

## **Compilaciones de datos. Protección “sui generis”. “Screen scraping”. Información obtenida por un programa de ordenador. Falta de originalidad.**

**PAÍS U ORGANIZACIÓN:** España

**ORGANISMO:** Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Madrid

**FECHA:** 07/05/2014

**JURISDICCIÓN:** Judicial (civil)

**FUENTE:** Página web del Poder Judicial de España <http://www.poderjudicial.es/search/documento/TS/7084749/Propiedad%20intelectual/20140602>

**DATOS** Roj: STS 1955/2014 - ECLI: ES:TS: 2014:1955. Id Cendoj: 28079110012014100220 “LASTMINUTE NETWORK contra RYANAIR Limited”

### **SUMARIO:**

*“RYANAIR.. solicitó se declarara que la actuación de LASTMINUTE, al realizar la extracción de datos e información que se denomina “screen scraping” en la página web de RYANAIR, incumple las condiciones y términos de uso de dicha página web, constituyen actos concurrenciales desleales que infringen los arts. 5, 7 y/o 12 de la Ley de Competencia Desleal «y/o la Directiva 1005/29/CE», y constituyen asimismo infracciones del derecho “sui generis” de RYANAIR sobre sus bases de datos y del derecho de propiedad intelectual de RYANAIR al vulnerar su derecho al software desarrollado para generar información sobre precios y vuelos, por lo que solicitaba se condenase a LASTMINUTE a cesar en la extracción de datos e información de vuelos de RYANIR directamente de su página web mediante “screen scraping”.*”

*“la audiencia considera que no existe propiamente base de datos sino un programa de ordenador que permite obtener la información solicitada, al generarla sobre la base de los parámetros previamente introducidos. La protección invocada no afectaría por tanto a los datos (el contenido), sino al continente, el programa informático, que tiene una forma de protección distinta”*

*“Y en todo caso, incluso de tratarse de una base de datos, no tendría de protección por carecer su estructura de originalidad. Como afirmábamos en nuestras anteriores sentencias que han resuelto esta cuestión (las núm. 572/2012, de 9 de octubre, y num. 630/2012, de 30 de octubre), no todas las bases de datos consistentes en una disposición sistemática o metódica cuyos datos sean accesibles individualmente resultan susceptibles de tutela por derecho de autor, ya que, de acuerdo con el apartado 1 del artículo 12 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, para ello se precisa que «por la selección o disposición de sus contenidos constituyan creaciones intelectuales».*”

*“En este sentido, la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 1 de marzo de 2012 (caso Football Dataco Ltd y otros, asunto C-604/10), apartados 29 y siguientes, precisa: «29. Con arreglo al apartado 1 de este artículo 3, una “base de datos” en el sentido del artículo 1, apartado 2, de la Directiva 96/9 está protegida por el derecho de autor si, por la selección o la disposición de su contenido, constituye una creación intelectual de su autor», de tal forma que «30. (...) la protección del derecho de autor prevista en esa Directiva tiene por objeto la “estructura” de la base de datos y no su “contenido” ni, por lo tanto, los elementos constitutivos de ésta», lo que hay que poner en relación con la “originalidad” que «38 (...) se cumple cuando, mediante la selección o la disposición de los datos que contiene, su autor expresa su capacidad creativa de manera original tomando elecciones libres y creativas (...) e imprime así su “toque personal”...», por el contrario «39 (...) ese criterio no se cumple cuando la constitución de la base de datos es dictada por consideraciones técnicas, reglas o exigencias que no dejan lugar a la libertad creativa...».*

*“Tampoco puede considerarse que se haya negado indebidamente protección a los derechos “sui generis” dimanantes del art. 133 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual pues la audiencia niega que existan datos que sean objeto de recopilación, sino que propiamente **los datos los genera un programa informático, y por tanto la inversión se habría producido para la generación de los datos, cuando para que existan derechos “sui generis” del art. 133 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual es necesario que la inversión se haya realizado en la búsqueda y recopilación de los datos existentes.**”*

*“Sobre este particular, afirmábamos en nuestras sentencias núm. 572/2012, de 9 de octubre, y num. 630/2012, de 30 de octubre que el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 96/9/CE «reserva la protección que confiere el derecho sui generis exclusivamente a las bases de datos que respondan a un criterio preciso, a saber, que la obtención, la verificación o la presentación de su contenido representen una inversión sustancial desde el punto de vista cuantitativo o cualitativo»*

*“No hay aprovechamiento indebido del esfuerzo ajeno, puesto que tal aprovechamiento tiene la justificación que el ordenamiento jurídico otorga a todos los negocios de comisión o intermediación. No hay tampoco conducta parasitaria, sino aprovechamiento lícito de la oportunidad de negocio que supone la existencia de compañías aéreas que ofertan sus vuelos en páginas web y que permiten el desarrollo de negocios como los de las agencias de viaje “on line” que ofrecen a los consumidores servicios de búsqueda y comparación de vuelos a cambio de una comisión”*

