpliendo ciertos requisitos, también tiene en su caso la exención de responsabilidad

la protección opera en virtud de la propiedad intelectual.

del artículo 16 LSSI⁶⁰, que no se aplica al responsable de los datos: una razón más para no confundir el primero con el segundo.

Sobre los dispositivos físicos que albergan los datos cabe también posesión, la antes llamada tutela interdictal (la del actual art. 250 LEC), y todo aquello que está ligado al dominio.

VII. CONSIDERACIONES ESPECÍFICAS SOBRE EL RÉGIMEN CIVIL DE LOS DATOS NO PROTEGIDOS

En este apartado haremos un análisis algo más detallado de los aspectos civiles de una realidad que no ha sido adecuadamente tratada en la doctrina civil: la de los datos que llamaremos «no protegidos», por no ser de carácter personal y no existir sobre ellos un derecho de propiedad conforme a lo anteriormente expuesto.

– Titularidad

Como bienes jurídicos, tanto los datos de no protegidos como el contenido de los mismos pueden tener un titular. El titular del bien jurídico es aquél que será indemnizado si éste se lesiona.

Esta titularidad de los datos no protegidos y de su contenido, como bien jurídico susceptible de aprovechamiento (no exclusivo) o lesión, resulta de su mera disposición: es titular del bien aquel a cuya disposición están lícitamente, bien por haberlos generado, bien por haberlos recibido de un tercero.

La generación de datos no protegidos en beneficio de su titular puede hacerse de muchas formas: bien a través del trabajo personal de creación de nuevos contenidos digitales (cuando no llegue a

⁶⁰ Artículo 16 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información («LSSI»): «Responsabilidad de los prestadores de servicios de alojamiento o almacenamiento de datos. 1. Los prestadores de un servicio de intermediación consistente en albergar datos proporcionados por el destinatario de este servicio no serán responsables por la información almacenada a petición del destinatario, siempre que: a) No tengan conocimiento efectivo de que la actividad o la información almacenada es ilícita o de que lesiona bienes o derechos de un tercero susceptibles de indemnización, o b) Si lo tienen, actúen con diligencia para retirar los datos o hacer imposible el acceso a ellos. Se entenderá que el prestador de servicios tiene el conocimiento efectivo a que se refiere el párrafo a) cuando un órgano competente haya declarado la ilicitud de los datos, ordenado su retirada o que se imposibilite el acceso a los mismos, o se hubiera declarado la existencia de la lesión, y el prestador conociera la correspondiente resolución, sin perjuicio de los procedimientos de detección y retirada de contenidos que los prestadores apliquen en virtud de acuerdos voluntarios y de otros medios de conocimiento efectivo que pudieran establecerse.

2. La exención de responsabilidad establecida en el apartado 1 no operará en el supuesto de que el destinatario del servicio actúe bajo la dirección, autoridad o control de su prestador».

constituir creación original, pues en tal caso sería propiedad intelectual), o mediante un interfaz de usuario denominado *data producer* (en el que otras personas introducen información), o a través de la digitalización de datos analógicos, o mediante anonimización de datos de carácter personal (que dejan de serlo y pasan a tener un nuevo titular), o bien a mediante mecanismos de inteligencia artificial aplicados a *big data*, la llamada «minería de datos».

– ¿Posesión?

Cuestión difícil es la de la posesión de los datos no protegidos. Obviamente, la respuesta a esta pregunta dependerá del concepto más laxo o más estricto que se tenga de la posesión como institución jurídica. A mi juicio, sin perjuicio de la posesión de derechos⁶¹, no cabe posesión en sentido escrito de aquello que no es susceptible de apropiación. Así lo dispone el artículo 437 C.c.: «solo pueden ser objeto de posesión las cosas y derechos que sean susceptibles de apropiación».

Hemos visto ya que los datos no protegidos, como su contenido, no son susceptibles de apropiación. La consecuencia lógica es que –en mi opinión– no pueden poseerse⁶², aunque sí pueden ser objeto de mera tenencia.

Hay opiniones doctrinales sobre la posesión de bienes inmateriales, pero se refiere fundamentalmente a los derechos de propiedad intelectual e industrial (que algunos consideran poseíbles como tales derechos⁶³ y otros en cambio no⁶⁴, estos últimos con apoyo

⁶¹ Parte de la doctrina limita los derechos susceptibles de posesión: por ejemplo, GOMÁ SALCEDO la limita a derechos de naturaleza real o a derechos de crédito «que dan lugar a relaciones de hecho con la cosa» (*Instituciones de Derecho Común Civil y Foral*, tomo I, p. 804). Díez-PICAZO Y GULLÓN la restringen a los derechos reales (*Sistema de Derecho Civil*, III, cit., p. 99), y en otro lugar considera el primero que «la entraña misma del fenómeno posesorio se encuentra en la especial tutela jurídica a la que llamamos defensa interdicial» (*Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, III, 5.ª Ed., 2012, p. 624). Sobre esta materia véase *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial* III, cit., pp. 679 y 680, donde se comenta la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 12 de noviembre de 1974 que hablaba del medio ambiente como bien jurídico objeto de posesión, y se dice que ello suscita «alguna dificultad».

⁶² Contra, Encarnación Roca, en opinión formulada verbalmente en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación.

⁶³ COCA PAYERAS, M., «Artículo 437», *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, 1993, vol. 1, p. 1180. Coca Payeras defiende la posesión de la propiedad intelectual como posesión de derechos, no como posesión de bienes.

⁶⁴ FUCHS MATEO, L., *La propiedad intelectual como propiedad especial a lo largo de la Historia, tesis doctoral*, Universidad Complutense de Madrid, 2017, p. 3.

en la vieja Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de abril de 1941⁶⁵).

Pero no es éste el objeto de nuestro estudio, que versa en este punto sobre los datos no protegidos. Tales datos por definición no son objeto de propiedad intelectual –por no haber en ellos creación original– o industrial, ni tampoco de secretos empresariales. La posesión de estos datos no protegidos no suele ser objeto de análisis específico por la doctrina, pero podría aplicarse a ella la opinión genéricamente contraria a la posesión de bienes inmateriales (sin perjuicio de la posesión de los objetos en los que se materializan), expresada con distintos matices por Coca Payeras⁶⁶ y por Bustos Gómez Rico⁶⁷. La posesión comporta una nota de exclusión de terceros que no es adecuada a la situación de mera tenencia de la información no protegida (o de su representación digital), que puede ser simultánea y compatible para muchas personas a la vez.

Los datos no protegidos, y su contenido, no entran tampoco en la categoría de «derechos», que sí son susceptibles de posesión. Los derechos de crédito sobre los datos (por ejemplo, el derecho contractual que exista frente al proveedor de servicios digitales que los aloja), que a mi juicio sí pueden poseerse, no se confunden con los datos a los que esos derechos de crédito se refieren (ni tampoco con el contenido de dichos datos).

Que no quepa posesión de los datos no protegidos no significa que no sea posible, en determinadas circunstancias, hacer uso del juicio verbal establecido en el artículo 250 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (los antiguos interdictos). Pues, por ejemplo, el artículo 250.4 da acción a quienes «pretendan la tutela sumaria de la tenencia o de la posesión de una cosa o derecho por quien haya sido despojado de ellas o perturbado en su disfrute». Como recuerda J. M. Miquel, esta tutela antes llamada interdictal no solo se concede al poseedor, y ello viene corroborado por la letra actual del precepto, que habla de «tenencia» como base legitimadora de

⁶⁵ «Que la propiedad industrial constituye una de las categorías de productos intelectuales, amparada y regulada como clase independiente por el Derecho moderno, el cual atribuye al inventor el disfrute exclusivo de lo que es producto de su espíritu, de su idea, concediéndole un derecho que, a diferencia de los llamados derechos reales que tienen por objeto siempre cosas concretas materiales, es de carácter inmaterial no susceptible de posesión, entendida ésta en el sentido de posibilidad actual y exclusiva de ejercer un poder de hecho sobre la misma cosa.»

⁶⁶ Este autor en realidad afirma la posesión de la propiedad intelectual sobre bienes inmateriales, en la forma de posesión de derechos. Cuando no hay propiedad intelectual que poseer, y por tanto no cabe posesión de derechos, la conclusión defendida, a *sensu contrario*, parece ser la imposibilidad de posesión, aunque este corolario llega a formularse expresamente. *Vid.* COCA PAYERAS, M., *ibidem*, 1993, vol. 1, p. 1180.

⁶⁷ DE BUSTOS GÓMEZ RICO, M., «Artículo 437», *Comentario del Código Civil*, Bosch, 2000, p. 395.

la acción, contrapuesta a «posesión». De los datos no protegidos sí cabe mera tenencia.

La falta de posesión en sentido técnico jurídico (unida a la falta de propiedad, como hemos visto) sobre los datos no protegidos tiene diversas consecuencias, por ejemplo en materia de prenda, que no resulta posible sobre los datos no protegidos (art. 1864 C.c.: «pueden darse en prenda todas las cosas muebles que están en el comercio, con tal que sean susceptibles de posesión»)⁶⁸.

Sí cabe, en cambio, verdadera posesión de las cosas que alojan los datos: servidores, pendrives, etc., como ya se ha dicho.

– *Circulación*

Los datos, por su propia naturaleza ubicua y deslocalizada, son especialmente aptos para circular, cambiando de localización. La libre circulación de datos no personales en la Unión Europea se ha considerado tan relevante para garantizar los principios comunitarios y la libre competencia dentro del mercado único, que se ha aprobado un Reglamento comunitario para garantizarla (Reglamento UE 2018/1807, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de noviembre de 2018, relativo a un marco para la libre circulación de datos no personales en la Unión Europea), complementado por una Comunicación de la Comisión⁶⁹. Diversas normas administrativas obligaban a los operadores económicos a localizar los datos en servidores situados dentro de sus respectivos territorios nacionales. Este Reglamento dispone en su artículo 4 que «los requisitos para la localización de datos estarán prohibidos, salvo que estén justificados por razones de seguridad pública de conformidad con el principio de proporcionalidad». Es más una norma de Derecho público que de Derecho privado, pero pone de manifiesto que los datos están hechos para circular y que la circulación de los datos es esencial para el desarrollo de la sociedad de la información.

– *Portabilidad*

La portabilidad de los datos se distingue de su libre circulación, y se refiere al derecho que en ocasiones el ordenamiento atribuye a

⁶⁸ Lo cual no debe confundirse con la cesión en garantía de los derechos de crédito frente a proveedores de servicios digitales, que permitan acceder a tales datos no protegidos, u otros derechos de crédito relativos a los datos no protegidos.

⁶⁹ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo de 29 de mayo de 2019 COM (2019) 250 final «Orientaciones sobre el Reglamento relativo a un marco para la libre circulación de datos no personales en la Unión Europea».

la persona a la que tales datos incumban para solicitar y obtener de los proveedores de servicios digitales una copia de los mencionados datos en un formato estructurado, de uso común y lectura mecánica, bien para que le sean remitidos a él, bien para que se transmitan directamente de responsable a responsable, cuando sea técnicamente posible. Este derecho fomenta la libre competencia, al facilitar el cambio de proveedor de servicios digitales.

El derecho a la portabilidad no se reconoce en los mismos términos en los datos de carácter personal (en los que existe un derecho fundamental involucrado) que en los datos de carácter no personal. En los datos de carácter personal, el artículo 20 del RGPD reconoce el derecho a la portabilidad de los datos; en los de carácter no personal, el artículo 6 del Reglamento UE 2018/1807 antes citado tan solo obliga a que la Comisión Europea fomente y facilite la elaboración de códigos de conducta autorreguladores que lo permitan.

La razón de este distinto trato ha de buscarse en el debate doctrinal sobre los inconvenientes del reconocimiento del derecho a la portabilidad⁷⁰, que en el caso de los datos de carácter personal son superados por la existencia del derecho fundamental que en cambio no existe en los datos de carácter no personal.

No obstante, en casos muy limitados cabe encontrar derechos de portabilidad que afecten a datos no personales, que como se ha dicho no se reconoce con carácter general⁷¹.

⁷⁰ Fundamentalmente tres: (i) su elevado coste económico para las pequeñas y medianas empresas (la escritura en código EIM comporta más costes), (ii) la posible lesión de derechos de propiedad intelectual o industrial o de secretos empresariales (advirtiéndose que los datos no personales sobre los que cabría en su caso portabilidad son los entregados y los observados, pero no los inferidos ni los deducidos, ni tampoco los elaborados por dispositivos de inteligencia artificial con base en los datos entregados y observados), y (iii) los riesgos para la seguridad (mayores si existe portabilidad). Por otro lado, los artículos 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y 2 de la Ley de Defensa de la Competencia tutelan frente a aquellos proveedores de servicio que abusen de posición de dominio, lo que constituye un remedio alternativo a la portabilidad.

Por estos motivos, varios autores se han mostrado críticos con el reconocimiento general de un derecho a la portabilidad: DIKER VANBERG, A. y ÜNVER, MB, «The right to data portability in the GDPR and EU competition law: odd couple or dynamic duo?», *European Journal of Law and Technology*, vol. 8, No. 1, 2017, exponen las tres razones mencionadas más arriba; SWIRE, P. and LAGOS, Y., «Why the right to data portability likely reduces consumer welfare: Antitrust and Privacy Critique», *72 Maryland Law Review*, 335 (2013) ponen de manifiesto que el derecho de la competencia usa un «rule of reason» en lugar de un «per se approach»; la portabilidad «fails to weigh pro-competitive efficiencies against anti-competitive harms»; y por último ENGELS, B., «Data portability among online platforms», *Internet Policy Review*, Vol. 2 Issue 2 (2016): defiende la portabilidad en buscadores, pero no siempre en *marketplaces* o en redes sociales.