**COMENTARIO.** En caso en análisis la actora, una empresa de transporte de bajo costo, demanda, entre otras cosas, por el uso de software y banco de datos a una compañía de reservas de boletos aéreos y así tomar información de pasajeros por medio de un “browse wrapping”, esto es, por el hecho de “navegar” o visitar la web de RYANAIR, utilizando sus contenidos o aplicaciones. El Tribunal Supremo español rechazó la tutela por derecho de autor de la información obtenida por ese medio ya que tales datos los genera un programa informático, y por tanto *la inversión se habría producido para la generación de los datos, cuando para que existan derechos “sui generis” del art. 133 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual es necesario que la inversión se haya realizado en la búsqueda y recopilación de los datos existentes.* Dicho de otra manera, no es posible otorgar exclusividad sobre un bien inmaterial en el cual ninguna persona haya

participado en su constitución sino que forma parte de una compilación automatizado mediante un programa de ordenador. Así las cosas, solamente resultan protegidas por el derecho de autor las bases de datos que presentan caracteres de originalidad en su estructura. Ello, con independencia a la originalidad o no de los datos que contiene la base. Por ello, y tal como lo sostiene el Tribunal de Justicia Europeo citada en la sentencia comentada, *ese criterio no se cumple cuando la constitución de la base de datos es dictada por consideraciones técnicas, reglas o exigencias que no dejan lugar a la libertad creativa*<sup>1</sup>. Vale la pena aclarar que los simples datos no están protegidos en el derecho de autor y por lo tanto, nadie tiene tutela exclusiva sobre ellos. En caso particular que nos ocupa, la selección de la información no se aprecia rasgos de creatividad, puesto que se trata de datos que se espera aparezcan en un informe referido al mercado de cómputo. Ya sea por el reconocimiento al trabajo intelectual o bien, para tutelar un bien jurídico valioso, los tratados internacionales de la materia como las legislaciones locales en los último años, se han dedicado a ofrecer tutela jurídica a estos bienes jurídicos inmateriales, independientemente si el dato en sí mismo es protegible o no por la propiedad intelectual. Tanto el Acuerdo sobre los ADPIC (art. 10.2) como el Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor (art. 5), siguiendo de cerca al Convenio de Berna (art. 2.5), reconocen la protección por el derecho de autor de las compilaciones de datos o de otros materiales, en forma legible por máquina o en otra forma, siempre que constituyan una creación intelectual “por razones de la selección o disposición de sus contenidos”. Tal como recordaba Ricardo Antequera, de la redacción de ambos textos se advierte una “o” disyuntiva, lo que quiere decir que basta con la originalidad en la selección o bien en la disposición de los elementos de información objeto de la recopilación, sin que sea necesario exigir la concurrencia de ambas circunstancias. Respecto de las compilaciones de elementos de información en particular, es de resaltar el Considerando 16 de la Directiva Europea 96/9/CE sobre la protección jurídica de las bases de datos, según el cual “... para determinar si una base de datos puede acceder a la protección de los derechos de autor, no deben aplicarse más criterios que la originalidad en el sentido de creación intelectual, y, en especial, no se deben aplicar criterios estéticos o cualitativos”. En el ámbito regional, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (Resolución 165-IP:2004, del 17 de marzo de 2004), explicó que “la originalidad en la «selección» implica la preexistencia de un importante número de elementos de información (obras o simples hechos o datos), de los cuales el compilador elige algunos de ellos, conforme a un determinado criterio y a una metodología específica que reflejen un acto creativo”, mientras que “la originalidad en la «disposición» implica que no puede tratarse de una mera acumulación de hechos o datos (por muy laboriosa que sea esa acumulación), ni tampoco que esa disposición se realice con la aplicación de simples criterios rutinarios (como las guías profesionales realizadas solamente a partir del índice alfabético de todos los miembros colegiados), sino que supone una clasificación de esos datos en forma tal que den como resultado una creación personal”. Como puede apreciarse no se trata más que de una cuestión de hecho, que debe ser resuelta de acuerdo a las características de cada asunto en concreto. © Federico Andrés Villalba Díaz, 2014

### TEXTO COMPLETO:

En la Villa de Madrid, a siete de Mayo de dos mil catorce.

La Sala Primera del Tribunal Supremo, constituida por los magistrados indicados al margen, ha

visto el recurso de casación núm. 1421/2012, interpuesto por la entidad “RYANAIR Limited.”, representada ante esta Sala por el procurador D. Eduardo Codes Feijoo, contra la sentencia núm. 117/2012, de 22 de marzo, dictada por la sección

1 Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 1 de marzo de 2012 (caso Football Dataco Ltd y otros, asunto C-604/10).

decimoquinta de la Audiencia Provincial de Barcelona, en el recurso de apelación núm. 188/2011, dimanante de las actuaciones de juicio ordinario núm. 257/2009, seguidas ante el Juzgado de lo Mercantil núm. 7 de Barcelona. Ha sido parte recurrida la entidad “LASTMINUTE NETWORK, S.L.”, representada ante esta Sala por la procuradora D.ª María José Bueno Ramírez y asistida por el letrado D. José María Ayala Muñoz.

## ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO - La entidad “LASTMINUTE NETWORK, S.L.”, presentó en el Decanato de los Juzgados de Barcelona, el 19 de marzo de 2009, demanda de juicio ordinario, por competencia desleal, contra la entidad “RYANAIR Limited” que, una vez repartida, tuvo entrada en el Juzgado de lo Mercantil núm. 7 de Barcelona y fue registrada como Juicio Ordinario núm. 257/2009, en la que, tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que apoyaban sus pretensiones, suplicó: «[...] dicte sentencia por la que, estimando íntegramente la presente demanda:

» 1. Declare que RYANAIR LIMITED ha cometido un acto de competencia desleal contra LASTMINUTE NETWORK, S.L., Sociedad Unipersonal consistente en la denigración de LASTMINUTE NETWORK, S.L., Sociedad Unipersonal:

» 2. Declare que RYANAIR LIMITED ha cometido un acto de competencia desleal consistente en la obstaculización de la actividad empresarial de LASTMINUTE NETWORK, S.L. Sociedad Unipersonal.

» 3. Ordene a RYANAIR LIMITED cesar en la realización de manifestaciones o declaraciones denigratorias acerca de cualesquiera agencias de viajes, y en particular de LASTMINUTE

NETWORK, S.L., Sociedad Unipersonal, en particular le ordene el cese en la realización de declaraciones que tilden de ilícita la actividad de las agencias de viajes.