⁷¹ Por ejemplo, en el artículo 16.4 de la Directiva 2019/770, de 20 de mayo de 2019, relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales, se reconoce un derecho a la portabilidad de contenidos digitales (que pueden incluir datos no personales) a los consumidores cuando se resuelva el contrato de suministro de contenidos o servicios digitales.

Por su parte, el artículo 95 LOPG dispone que «los usuarios de servicios de redes sociales y servicios de la Sociedad de la Información equivalentes tendrán derecho a reci-

– *Transmisión inter vivos*

Donde hay titularidad de un bien jurídico, salvo que exista una norma prohibitiva (como la del art. 525 C.c. para los derechos de uso y habitación), hay posibilidad de transmisión del mismo. Cabe citar, por analogía, el artículo 1112 Cc, relativo a la transmisión de créditos.

La transmisión mediante compraventa de los datos no protegidos, y de su contenido, no exige que éstos sean susceptibles de apropiación. Los artículos 1526 ss. C.c. contemplan la compraventa de «créditos y derechos incorporales», entre los que incluyen derechos de crédito, créditos litigiosos, o conjuntos de «derechos, rentas o productos». Y se habla de *emptio spei*, de compraventa de oportunidades de negocio, de la compraventa de la información exclusiva o no exclusiva, de la compraventa de empresas (que no son cosas estrictamente hablando, como se ha dicho), etc. Ningún obstáculo existiría por tanto a la compraventa de los datos no protegidos o de su contenido, si tiene algún valor.

– *Otros negocios jurídicos*

Dentro de la autonomía de la voluntad cabe todo tipo de negocios jurídicos sobre datos no protegidos. Para la licitud de un negocio jurídico no es necesario que su objeto sea una cosa apropiable, susceptible de derecho de propiedad.

Estos negocios jurídicos, en su mayoría atípicos, son similares a los que se celebran con otros bienes incorporales como la propiedad intelectual. De esta forma, existirán negocios jurídicos relativos al acceso a los datos (licencias exclusivas o no exclusivas, normalmente temporales y a veces territoriales), a su eventual descarga, a su tratamiento o transformación para la creación de datos derivados (para fines propios del adquirente de tal derecho), a su patrocinio publicitario, a su explotación económica (incluyendo la comercialización de derechos de acceso a cambio de datos de carácter personal de los usuarios), a su mantenimiento y protección contra riesgos informáticos, y a su alojamiento.

bir y transmitir los contenidos que hubieran facilitado a los prestadores de dichos servicios, así como a que los prestadores los transmitan directamente a otro prestador designado por el usuario, siempre que sea técnicamente posible». Este precepto solo se aplica a usuarios de servicios de redes sociales y servicios equivalentes.

Y, por último, el artículo 96 LOPG establece como se verá las reglas aplicables a los contenidos gestionados por prestadores de servicios de la información sobre personas fallecidas, que en ocasiones puede dar lugar a la portabilidad de datos no personales.

Pero se trata, en los tres casos y en lo que a los datos no personales se refiere, de supuestos aislados y no de manifestaciones de un principio general, que solo existe en relación con los datos personales.

De hecho, en el momento en que se escriben estas líneas está siendo publicada la nueva Directiva UE 2019/770, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2019, relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales, que contempla un negocio jurídico que permite a un consumidor (o a un tercero elegido por éste) el acceso o descarga a un contenido digital ofrecido por un empresario, y regula cuestiones tales como la conformidad de los contenidos digitales con el contrato, así como su correcta integración por el proveedor, la responsabilidad por incumplimiento, la resolución y la cuantía de la indemnización de daños y perjuicios, así como la posibilidad de que el proveedor modifique (en su caso) o actualice los contenidos durante la vida del contrato.

– Sucesión

A raíz de alguna reciente resolución judicial y de la también reciente aprobación de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales (en lo sucesivo, «LOPDG»), la doctrina ha comenzado a interesarse por la sucesión en los datos, tanto de carácter personal como no personal. Destaca en este campo Sergio Cámara, que ha disertado sobre esta materia con lucidez y acierto el 24 de enero de 2019 ante el Colegio Notarial de Madrid⁷².

La materia es mucho más amplia de lo que permitiría el alcance de este trabajo. La mayoría de las resoluciones judiciales comentadas y de la legislación aprobada (por ejemplo, el art. 3, y también el 96.2 LOPDG) se refiere fundamentalmente a datos de carácter personal de la persona fallecida, aunque ocasionalmente incide en los contenidos digitales de carácter no personal (en particular, el art. 96 LOPDG).

Por otro lado, como se ha dicho anteriormente, el concepto de «datos» es más amplio que el de contenidos digitales gestionados por prestadores de servicios de la sociedad de la información, al que se limita el artículo 96 LOPDG. La sucesión ha de referirse a todos los datos de los que legalmente disponga la persona fallecida.

Es a mi juicio acertada la posición de Sergio Cámara, que distingue entre aquello que no forma parte de la herencia (la tutela *post mortem* de los aspectos personales o morales de la personalidad) de aquello que, conforme a los artículos 659 y 661 C.c., forma parte de la herencia por constituir bienes y derechos que no se extinguen por

⁷² CÁMARA LAPUENTE, S., «La sucesión *mortis causa* en el patrimonio digital: una aproximación», en *El Notario del siglo XXI*, núm. 84, marzo-abril 2019.

la muerte del causante. Los contenidos digitales, que podrán no ser datos de carácter personal, estarían entre éstos últimos, junto con otros datos no personales.

Cabría añadir que en la herencia puede haber también, además de contenidos digitales y otros datos no personales, derechos de crédito adquiridos contractualmente frente a proveedores de servicios digitales (que podrán ser utilizados mediante credenciales, como apunta Cámara), que si no se extinguen por muerte del acreedor formarán parte de la herencia.

Y, por supuesto, los dispositivos en los que se alojan los datos son cosas susceptibles de propiedad y como tales incluidas en la herencia (con la facultad dominical de usarlas para acceder a su contenido, salvo que alguna norma lo prohíba, lo que no será frecuente tratándose de datos de carácter no personal, a la luz de la amplitud del art. 96.1 LOPDG, o el finado hubiera manifestado su voluntad contraria, como permite el mismo art. 96.1 citado).