» 4. Ordene a RYANAIR retirar de su página web la cláusula que establece que “todas las reservas de vuelos RYANAIR han de realizarse directamente en <http://www.ryanair.com/> o a través del centro de llamadas de RYANAIR”.

» 5. Ordene y disponga la inmediata publicación de la sentencia que en su día acoja cualquiera de las pretensiones anteriores en las páginas de información económica de los siguientes diarios de información general: “El país” y “El Mundo” y en las páginas de información sobre empresas de los siguientes diarios de información económica “Expansión” y “Cinco días”.

» 6. Condene a RYANAIR al pago de las costas del presente procedimiento.»

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda, se acordó emplazar a la demandada para su contestación.

La entidad “RYANAIR Limited” en su escrito de contestación a la demanda, solicitó: «[...] dicte en su día Sentencia por la que desestime íntegramente la demanda, con expresa imposición de costas a la parte actora.»

Asimismo formuló reconvenición y suplicó al Juzgado: «[...] dicte Sentencia por la que:

1. Declare que la demandada ha incumplido las condiciones y términos de uso de la página web de RYANAIR, en virtud de los hechos expuestos en el presente escrito.

2. Declare que la conducta de la demandada ha infringido los artículos 5, 7, y /o 12 de la Ley de

Competencia Desleal y/o la Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de mayo de 2005.

3. Declare que la demandada ha infringido el derecho de propiedad intelectual de RYANAIR LIMITED al vulnera su derecho sui generis sobre sus bases de datos.

4. Declare que la demandada ha infringido el derecho de propiedad intelectual de RYANAIR LIMITED al vulnerar su derecho al software desarrollado para general información sobre precios y vuelos.

5. Previa estimación de cualquiera de las pretensiones anteriores, condene a la demandada a cesar en la extracción de los datos e información de vuelos de RYANAIR directamente en su sitio web mediante el proceso de screen scraping según lo expuesto en los hechos de la presente demanda.

6. Condene a la demandada al pago de las costas causadas.»

**TERCERO.-** Admitida a trámite la reconvencción, se dio traslado a la parte actora para su contestación.

La entidad “LASTMINUTE NETWORK, S.L.” presentó escrito en el que suplicó: «[...] tenga por contestada la demanda reconvenccional presentada por RYANAIR Ltd y, previos los trámites de rigor:

» a) Declare la incompetencia del Juzgado de lo Mercantil para conocer de la pretensión de que se “declare que la demandada [LASTMINUTE] ha incumplido las condiciones y términos de uso de la página web de RYANAIR” o, subsidiariamente, desestime tal pretensión.

» b) Desestime la demanda respecto de todas las demás pretensiones.

» c) Imponga las costas a la parte demandante.»

**CUARTO.-** Tras seguirse los trámites correspondientes, el Magistrado Juez de lo Mercantil núm. 7 de Barcelona dictó la sentencia núm. 258/2010, de 30 de julio, cuyo fallo se transcribe a continuación:

«FALLO: Que estimo parcialmente la demanda formulada por D. Ángel Joaniquet Tamburini, en nombre y representación de LASTMINUTE NETWORK S.L., y desestimo la demanda formulada contra ésta por RYANAIR LIMITED; en consecuencia absuelvo a LASTMINUTE NETWORK S.L. de la totalidad de las pretensiones formuladas en su contra y declaro que:

- RYANAIR ha cometido un acto de competencia desleal denigratorio consistente en manifestar en medios de comunicación públicos que las agencias on line, entre las que se encuentra LASTMINUTE NETWORK S.L. roban y timan a los consumidores, cobrando sobrepagos injustificados.

- RYANAIR ha cometido un acto de competencia desleal contrario a la buena fe por obstaculización de la actividad empresarial de LASTMINUTE NETWORK S.L., consistente en manifestar en medios de comunicación públicos, en el verano de 2008, que cancelaría los billetes vendidos por agencia on line y al mismo tiempo incluir en los términos y condiciones de su web que “todas las reservas de vuelos de RYANAIR han de realizarse directamente en su <http://ryanair.com/> o a través del centro de llamadas RYANAIR” y al mismo tiempo realizar el acto de competencia desleal denigratorio antes indicado.

En consecuencia ordeno que:

- RYANAIR cese en la realización de las manifestaciones denigratorias y obstaculizadoras antes indicadas.»

Tramitación en segunda instancia

**QUINTO.-** La demandada RYANAIR LIMITED apeló la sentencia dictada en primera instancia y suplicó a la Sala: «[...] dicte sentencia por la que estime el recurso de apelación interpuesto y revoque la Sentencia apelada, en cuanto a:

- Los pronunciamientos estimatorios de la demanda interpuesta por LASTMINUTE, así como en cuanto a la no imposición de costas a la parte actora inicial; desestimando íntegramente la demanda interpuesta por la actora inicial.

- Los pronunciamientos desestimatorios de la demanda reconvenicional interpuesta por RYANAIR así como en cuanto a la no imposición de costas a la parte demandada reconvenicional; estimando íntegramente la demanda reconvenicional interpuesta por el demandado inicial.

Todo ello con expresa imposición a la recurrida de las costas causadas en ambas instancias.»

**SEXTO.-** La entidad “LASTMINUTE NETWORK, S.L.” se opuso al recurso de apelación interpuesto de adverso y solicitó a la Audiencia Provincial: «[...] dicte sentencia por la que desestime íntegramente el recurso de apelación presentado de contrario, con imposición de las costas causadas a la parte recurrente.»