Una vez determinado el objeto de la sucesión, en la que estarán la mayoría de los datos no protegidos, el artículo 96.1 LOPDG atribuye derechos adicionales de acceso a los contenidos digitales a otras personas distintas de los herederos: en principio, si el interesado no lo prohíbe, a una larga lista de parientes y allegados («personas vinculadas al fallecido por razones familiares o de hecho, así como sus herederos», el «albacea testamentario así como aquella persona o institución a la que el fallecido hubiese designado expresamente para ello», y otros en caso de menores o «personas con discapacidad» –no parece que haga falta incapacitación civil). Tal previsión normativa es muy criticable, y con seguridad contraria al deseo del finado, especialmente en lo que respecta a los datos de carácter personal (que ahora no hacen al caso), pero también a los de carácter no personal. Cuesta creer que nadie desee que su identidad digital sea expuesta tras su muerte a todas las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho. Y el artículo 96.1 LOPDG (que se aplica también por referencia al 96.2 LOPDG, relativo a los perfiles personales en redes sociales), es un ejemplo claro de deficiente técnica legislativa: no identifica correctamente a las personas que alude (¿qué tipo y grado de parentesco basta para el acceso? ¿los parientes más próximos excluyen a los más lejanos, o se acumulan todos? ¿qué personas son «vinculadas de hecho» al fallecido, al no incluirse referencia alguna a la naturaleza afectiva de la relación?), no establece la prelación entre todos ellos (parece que todo el colegio de llamados, salvo exclusión expresa del fallecido, podrán compartir los contenidos), y tampoco resuelve los problemas que puedan suscitar las

voluntades contrapuestas de unos y otros (lo que se resolvería fácilmente optando por una categoría: por ejemplo, los herederos).

Si tiene alguna justificación separar el acceso y la protección de los datos de carácter personal de la herencia, no la tiene a mi juicio llamar a personas diferentes de los herederos al acceso *post mortem* a los contenidos digitales no personales del causante. Adviértase que no hay dos herencias, una para los bienes físicos y otra para los contenidos y derechos de crédito digitales: la herencia es solo una, y por tanto el llamamiento a los herederos también debería serlo.

Lo que hace el artículo 96.1 LOPDG es una suerte de llamamiento *ex lege* en paralelo al sucesorio regulado en el Código Civil, limitado a lo que respecta al acceso a los contenidos digitales. Dicho llamamiento paralelo es completamente criticable, pues los datos de carácter no personal son, como los restantes bienes y derechos del finado que no se extingan por la muerte, bienes integrados en la herencia y deben corresponder a los herederos o a quien el causante designe. Y, en cuanto al contenido de este llamamiento, se desconocen las facultades que comporta dicho acceso para los datos de carácter no personal (por ejemplo, las de copia, actualización, modificación y borrado), fuera de lo que para los datos de carácter personal dispone el artículo 3.2 LOPDG. Dada la mala factura del precepto, considero preferible interpretarlo estrictamente y limitar este contenido a lo que dice la Ley: el mero acceso. Las demás facultades corresponderán por tanto a los herederos, en defecto de persona designada por el interesado a tal efecto.

Como es sabido, la Ley catalana 10/2017, de 27 de junio, de voluntades digitales, fue declarada parcialmente inconstitucional por la Sentencia del Tribunal Constitucional 7/2019.

– *Tutela aquiliana*

Es clara, a mi juicio, la tutela aquiliana de los datos, como la de cualquier otro bien jurídico que pueda ser lesionado. La protección de los datos mediante responsabilidad civil extracontractual es perfectamente acorde con la letra y con el espíritu del artículo 1902 C.c.

VIII. DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO APLICABLE

Como se ha explicado, la ubicación de los datos es normalmente irrelevante en términos económicos, y resulta fácil e inmediatamente mutable. Los datos pueden estar en varios sitios a la vez simultáneamente (en diversos servidores ubicados en continentes

distintos), a veces lo están de forma fragmentada en una «nube» virtual que usa un conjunto de servidores situados en varios Estados (no siendo accesibles en ninguno de ellos por separado). La primera pregunta que ha de contestarse es, por tanto, ¿qué Ley será la aplicable para determinar el régimen jurídico de los datos?

Ante todo, la calificación para determinar la norma de conflicto aplicable, que como dice el artículo 12 C.c., «se hará siempre con arreglo a la ley española». Con arreglo a esta Ley, el contenido de los datos (que arrastra consigo al régimen jurídico del dato mismo) puede ser un derecho fundamental, o bien objeto de propiedad intelectual o industrial, o un derecho de propiedad, o nada de lo anterior.

La complejidad de la tarea de buscar un punto de conexión para los datos, personales o no, se refleja adecuadamente en este texto de Carrascosa⁷³: «si los datos personales se recogen, a través de Internet, y se refieren a un sujeto belga residente en España, datos que se tratan y almacenan en Francia por la filial establecida en Alemania, de una empresa norteamericana, es preciso determinar» la Ley aplicable a cada aspecto de esta situación.

El Derecho internacional privado clásico no responde adecuadamente a los específicos problemas que suscitan los datos, respecto de los cuales los puntos de conexión clásicos no funcionan correctamente. Por ello, se han creado nuevas normas de conflicto, especialmente en materia de datos de carácter personal.

— *Leyes penales y administrativas (excepto RGPD)*

El artículo 8.1 del título preliminar del Código Civil aclara que «las leyes penales, las de policía y las de seguridad pública obligan a todos los que se hallen en territorio español». Este precepto ha sido objeto de interpretación correctora por parte de la doctrina⁷⁴, en el sentido de que dichas normas imperativas se aplican a los actos realizados en España, con independencia de que se hallen o no en España las personas que los realizan.

En materia de datos, dos son los supuestos en los que cabe aplicar las normas penales, de policía y de seguridad pública españolas: (i) datos alojados en servidores situados en España, y (ii) actividad que tiene lugar en España.

⁷³ CARRASCOSA, J., en CALVO/CARRASCOSA, «Obligaciones extracontractuales», en *Derecho internacional privado*, volumen II, 2018, 18.ª ed., Granada, pp. 1250-1255.

⁷⁴ CALVO CARAVACA, A., y CARRASCOSA, J., *Derecho Internacional Privado*, vol. II, p. 358.

Por lo que hace a la primera cuestión, habría que introducir una salvedad respecto de la interpretación correctora del artículo 8 Cc normalmente aceptada por la doctrina: a los datos ubicados en servidores situados en España (y a las actividades de terceros sobre ellos, como por ejemplo los ciberataques) les serán de aplicación en principio las leyes penales, de policía y de seguridad pública españolas, aunque la actividad a la que se refiera se realice fuera de España y el prestador del servicio esté ubicado fuera de España. Los servidores informáticos no gozan de extraterritorialidad, ni la confieren a los datos incluidos en ellos. El artículo 11.2 de la LSSI⁷⁵ establece la posibilidad de bloquear el acceso desde España a determinados datos situados en el extranjero, con la colaboración de los prestadores de servicios de intermediación: *a fortiori*, procederá aplicar el derecho interno a datos que no solo sean accesibles desde España, sino que incluso estén situados en España. Piénsese en contenidos contrarios al orden público, relativos a pornografía infantil o tráfico ilegal de armas. Tales datos alojados en servidores españoles han de poder ser bloqueados aplicando el Derecho español, con independencia de dónde estén ubicados el prestador del servicio o su destinatario. Adviértase que en ocasiones los datos estarán en una «nube» virtual que implica a servidores de varios Estados, lo que puede hacer técnicamente difícil o imposible actuar solo sobre el servidor situado en España si no se tiene acceso a los restantes: pero esto será una dificultad de orden técnico, no jurídico.