**SÉPTIMO.-** La resolución del recurso de apelación interpuesto correspondió a la sección decimoquinta de la Audiencia Provincial de Barcelona, que lo tramitó con el núm. de rollo 188/2011 y tras seguir los correspondientes trá-

mites dictó la sentencia núm. 117/2012, de 22 de marzo, cuyo fallo disponía: «Estimamos en parte el recurso de apelación interpuesto por Ryanair Limited contra la sentencia del Juzgado Mercantil

núm. 7 de Barcelona de fecha 30 de julio de 2010, dictada en las actuaciones de las que procede este rollo, que se revoca únicamente en el punto relativo al alcance concreto de la acción de cesación, determinante que el mismo deberá quedar limitado a las manifestaciones denigratorias, manteniendo en todo lo demás la resolución recurrida, sin imposición a la recurrente de las costas del recurso y ordenando la devolución del depósito.»

Interposición y tramitación del recurso de casación

**OCTAVO.-** La entidad “RYANAIR LIMITED” interpuso recurso de casación contra la Sentencia núm.117/2012, de 22 de marzo, dictada por la sección decimoquinta de la Audiencia Provincial de Barcelona, con base en los siguientes motivos:

1.º) Motivos de casación relativos a la estimación parcial de la demanda interpuesta por la entidad “LASTMINUTE NETWORK, S.L.”

a) Infracción del artículo 9 de la Ley de Competencia Desleal, en su redacción al tiempo de interposición de la demanda, de los apartados 1. d) y 2 del artículo 20 de la Constitución española, así como del artículo 10 de la Convención Europea de Derechos Humanos, en lo referido al supuesto acto de denigración por determinadas manifestaciones realizadas por Ryanair.

b) Infracción de los artículos 5 de la Ley de Competencia Desleal, en su redacción al tiempo de interposición de la demanda, 38 de la

Constitución española y 16 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, con respecto al pretendido acto de obstaculización por el anuncio de posibles cancelaciones llevado a cabo por parte de Ryanair.

c) Infracción del artículo 18 de la Ley de Competencia Desleal, en la redacción vigente al tiempo de interposición de la demanda, en lo referido a la orden de publicación de la sentencia.

2.º) Motivos de casación relativos a la desestimación de la demanda reconvenicional interpuesta por la entidad “LASTMINUTE NETWORK, S.L.”

a) Infracción de los artículos 1261 y 1262 del Código Civil, 54 del Código de Comercio 5.3 de la Ley 7/1998, de Condiciones Generales de la Contratación, 23 y 24 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico, 12, 133, 134 y 135 de la Ley de Propiedad Intelectual, 38 de la Constitución española y 16 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en relación con la desestimación de la acción entablada por la entidad “RYANAIR LIMITED”, al amparo de las condiciones de uso de su página web.

b) Infracción de la Directiva 96/9/CE, de 11 de marzo de 1996, del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre la protección jurídica de las bases de datos, de los artículos 12, 133, 134 y 135 de la Ley de Propiedad Intelectual, así como de los apartados 3 y 4 del artículo 281 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en lo que se refiere a la desestimación de la acción entablada por la entidad “RYANAIR LIMITED”, al amparo de la normativa en materia de propiedad intelectual.

c) Infracción de los artículos 1, 2, 3.2, 5 y 11.2 de la Ley de Competencia Desleal, en su re-

dacción vigente al tiempo de interposición de la demanda, en lo que se refiere a la desestimación de la acción entablada por la entidad “RYANAIR LIMITED”, al amparo de la normativa en materia de competencia desleal.

4 La entidad “RYANAIR LIMITED”, tras exponer los motivos que justifican la interposición del recurso de casación, suplicó a esta Sala la admisión del recurso y el planteamiento de cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en los siguientes términos:

«1º) ¿Qué debe entenderse por “usuario legítimo”, a tenor del Considerando (34) y los Artículos 7 y 8 de la Directiva 96/9/CE?

2º) ¿Los artículos 7, 8 y 9 de la Directiva 96/9/CE permiten al fabricante de una base de datos, tras poner su contenido a disposición del público en Internet - Prohibir extracciones y/o reutilizaciones de parte sustancial del contenido con fines “no privados”.- Prohibir extracciones y/o reutilizaciones de parte no sustancial del contenido de la base de datos, cuando tengan lugar con fines “no privados” y ello cause un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del fabricante o en detrimento de la explotación normal del objeto protegido?»

NOVENO.- La Audiencia Provincial remitió las actuaciones a esta Sala, con emplazamiento de las partes. Personadas éstas a través de los procuradores mencionados en el encabezamiento de esta resolución se dictó auto de 4 de diciembre 2012, cuya parte dispositiva decía: «La Sala acuerda:

»1º) Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de “RYANAIR, LTD” contra la sentencia dictada, en fecha 22 de marzo de 2012, por la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15ª), en el rollo de apel-

ación nº 188/2011, dimanante de los autos de juicio ordinario nº 257/2009, del Juzgado de lo Mercantil nº 7 de Barcelona.

» 2º) Y entréguese copia del escrito de interposición del recurso de casación formalizado, con sus documentos adjuntos, a la parte recurrida personada ante esta Sala, para que formalice su oposición por escrito en el plazo de veinte días, durante los cuales estarán de manifiesto las actuaciones en la Secretaría.»

DÉCIMO.- La entidad “LASTMINUTE NETWORK, S.L.” se opuso al recurso de casación interpuesto de contrario.

UNDÉCIMO.- Se tuvo por formalizada la oposición y al no haber solicitado todas las partes la celebración de vista, quedó el recurso pendiente de vista o votación y fallo.

DUODÉCIMO.- De la solicitud de planteamiento de cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se dio traslado al Ministerio Fiscal, quien manifestó su improcedencia.

DECIMOTERCERO.- Mediante providencia de 7 de marzo de 2014, se nombró ponente al que lo es en este trámite y se acordó resolver el recurso sin celebración de vista, señalándose para votación y fallo el día 23 de abril de 2014, en que tuvo lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. Rafael Saraza Jimena,

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Antecedentes del caso

1.- La compañía “LASTMINUTE NETWORK, S.L., SOCIEDAD UNIPERSONAL” (en lo sucesivo, LASTMINUTE) es una agencia de viajes

“on line” que presta servicios de mediación en la venta de billetes y reserva de plazas en el transporte de personas, cobrando por ello determinadas cantidades. Para ello se sirve de recursos informáticos, en concreto de un motor de búsqueda de vuelos que permite a quienes usan su página web obtener información comparada de las ofertas de diversas compañías aéreas.

La compañía “RYANAIR LIMITED” (en adelante, RYANAIR) es una compañía aérea de las denominadas de bajo coste (“low cost”). Dicha compañía está interesada en contratar directamente con los viajeros a través de su propia página web o su central de contratación telefónica, evitando por tanto la intermediación de agencias de viaje “on line” como es el caso de LASTMINUTE. Considera que la intermediación de estas agencias incrementa innecesariamente el coste del transporte, en perjuicio de sus clientes y de su oferta en el mercado.

En agosto de 2008, RYANAIR anunció en su página web que, a partir del día once de ese mes, cancelaría todas las reservas de vuelos obtenidas por procedimientos informáticos como los empleados por LASTMINUTE. Durante ese mes aparecieron en diversos periódicos españoles, informaciones anunciando y desmintiendo cancelaciones de contratos celebrados por mediación de agencias que operaban “on-line”.

5 Para referirse a dichas agencias, RYANAIR utilizó públicamente diversas expresiones, entre otras, que dichas agencias roban y timan a los consumidores cobrando sobrepagos injustificados.

2.- LASTMINUTE interpuso demanda contra RYANAIR el 19 de marzo de 2009. En ella solicitaba se declarara que RYANAIR había co-

metido actos de competencia desleal, concretamente de denigración y de obstaculización, contra LASTMINUTE, consistentes fundamentalmente en una campaña de declaraciones públicas denigrando a las agencias de viaje “on line” (como es el caso de LASTMINUTE) y amenazando a los consumidores que hubieran comprado sus billetes con la intermediación de estas agencias con cancelar o rechazar sus billetes en el momento del embarque, y en haber incluido en los “términos y condiciones” de su página web un aviso exigiendo que sus billetes solo se compraran por medio de la página web de RYANAIR o de su central de llamadas y amenazando con cancelar sin aviso ni reembolso las reservas de vuelos realizadas por medio de otras páginas web o agencias de viajes on line. Solicitaba asimismo se condenara a RYANAIR a cesar en tales declaraciones denigratorias y retirar de la web tal aviso, y se acordara la publicación de la sentencia en varios periódicos.

3.- RYANAIR contestó a la demanda, oponiéndose a ella, y además formuló reconvención en la que solicitó se declarara que la actuación de LASTMINUTE, al realizar la extracción de datos e información que se denomina “screen scraping” en la página web de RYANAIR, incumple las condiciones y términos de uso de dicha página web, constituyen actos concurrenciales desleales que infringen los arts. 5, 7 y /o 12 de la Ley de Competencia Desleal «y/o la Directiva 1005/29/CE», y constituyen asimismo infracciones del derecho “sui generis” de RYANAIR sobre sus bases de datos y del derecho de propiedad intelectual de RYANAIR al vulnerar su derecho al software desarrollado para generar información sobre precios y vuelos, por lo que solicitaba se condenase a LASTMINUTE a cesar en la extracción de datos e información de vuelos de RYANAIR directamente de su página web mediante “screen scraping”.

4.- La sentencia del juzgado mercantil estimó en parte la demanda, pues consideró que algunas de las actuaciones de RYANAIR cuestionadas en la demanda constituían actos concurrenciales desleales de denigración y de obstaculización, condenó a RYANAIR a cesar en tal conducta, y acordó la publicación del fallo. La reconvención de RYANAIR fue, por el contrario, completamente desestimada.

5.- RYANAIR apeló la sentencia.

La audiencia provincial confirmó sustancialmente la sentencia de primera instancia. En lo relativo a la demanda formulada por LASTMINUTE, consideró que las declaraciones de responsables de RYANAIR (resumidamente, que las agencias de viaje “on line” roban y timan a los consumidores cobrando sobrepagos injustificados y advertir que se cancelarían los billetes comprados por medio de agencias on line o se denegaría el embarque) constituían actos desleales de denigración y obstaculización, que encuadraba en los arts. 9 y 5 de la Ley de Competencia Desleal, pues eran inexactas e inadmisibles, se referían a prestaciones de las agencias “on line”, eran aptas para menoscabar el crédito de estas en el mercado, y no estaban justificadas por el previo conflicto entre RYANAIR y tales agencias. Consideró asimismo que esto no quedaba desvirtuado porque las acusaciones fueran genéricas respecto de las agencias “on line”.

Afirmaba la audiencia que la amenaza de cancelar los billetes adquiridos por medio de estas agencias o denegar el embarque a sus titulares constituía un acto de obstaculización. RYANAIR puede organizar su modelo de negocio, no acudiendo a intermediarios; pero cuando hace públicas ofertas de vuelos en Internet no puede impedir que esa información que pone en el mercado sea aprovechada por otros empresarios como oportunidad de negocio.

Consideró también la audiencia que la solicitud de publicación del fallo en varios periódicos es una acción autónoma que contribuye a eliminar el estado de cosas creado por actos de competencia desleal, por lo que procedía mantenerla.

Tan solo revocó la sentencia apelada en el extremo relativo a la condena a eliminar de la página web la indicación de que los billetes debían comprarse necesariamente en la web de RYANAIR, pues en sí misma considerada no era relevante desde la perspectiva de la deslealtad de la conducta.