Ello sin perjuicio de que en muchos casos serán de aplicación las exenciones de responsabilidad que la propia Ley española establece para los prestadores de servicios de intermediación: operadores de redes y proveedores de acceso, prestadores de servicios que realizan copia temporal de los datos, prestadores de servicios de alojamiento o almacenamiento de datos, y prestadores de servicios que faciliten enlaces a contenidos o instrumentos de búsqueda (arts. 14 ss. de la LSSI). En estos casos, es la Ley española la que se aplica, aunque dicha Ley –siguiendo la Directiva comunitaria– excluya la responsabilidad de quien hospeda o maneja los datos desde territorio español, si concurren determinados requisitos (no, en caso contrario).

Desde otra perspectiva, los datos alojados en servidores localizados en España pueden ser relevantes a efectos del artículo 8.1 Cc en cuanto bienes susceptibles de ser dañados mediante *malware* o destrucción física.

En lo que respecta a la segunda cuestión (la delimitación de cuándo se entiende que la actividad tiene lugar en España), el

⁷⁵ Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información.

artículo 8 Cc. ha de interpretarse conjuntamente con la LSSI. La actividad relativa a los datos puede ser difícil de ubicar, sea en España o en otro Estado. La propia LSSI declara su aplicabilidad (acompañada implícitamente de la de las leyes penales y de policía) a los prestadores de servicios de la sociedad de la información que estén establecidos en España u operen a través de establecimiento permanente situado en España (art. 2), así como en ciertas materias⁷⁶ (no en todas) a los prestadores de servicios de la sociedad de la información establecidos en otros países comunitarios cuando el destinatario de los servicios radique en España (art. 3 LSSI); y tratándose de un prestador extracomunitario, en todas las materias cuando los servicios estén dirigidos específicamente al territorio español (art. 4.1 LSSI), a cuyo efecto habrá de tenerse en cuenta la lengua utilizada, el lugar de prestación de los servicios en el mundo físico, etc.⁷⁷.

Adviértase que en las materias del artículo 3 LSSI, que constituye una norma de Derecho internacional privado, el Derecho español será de aplicación cuando el prestador esté establecido en otro Estado miembro de la Unión Europea o del Espacio Económico Europeo. Llama la atención que una regla similar no se prevea para aquellos casos en los prestadores de servicios establecidos en Estados no comunitarios ni del EEE. Se entiende que la Directiva

⁷⁶ a) Derechos de propiedad intelectual o industrial.
b) Emisión de publicidad por instituciones de inversión colectiva.
c) Actividad de seguro directo realizada en régimen de derecho de establecimiento o en régimen de libre prestación de servicios.
d) Obligaciones nacidas de los contratos celebrados por personas físicas que tengan la condición de consumidores.
e) Régimen de elección por las partes contratantes de la legislación aplicable a su contrato.
f) Licitud de las comunicaciones comerciales por correo electrónico u otro medio de comunicación electrónica equivalente no solicitadas.

⁷⁷ Véase a este respecto, a título de ejemplo, lo que dispone en un supuesto análogo el Considerando 23 del RGPD: «Con el fin de garantizar que las personas físicas no se vean privadas de la protección a la que tienen derecho en virtud del presente Reglamento, el tratamiento de datos personales de interesados que residen en la Unión por un responsable o un encargado no establecido en la Unión debe registrarse por el presente Reglamento si las actividades de tratamiento se refieren a la oferta de bienes o servicios a dichos interesados, independientemente de que medie pago. Para determinar si dicho responsable o encargado ofrece bienes o servicios a interesados que residan en la Unión, debe determinarse si es evidente que el responsable o el encargado proyecta ofrecer servicios a interesados en uno o varios de los Estados miembros de la Unión. Si bien la mera accesibilidad del sitio web del responsable o encargado o de un intermediario en la Unión, de una dirección de correo electrónico u otros datos de contacto, o el uso de una lengua generalmente utilizada en el tercer país donde resida el responsable del tratamiento, no basta para determinar dicha intención, hay factores, como el uso de una lengua o una moneda utilizada generalmente en uno o varios Estados miembros con la posibilidad de encargar bienes y servicios en esa otra lengua, o la mención de clientes o usuarios que residen en la Unión, que pueden revelar que el responsable del tratamiento proyecta ofrecer bienes o servicios a interesados en la Unión».

no contemplara este supuesto, pero acaso la Ley española debería haberlo hecho.

Con carácter adicional a lo anterior, el ámbito de aplicación del artículo 8.1 C.c. es mayor que el de la LSSI. La propia LSSI se declara en su artículo 1.2 subsidiaria respecto de las normas vigentes en determinadas materias:

«Las disposiciones contenidas en esta Ley se entenderán sin perjuicio de lo dispuesto en otras normas estatales o autonómicas ajenas al ámbito normativo coordinado, o que tengan como finalidad la protección de la salud y seguridad pública, incluida la salvaguarda de la defensa nacional, los intereses del consumidor, el régimen tributario aplicable a los servicios de la sociedad de la información, la protección de datos personales y la normativa reguladora de defensa de la competencia.»

La finalidad de la LSSI, que transpone una Directiva comunitaria, es promover la libre prestación de servicios dentro del mercado único. Sus preceptos tienen en cuenta principalmente el Derecho administrativo económico, y en particular la necesidad o no de título habilitante para el ejercicio de la actividad y los requisitos generales exigibles a ésta dentro del ámbito normativo coordinado. De ahí la subsidiariedad de la LSSI en otras materias ajenas a dicho ámbito.

Cabe por tanto que la LSSI española no fuera aplicable pero las leyes penales y de policía españolas sí lo sean conforme a su propio punto de conexión del artículo 8.1 C.c.: por ejemplo, cuando otros bienes jurídicos protegidos situados en España (incluido el daño patrimonial de la víctima, en estafas como la «carta nigeriana») sean dañados como consecuencia del delito o infracción administrativa cometidos a través de servicios de la sociedad de la información por un no residente en la UE que no se dirija específicamente al territorio español.

– *En particular, legislación sobre protección de datos de carácter personal*

En materia de datos de carácter personal, la regla general aplicable es la Ley del Estado en el que tenga su establecimiento principal el que trate los datos, sea responsable o encargado del tratamiento⁷⁸, salvo que ese Estado no pertenezca a la Unión Europea.

Ello se debe a que en esta materia de carácter administrativo Derecho material aplicable y competencia administrativa interna-

⁷⁸ CALVO CARAVACA, A. L., y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Conflictos de leyes y conflictos de jurisdicción en Internet*, Editorial Colex, Madrid, 2001.

cional son indisociables, y el RGPD (art. 56) atribuye la competencia a la autoridad de control del establecimiento principal o del único establecimiento del responsable o del encargado de tratamiento. Esta norma desplaza la jurisprudencia anterior del TJUE⁷⁹.

Adicionalmente, cada autoridad de control será también competente para tratar las reclamaciones presentadas o las infracciones cometidas cuando unas y otras se refieran únicamente a un establecimiento situado en su Estado miembro o únicamente afecte de manera sustancial a interesados de su Estado miembro (art. 56.2 RGPD).

Adviértase que existen otras excepciones en el RGPD, como la relativa a los datos tratados por Tribunales o por Autoridades públicas.

El principal problema radica en los casos en los que el responsable o encargado del tratamiento que trata los datos personales no esté establecido en la Unión Europea. En teoría, el RGPD se aplica también extraterritorialmente, como resulta de su artículo 3.2, a los tratamientos hechos por responsables o encargados no establecidos en la Unión Europea cuando tiene lugar (i) en relación con la oferta de bienes o servicios a interesados en la Unión Europea⁸⁰ o (ii) con la monitorización de su comportamiento, si dicho comportamiento tiene lugar en la Unión⁸¹.

En tales casos, si el lugar de la Unión Europea en el que concurre alguna de estas circunstancias está situado en España, el Derecho español será aplicable por considerarse realizada la actividad relativa a los datos en territorio español.

En la práctica, tal aplicación extraterritorial se antoja difícil, al no estar coordinada internacionalmente, y puede dar lugar a la aplicación simultánea de las leyes de varios Estados diferentes.

⁷⁹ Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 1 de octubre de 2015, asunto C230/14 («Weltimmo s.r.o.»), que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por la Kúria [Tribunal Supremo] (Hungría), mediante resolución de 22 de abril de 2014, recibida en el Tribunal de Justicia el 12 de mayo de 2014.

⁸⁰ En relación con esta cuestión, véase la Sentencia del TJUE (Gran Sala) de 7 de diciembre de 2010, asuntos C-585/08 y C-144/09 acumulados, «Pammer».

Véase asimismo el Considerando 23 del RGPD, antes citado.

⁸¹ Véase el Considerando 24 RGPD: «El tratamiento de datos personales de los interesados que residen en la Unión por un responsable o encargado no establecido en la Unión debe ser también objeto del presente Reglamento cuando esté relacionado con la observación del comportamiento de dichos interesados en la medida en que este comportamiento tenga lugar en la Unión. Para determinar si se puede considerar que una actividad de tratamiento controla el comportamiento de los interesados, debe evaluarse si las personas físicas son objeto de un seguimiento en internet, inclusive el potencial uso posterior de técnicas de tratamiento de datos personales que consistan en la elaboración de un perfil de una persona física con el fin, en particular, de adoptar decisiones sobre él o de analizar o predecir sus preferencias personales, comportamientos y actitudes».

Otros problemas difíciles surgen en caso de corresponsables del tratamiento, o en caso de discrepancia entre el establecimiento principal del responsable del tratamiento y el del encargado del tratamiento. En todos estos casos, habrá que aplicar a cada actor (responsable o encargado) la Ley correspondiente al Estado en el que tenga su principal establecimiento.

Pese a tratarse de un derecho fundamental, no parece razonable aplicar el fuero personal del artículo 9.1, por cuanto se trata de normas de policía de aplicación territorial conforme al artículo 8 Cc. Si la actividad se realiza fuera de España y no concurre el supuesto del artículo 3.2 RGPD, no está sujeta a Derecho español.

En relación con la Ley aplicable a la responsabilidad civil asociada a la infracción administrativa, normalmente no habrá cuestión porque la regulación es uniforme en Europa (art. 82 RGPD).

– *El Derecho privado aplicable a la propiedad intelectual o industrial*

Los datos cuyo contenido sea reconocido como propiedad intelectual o industrial tienen su propio punto de conexión, que conduce al país para cuyo territorio se reclama la protección (art. 8 del Reglamento Roma II 864/2007⁸², en lo sucesivo «Roma II» y art. 10.4 C.c.).

– *El Derecho privado aplicable a los secretos empresariales y a los datos no protegidos*

Más difícil es determinar la regla de Derecho internacional privado aplicable a los datos de carácter no personal.

Los datos que constituyan secretos empresariales con arreglo a la Ley de Secretos Empresariales⁸³ serán considerados objeto de propiedad. No obstante, no se les aplicará la *lex rei sitae* (art. 10.1 C.c.), inaplicable a mi juicio para bienes incorpóreos ligados a actividades más que a cosas. Los datos, sean de carácter personal o no, no son cosas, como se ha expuesto anteriormente. Su ubicación es casual, desconocida para su titular (cuando se opera en la nube),

⁸² Reglamento (CE) Núm. 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de julio de 2007 relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales («Roma II»).

⁸³ a) Ser secreto, en el sentido de que, en su conjunto o en la configuración y reunión precisas de sus componentes, no es generalmente conocido por las personas pertenecientes a los círculos en que normalmente se utilice el tipo de información o conocimiento en cuestión, ni fácilmente accesible para ellas;

b) Tener un valor empresarial, ya sea real o potencial, precisamente por ser secreto, y

c) Haber sido objeto de medidas razonables por parte de su titular para mantenerlo en secreto.

mutable y ubicua (pueden estar simultáneamente en varios servidores a la vez). Por ello, la *lex rei sitae*, que en muchas ocasiones conducirá al ordenamiento jurídico de California (datos albergados en la nube en un servidor localizado en ese Estado) no resulta adecuada. Creemos que es más correcto aplicar a los secretos empresariales la norma de conflicto de los datos no protegidos.

Pero tampoco es fácil, por su parte, determinar la norma de conflicto aplicable a los datos no protegidos. Obviamente, cuando se trata de relaciones contractuales o precontractuales –derechos de crédito frente al prestador de servicios digitales– habrá que aplicar las normas de conflicto correspondientes (Reglamento Roma I 593/2008 y art. 12 del Reglamento Roma II). La Ley aplicable a las obligaciones contractuales será la del país donde tenga su residencia habitual la parte que deba realizar la prestación más característica del contrato, que será el proveedor de servicios digitales, incluso cuando se permuten éstos por datos personales del usuario. No obstante, tratándose de consumidores y usuarios habrá que aplicar la norma específica en la materia (ley del lugar de residencia habitual del consumidor o usuario), a la que conducen tanto Roma I (art. 6, con ciertos matices) como la LSSI (arts. 3.1.d) y 29, relativo al lugar de celebración del contrato).