La audiencia confirmó la desestimación de la reconvenición de RYANAIR al considerar que el “screen scraping” realizado por LASTMINUTE en la página web de RYANAIR no supone la existencia de relación contractual entre LASTMINUTE y RYANAIR, que no había engaño ni aprovechamiento indebido del esfuerzo y prestigio ajenos, y que no había infracción de la normativa de propiedad intelectual porque no hay propiamente base de datos protegida por dicha normativa, y no hay un derecho “sui generis” porque no se han acreditado inversiones sustanciales en la recopilación de datos.

6.- Contra esta sentencia RYANAIR ha formulado recurso de casación, que articula en seis motivos.

Los tres primeros motivos van referidos a los pronunciamientos que estiman en parte la demanda formulada por LASTMINUTE, y los tres últimos motivos, a la desestimación de la reconvenición formulada por RYANAIR.

7.- Esta sala ha resuelto las cuestiones planteadas en este recurso en anteriores sentencias que resolvieron recursos formulados por RYANAIR, en los que se denunciaban, en términos similares, las infracciones legales en torno a

las cuales se articula el presente recurso. Las sentencias num. 572/2012, de 9 de octubre, y num. 630/2012, de 30 de octubre, abordaron las cuestiones que hoy se plantean en los tres

últimos motivos del recurso, y rechazaron plantear cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea; y las sentencias núm. 167/2014, de 7 de abril, y 171/2014, de 9 de abril, abordaron las cuestiones planteadas en los tres primeros motivos.

La sala no encuentra razones para modificar los criterios que se siguieron en estas sentencias.

SEGUNDO.-Formulación del primer motivo del recurso

1.- El primer motivo del recurso denuncia la infracción del artículo 9 de la Ley de Competencia Desleal, en su redacción al tiempo de interposición de la demanda, de los apartados 1. d) y 2 del artículo 20 de la Constitución Española, así como del artículo 10 de la Convención Europea de Derechos Humanos, en lo referido al supuesto acto de denigración por determinadas manifestaciones realizadas por RYANAIR.

2.- Como fundamento del motivo, considera la recurrente, en síntesis, que las declaraciones cuestionadas por LASTMINUTE no constituyen actos de denigración porque no constituían una acusación específica contra dicha compañía, sino contra el colectivo de las agencias de viaje “on line”, y porque ha de tomarse en consideración el contexto en que se produjeron las manifestaciones analizadas.

TERCERO.- Resolución del motivo

1.- Es irrelevante para enjuiciar el carácter desleal de tal conducta que responsables de RYANAIR (en concreto, el Sr. Juan María) rea-

lizaran manifestaciones denigratorias dirigidas al colectivo de agencias de viaje “on line” y no identificaran LASTMINUTE por su nombre. Como ha declarado esta sala en las sentencias núm. 627/2010, de 26 de octubre, 167/2014, de 7 de abril, y 171/2014, de 9 de abril, el artículo 9 de la Ley de Competencia Desleal trata de evitar el daño al crédito en el mercado producido a un agente económico.

Pero no tiene como última finalidad dar protección a dicho crédito, sino asegurar, por medio de su tutela, el correcto funcionamiento del mercado. La buena reputación de los agentes económicos se protege en la Ley de Competencia Desleal ante manifestaciones falsas, inexactas o impertinentes porque por esa vía se da amparo a un adecuado desenvolvimiento de la institución de la competencia. Se trata, en definitiva, de impedir que las leyes de la oferta y la demanda resulten influidas por un acto injustificado de obstaculización del competidor o por una decisión del consumidor deficientemente formada.

A la vista de esta finalidad de la norma, la mención a la denominación social de la empresa objeto de la conducta denigratoria resulta secundaria, pues no afecta a la distorsión del correcto funcionamiento del mercado que provoca la conducta denigratoria. Tanto más cuando, como en el caso de las agencias de viaje “on line”, se trata de un colectivo «no muy numeroso y perfectamente identificable por los consumidores», según ha declarado la audiencia.

2.- El argumento del recurso que hace referencia, con la intención de que sea aplicado analógicamente, a la ligazón de los actos de denigración con el derecho al honor, arguyendo que por tal razón no puede resultar afectado por las declaraciones denigratorias referidas a colectivos genéricos a los que la persona o entidad

pueda pertenecer, no es acertado en cuanto a su pretensión de aplicación analógica y tampoco en cuanto referido al derecho al honor.

No es acertada la pretensión de aplicación analógica porque, como se ha dicho, la finalidad del art. 9 de la Ley de Competencia Desleal no es proteger el crédito del agente económico denigrado, sino asegurar, por medio de su tutela, el correcto funcionamiento del mercado. Como precisó la sentencia 627/2010, de 26 de octubre, el menoscabo del crédito constituye una modalidad de denigración que no tiene necesariamente que coincidir con los contornos de la lesión del honor. El artículo 9 de la Ley de Competencia Desleal trata de evitar el daño al crédito de un agente económico, pero no para darle directa protección, sino para asegurar, por medio de su tutela, el correcto funcionamiento del mercado.

Y el argumento no es correcto siquiera aplicado al derecho al honor porque la STC 214/1991, de 11 de noviembre (caso Violeta Friedman y el honor del pueblo judío), matizó el significado personalista del derecho al honor consagrado en el artículo 18 de la Constitución, y afirmó que puede considerarse ofendido el derecho al honor por los ataques referidos a un determinado colectivo de personas si los mismos trascienden a sus miembros o componentes, identificables como individuos dentro de la colectividad.