Cuando la vulneración de los datos no protegidos dé lugar a competencia desleal o se traduzca en reclamaciones de daños extracontractuales, será de aplicación el Reglamento Roma II. Será necesario en tal supuesto estudiar las circunstancias existentes, pero en muchos casos podrá ser de aplicación el punto de conexión de la competencia desleal, que conduce –con ciertas excepciones– a la Ley «del país en cuyo territorio las relaciones de competencia o los intereses colectivos de los consumidores resulten o puedan resultar afectados» (art. 6 Roma II). Si no hay competencia desleal, en principio habrá que aplicar la Ley del lugar donde se produce el daño si se ha producido una lesión que genere una acción de responsabilidad extracontractual, artículo 4.1 de Roma II, salvo que haya vínculos más estrechos con otro ordenamiento (art. 4.3 Roma II).

Tratándose de datos no protegidos o *know-how*, de ubicación irrelevante y difícil, no será extraño que los vínculos más estrechos no existan con el lugar donde están alojados los datos. Los datos son ubicuos y en realidad debería ser irrelevante a estos efectos dónde estén ubicados. Por eso, tratándose de datos no protegidos o de *know-how*, quizás sea frecuente que el Estado con el que el caso presenta vínculos más estrechos sea el Estado en el que esté establecido el prestador de servicios de la sociedad de la información afectado, y tratándose de consumidores el lugar de residencia habi-

tual del consumidor. Éste sería a mi juicio el punto de conexión más defendible.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha declarado en su Sentencia de 25 de octubre de 2011 (asunto eDate)⁸⁴ que la Directiva 2000/31/CE, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información (de la cual es transposición la LSSI) no contiene una norma de conflicto, pero exige que la norma de conflicto de los Estados miembros, dentro del ámbito coordinado (fundamentalmente, normas que afecten a la prestación de servicios de la sociedad de la información) que incluye normas de Derecho civil, no conduzca a una ley material más restrictiva que la propia del Estado donde esté establecido el prestador de los servicios de la sociedad de la información. Este criterio no obligaría a modificar la conclusión anterior, salvo que el Derecho español resulte aplicable y sea más restrictivo para el prestador de servicios de la sociedad de la información que la legislación del Estado de establecimiento de este último.

– *Breve referencia a los Tribunales competentes*

En materia de competencia judicial internacional, habrá que aplicar las reglas del Reglamento UE 1215/2012, de 12 de diciembre de 2012, modulado por el artículo 79.2 y el Considerando 147 del RGPD en el ámbito de la protección de datos de carácter personal.

Las reglas generales del Reglamento UE 1215/2012, aplicables a los datos de carácter no personal, pueden presentar particulares dificultades en determinados puntos de conexión:

- El «lugar el que se haya cumplido o deba cumplirse la obligación que sirva de base a la demanda» [fuero contractual, art. 7.1.a)]. Cuando el servicio sea electrónico, habrá de tenerse en cuenta las normas generales sobre ubicación de los servicios prestados en forma electrónica.
- El lugar «donde se haya producido o pueda producirse el hecho dañoso» (fuero delictual o cuasidelictual, art. 7.2). Si los daños *ex delicto* o por responsabilidad extracontractual se producen en España, los Tribunales españoles son competentes y el Derecho material aplicable será el español. Como han puesto de manifiesto Calvo Caravaca y Carrascosa, este

⁸⁴ Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 25 de octubre de 2011, asuntos acumulados C-509 y C-161/10, *eDate Advertising GmbH vs. X y Olivier Martinez, Robert Martinez y MGN Limited*, Recopilación, 2011, p. I-10269. [ECLI: EU: C:2011:685]

punto de conexión puede dar lugar a situaciones ilógicas, en las que un excesivo número de jurisdicciones resulte competente simultáneamente⁸⁵. Tratándose de datos, cuya ubicación es accidental e irrelevante, el lugar de producción del daño puede no ser evidente. Aunque la norma aplicable por razón del tiempo es diferente, resulta pertinente a este respecto utilizar el criterio establecido en la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 25 de octubre de 2011 (asunto eDate, citada anteriormente), que entiende que el lugar donde se haya producido el hecho dañoso puede ser tanto el lugar del hecho causal (lugar de establecimiento del prestador de servicios de la sociedad de la información causante del daño) como el lugar donde el daño se sufre (centro del intereses de quien lo ha sufrido).

En cuanto al artículo 79.2 del RGPD, aplicable a los datos que sean de carácter personal, este precepto permite entablar acciones bien ante los Tribunales del Estado miembro en el que el responsable o encargado tenga un establecimiento, bien en los Tribunales del Estado miembros en que el interesado tenga su residencia habitual, a menos que el responsable o el encargado sea una autoridad pública de un Estado miembro que actúe en ejercicio de sus poderes públicos, en cuyo caso habrá que entablarlas ante los Tribunales de ese Estado miembro.

En ambos casos, la ejecución forzosa se hará con arreglo a la legislación del Estado de ejecución (arts. 60, 61 y 66 RGPD y art. 24.5 del Reglamento UE 1215/2012).

IX. CONCLUSIONES

1. Los datos sobre los que se sustenta la economía digital son información representada simbólicamente en forma computable. Este concepto es más estricto del que se emplea en materia de protección de datos (que incluye la información con tratamiento no digital).

2. Es importante no confundir la información representada en el dato, el soporte físico del dato, el dato mismo y el objeto al que se refiere el dato. Cada una de estas realidades puede tener una naturaleza y protección jurídica diferente, que en ocasiones se proyecta sobre las restantes o interactúa con ellas. Normalmente, la protección del contenido del dato, cuando existe, afecta al dato

⁸⁵ CALVO CARAVACA, A. L., y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Conflictos de leyes y conflictos de jurisdicción en Internet*, Editorial Colex, Madrid, 2001.

mismo y se extiende a él. Pero el dato como tal es también objeto de una protección propia y diferenciada de la de su contenido.

3. Por su inmaterialidad, su ubicuidad o la irrelevancia de su localización, los datos no son cosas a efectos jurídicos, ni se les aplican las reglas relativas a las cosas (*lex rei sitae*). No obstante, sí son cosas los dispositivos (servidores) en los que se alojan.

4. Tanto el contenido de los datos (la información representada en ellos) como los datos mismos constituyen en todo caso bienes jurídicos susceptibles de tutela (incluso aquiliana), y en su caso además podrán ser o no objeto de un derecho fundamental, un derecho de propiedad intelectual o industrial o un secreto empresarial susceptible de propiedad.

5. Los datos de carácter personal no son objeto de un derecho de propiedad, ni del interesado titular del derecho fundamental ni tampoco del responsable de su tratamiento. La institución de la propiedad no es necesaria ni apropiada para su protección. La posición jurídica del responsable del tratamiento incluye facultades, pero también deberes, incluso de hacer, y solo puede entenderse a la luz del derecho fundamental ajeno al que se refiere.

6. Ni los datos no personales y no protegidos (por propiedad intelectual o industrial o secreto empresarial) ni su contenido (la información representada en ellos) son tampoco objeto de propiedad, aunque como bienes jurídicos son susceptibles de titularidad y tutela. No existe sobre ellos un derecho de exclusión dotado de reipersecutoriedad. No obstante, sí cabe propiedad sobre los dispositivos en los que los datos se encuentran, lo que atribuye a su dueño ciertas facultades que se proyectan sobre dichos datos en ausencia de otras normas de protección aplicables.

7. Los datos no protegidos son bienes jurídicos susceptibles de titularidad, pero sobre ellos no cabe posesión estrictamente hablando (aunque sí mera tenencia); gozan de libre circulación en la Unión Europea, pueden ser o no objeto de un derecho a la portabilidad, y pueden ser objeto de transmisión ínter vivos y de otros negocios jurídicos, así como de sucesión, en los términos expuestos.

8. Las reglas de Derecho Internacional Privado existentes son adecuadas para los datos de carácter personal, pero son insuficientes en lo que respecta a los datos de carácter no personal, debiendo aplicarse, según los casos, los puntos de conexión de la responsabilidad extracontractual, de la competencia desleal o de los vínculos más estrechos con un ordenamiento (que normalmente existirán con el ordenamiento donde el prestador de servicios de la sociedad de la información esté establecido o donde resida habitualmente el consumidor o usuario titular de los datos no personales). El lugar

en el que están situados los datos es normalmente desconocido e irrelevante a efectos de Derecho Internacional Privado, salvo por lo que respecta a la aplicación de normas penales o de policía o a la ejecución de resoluciones judiciales y administrativas en el lugar donde esté ubicado el dispositivo (servidor u otro).

9. Las reglas sobre competencia judicial internacional en materia de datos están relativamente bien resueltas en lo que respecta a los datos de carácter personal, pero existen similares carencias en lo relativo a los datos de carácter no personal, que es preciso resolver a la luz de la jurisprudencia comunitaria.

BIBLIOGRAFÍA

- ALBALADEJO, M., *Derecho Civil I*, Ed. Edisofer, 2013, pp. 355 y 357.
- ASBROECK, B. VAN, DEBUSSCHE, J., y CÉSAR, J. (Bird Bird), *Building the European Data Economy-Data Ownership White Paper*, 1 January 2017.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 4.ª Ed., Madrid, 2017, pp. 111 ss.
- BOTTA, M., y WIEDEMANN, K., EU «Competition Law Enforcement vis-à-vis Exploitative Conducts in the Data Economy-Exploring the Terra Incognita», *Max Planck Institute for Innovation and Competition Research Paper*, núm. 18-08.
- CALABRESI, G., y MELAMED, A. D., «Property Rules, Liability Rules and Inalienability: One View of the Cathedral», *Harvard Law Review*, Vol. 85, p. 1089, abril 1972. También en *Yale Law School Faculty Scholarship Series*, 1983. https://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/1983.
- CALVO CARAVACA, A., y CARRASCOSA, J., *Derecho Internacional Privado*, vol. II, 2018, 18.ª ed., Granada, pp. 358 y 1250-1255.
- CALVO CARAVACA, A., y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Conflictos de leyes y conflictos de jurisdicción en Internet*, Editorial Colex, Madrid, 2001.
- CÁMARA LAPUENTE, S., «La sucesión *mortis causa* en el patrimonio digital: una aproximación», en *El Notario del siglo XXI*, núm. 84, marzo-abril 2019.
- CLAVERÍA GONSALBEZ, L., «Artículo 333», *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, 1993, vol. 1, p. 922.
- COCA PAYERAS, M., «Artículo 437», *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, 1993, vol. 1, p. 1180.
- Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo de 29 de mayo de 2019 COM (2019) 250 final «Orientaciones sobre el Reglamento relativo a un marco para la libre circulación de datos no personales en la Unión Europea».
- DE BUSTOS GÓMEZ RICO, M., *Comentario del Código Civil*, Bosch, 2000, artículo 437, p. 395.
- DE CASTRO, F., «Bienes de la personalidad», en *Estudios jurídicos del Profesor Federico de Castro*, tomo II, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 1997, pp. 873 ss.
- «Bienes de la personalidad», *Temas de Derecho Civil*, Madrid, 1976, pp. 7 ss.
- DETERMANN, L., «No one owns data» (february 14, 2018). *UC Hastings Research Paper*, No. 265.

- DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, III y IV, ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2012.
- DÍEZ-PICAZO, L., y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil*, vol. III-I, 9.^a ed., Madrid, 2016.
- DIKER VANBERG, A., y ÚNVER, M. B., «The right to data portability in the GDPR and EU competition law: odd couple or dynamyc duo?», *European Journal of Law and Technology*, vol. 8, No. 1, 2017.
- ENGELS, B., «Data portability among online platforms», *Internet Policy Review*, vol. 2 Issue 2 (2016).
- FUCHS MATEO, L., *La propiedad intelectual como propiedad especial a lo largo de la Historia*, tesis doctoral, Universidad Complutense de Madrid, 2017.
- GOMÁ SALCEDO, *Instituciones de Derecho Común Civil y Foral*, tomo I, p. 804.
- GONDRA, J. M., «La estructura jurídica de la empresa (el fenómeno de la empresa desde la perspectiva de la teoría general del Derecho)», en *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 228, 1998, pp. 493 ss.
- KATSH, E., *Law in a Digital World*, Oxford University Press, 1995, p. 241.
- LACRUZ BERDEJO, J. L., y otros, rev. Delgado Echeverría, J., *Elementos de Derecho Civil*, I-3, 2005, pp. 5 a 7 y 13 a 17.
- MARÍN CASTÁN, F., *Comentario del Código Civil*, Bosch, 2000, p. 7.
- MARTÍN, B., «La publicidad del dato personal no otorga per se legitimidad para su tratamiento», en <https://cms.law/es/ESP/Publication/La-publicidad-del-dato-personal-no-otorga-per-se-legitimacion-para-su-tratamiento>.
- MONTES PENADES, V., «Artículo 348», *Comentario del Código Civil*, 1993, Ministerio de Justicia, vol. 1, p. 952.
- OSBORNE CLARKE LLP, *Legal study on Ownership and Access to Data, report for the European Commission*, 2016.
- PIÑAR MAÑAS, J. L. (Director), *Reglamento General de Protección de Datos. Hacia un nuevo modelo europeo de privacidad*, Reus, Madrid, 2016.
- PIÑAR MAÑAS y RECIO GAYO, *La protección de datos en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea*, La Ley Walters Kluwer, Madrid, 2018.
- RADIN, M. J., «Proprietá e ciberspazio», *Rivista critica del diritto privato* XV-1 (1997).
- SANDEL, M., *What money can't buy*, Penguin, 2012.
- SCHWARTZ, P. M., «Property, Privacy, and Personal Data», en 117 *Harvard Law Review*, 2055 (2004).
- SWIRE, P., y LAGOS, Y., «Why the right to data portability likely reduces consumer welfare: Antitrust and Privacy Critique», 72 *Maryland Law Review*, 335 (2013).