3.- Tampoco resultan legitimadas las expresiones insultantes utilizadas (que las agencias de viaje “on line” roban y timan a los consumidores cobrando sobrepagos injustificados) por el enfrentamiento existente entre RYANAIR y tales agencias, puesto que tales expresiones eran innecesarias para transmitir la posición de RYANAIR en tal conflicto. Como hemos afirmado en las sentencias núm. 167/2014, de 7 de abril, y 171/2014, de 9 de abril, en relación a

las mismas manifestaciones, estas no constituyen una crítica de la actividad profesional de las agencias de viaje “on line” sino una descalificación injuriosa e innecesaria del comportamiento profesional, mediante expresiones que ponen en duda o menosprecian, sin más, la probidad o la ética de las mismas en el desempeño de la actividad a que se dedican.

CUARTO.-Formulación del segundo motivo del recurso 1.- El segundo motivo se basa en la infracción de los artículos 5 de la Ley de Competencia Desleal, en su redacción al tiempo de interposición de la demanda, 38 de la Constitución Española y 16 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, con respecto al pretendido acto de obstaculización por el anuncio de posibles cancelaciones llevado a cabo por parte de RYANAIR.

2.- La recurrente fundamenta el motivo, sintéticamente, en que la conducta de RYANAIR, al anunciar la política de cancelaciones de billetes adquiridos por medio de agencias “on line”, no constituye un acto desleal de obstaculización porque tiene derecho a implantar su modelo de negocio y no reconocer billetes adquiridos por medios “ilegales”.

QUINTO.- Resolución del motivo

1.- La audiencia ha considerado que las declaraciones en las que los responsables de RYANAIR anunciaban la cancelación de los billetes de su compañía adquiridos a través de agencias “on line”, o la denegación del embarque a quienes los hubieran adquirido de ese modo, constituían un acto de obstaculización constitutivo del ilícito concurrencial del art. 5 de la Ley de Competencia Desleal (actual art. 4), pues exceden del derecho a autoorganizar sus prestaciones, y por tanto del principio de libertad de empresa, e interfieren de forma ilegítima en el

derecho a hacer lo propio que tienen otros empresarios que actúan en el mercado.

2.- El art. 5, hoy 4, de la Ley de Competencia Desleal ha sido objeto de consideración en numerosas sentencias de esta sala. En el aspecto que aquí interesa, han declarado que el artículo 5 de la Ley de Competencia Desleal permite calificar como desleales conductas no descritas en los demás preceptos de dicha ley cuando, concurriendo los presupuestos previstos en los artículos 1 a 4, sean contrarias al modelo o estándar en que la buena fe consiste.

El artículo 5 de la Ley de Competencia Desleal no puede ser utilizado para calificar como desleales conductas que superen el control de legalidad a la luz de los preceptos de la propia Ley específicamente redactados para reprimirlas. Sin embargo, como ya declaramos en las citadas sentencias núm. 167/2014, de 7 de abril, y 171/2014, de 9 de abril, respecto de esta misma conducta, no es incorrecto calificar como contrario al modelo de conducta a que se remite dicho precepto, un intento, seriamente sostenido, de determinar el comportamiento económico de los consumidores, con la pública y expresa advertencia del empleo, por vías de hecho, de medidas perjudiciales para sus posiciones contractuales, ya ganadas, ante las que los mismos estarían a resguardo, en su condición de terceros contratantes de buena fe.

El comportamiento descrito, que la audiencia calificó como obstaculizador, encaja en la previsión hipotética del art. 5 de la Ley de Competencia Desleal, y al tener sustantividad fáctica frente a los demás ilícitos declarados, su sanción no resulta contraria al principio “non bis in idem”, sin perjuicio de que pudiera discutirse si también puede subsumirse en el art. 9 de dicha ley. Se trata de una conducta dirigida a influir en el mercado y contraria al modelo que el refe-

rido artículo 5, hoy 4, de la Ley de Competencia Desleal trata de preservar.

SEXTO.- Formulación del tercer motivo del recurso

1.- En el tercero motivo del recurso, RYANAIR alega la infracción del artículo 18 de la Ley de Competencia Desleal, en la redacción vigente al tiempo de interposición de la demanda, en lo referido a la orden de publicación de la sentencia.

2.- El motivo se fundamenta en que la publicación es una forma de resarcimiento, no de remoción de los efectos del acto desleal; y que incluso si se considerara un medio de remoción, la actora no habría probado que los efectos del acto subsisten.

SÉPTIMO.- Resolución del motivo

1.- La sentencia recurrida ha afirmado que RYANAIR «utilizó los medios de comunicación para dar un relieve a sus manifestaciones que aún es susceptible de permanecer en el mercado». La solución que se dé a la cuestión planteada en el motivo ha de partir de esta afirmación, puesto que consiste en el sustrato fáctico que no ha resultado combatido de la única forma que podía serlo, a través del recurso extraordinario por infracción procesal. No es admisible hacer supuesto de la cuestión, afirmando que no ha resultado probada la subsistencia de los efectos del acto.

2.- Sentado lo anterior, la naturaleza de acción autónoma que tiene la dirigida a obtener la publicación de la sentencia declarativa de la conducta concurrencial desleal, que contribuye a eliminar el estado de cosas creado por los actos de competencia desleal llevados a cabo, justifica la procedencia de la condena, tal como consideró la sentencia recurrida.

Tal procedencia resulta justificada tanto se otorgue a la acción un fundamento resarcitorio, como resultaba del art. 18.5 de la Ley de Competencia Desleal, en la redacción anterior a la última reforma, puesto que la denigración ha supuesto necesariamente un daño, siquiera difuso, para las agencias de viaje cuya actividad ha sido ilegítimamente descalificada; como si se otorga un fundamento de remoción, tal como se desprende de la regulación actual establecida en el art. 32.2 de la Ley de Competencia Desleal, puesto que es un medio apto para que desaparezcan los efectos de la conducta desleal.

OCTAVO.- Formulación del cuarto motivo del recurso

1.- El cuarto motivo del recurso plantea la infracción de los artículos 1261 y 1262 del Código Civil, 54 del Código de Comercio, 5.3 de la Ley 7/1998, de Condiciones Generales de la Contratación, 23 y 24 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico, 12, 133, 134 y 135 de la Ley de Propiedad Intelectual, 38 de la Constitución española y 16 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en relación con la desestimación de la acción entablada por la entidad “RYANAIR LIMITED”, al amparo de las condiciones de uso de su página web.

2.- La recurrente fundamenta el motivo, resumidamente, en que discrepa de la base de la que parte la audiencia para resolver esta cuestión, pues es LASTMINUTE, y no el cliente, quien acepta expresamente las condiciones de uso de la web de RYANAIR. La recurrente afirma que quien voluntariamente entra en su página web para informarse de los vuelos y para contratar, acepta las condiciones que impone la titular de la página. Tacha de incierta

la afirmación de la sentencia de que RYANAIR estaría ofreciendo sus prestaciones al público sin restricciones”; que la relación contractual se perfecciona por el mecanismo conocido como “browse wrapping”, esto es, por el hecho de “navegar” o visitar la web de RYANAIR, utilizando sus contenidos o aplicaciones.

RYANAIR considera que la utilización de la página web necesariamente supone la previa celebración de un contrato en las condiciones impuestas por la compañía aérea. Partiendo de tal premisa, la agencia de viajes, al vulnerar la prohibición de uso de software para extraer datos de un sitio web y mostrarlos en otro, así como al suministrar con fines comerciales la información sobre la oferta de servicios de RYANAIR, infringiría los preceptos citados.

Finalmente, sostiene que a los contratos les resultan oponibles las condiciones de uso publicadas en la web por su titular.

#### NOVENO.-Resolución del motivo

1.- La recurrente, con carácter previo a formular los tres últimos motivos del recurso, hace mención a la pendencia de recursos de casación relativos a las cuestiones planteadas en tales motivos del recurso.

Tales recursos han sido ya han sido resueltos, en sentido desestimatorio, en las sentencias num. 572/2012, de 9 de octubre, y num. 630/2012, de 30 de octubre, que rechazaron los argumentos expuestos en ellos por RYANAIR, coincidentes en lo sustancial con los utilizados en este recurso. En consecuencia, al considerar la sala procedente mantener el criterio establecido en esas sentencias, los argumentos que se utilizarán serán sustancialmente coincidentes con los allí utilizados.

2.- La primera razón que debe llevar a desestimar el motivo es que para plantearlo, RYANAIR parte de una base fáctica diferente de la fijada en la sentencia de la audiencia, sin que la haya combatido adecuadamente mediante el recurso extraordinario por infracción procesal, por lo que incurre en el vicio de petición de principio.

No puede admitirse esta conducta procesal, por lo que ha de partirse de lo afirmado en la instancia, esto es, que LASTMINUTE, cuando utiliza la técnica del “screen scraping”, no acepta las condiciones de uso de la página web de RYANAIR porque es el cliente quien lo hace materialmente.

3.- Consecuencia de lo anterior es que no puede aceptarse que LASTMINUTE haya contratado con RYANAIR. Por ello, no existe una infracción contractual derivada del incumplimiento de las condiciones generales de uso de la página web de la demandante. La falta de aceptación de tales condiciones de uso de la página web de RYANAIR por parte de LASTMINUTE hace inaplicable la invocada doctrina de la declaración de voluntad jurídico negocial mediante actos concluyentes socialmente típicos, usual en el tráfico en masa, que impide negar el consentimiento exteriorizado mediante el comportamiento, de acuerdo con la clásica regla “protestatio facta contraria non valet” (la declaración contra los hechos no es admisible).

4.- No puede confundirse la infracción de un contrato, que exige la previa prestación de consentimiento, con la actuación de quien, con rechazo más o menos expreso de las condiciones impuestas por el titular de una página web y, por vía de hecho, a modo de atajo o pasarela facilita a los consumidores finales el acceso directo a determinados contenidos de la web, sin necesidad de seguir el itinerario de navegación diseñado por su titular, durante el

cual se ofertan al usuario pluralidad de productos o servicios más o menos relacionados con el vuelo que el consumidor final pretende contratar y que no podrán ser aceptadas al ser desconocidas.

5.- No se ha producido por tanto la infracción legal denunciada en el motivo, de modo ciertamente defectuoso a la vista de la cita excesiva de preceptos legales y constitucionales, de carácter heterogéneo, que muestra que no se pretende denunciar una infracción legal concreta, como elevar al Tribunal Supremo toda la problemática fáctico-jurídica, como si de un recurso ordinario se tratara.

#### DÉCIMO.- Formulación del quinto motivo

1.- En el quinto motivo del recurso se alega la infracción de la Directiva 96/9/CE, de 11 de marzo de 1996, del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre la protección jurídica de las bases de datos, de los artículos 12, 133, 134 y 135 de la Ley de Propiedad Intelectual, así como de los apartados 3 y 4 del artículo 281 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en lo que se refiere a la desestimación de la acción entablada por la entidad “RYANAIR LIMITED”, al amparo de la normativa en materia de propiedad intelectual.

2.- El motivo se fundamenta, resumidamente, en que (i) la sentencia de la audiencia ha infringido el art. 281.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil al considerar que la base de datos sobre vuelos de RYANAIR no se subsume en el concepto de base de datos del art. 12.2 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual cuando se trata de un hecho aceptado por ambas partes; (ii) RYANAIR tiene en su web una base de datos conformada por los vuelos que ofrece a los consumidores en función de los destinos, precios, fechas, etc., dispuestos por RYANAIR de manera sistemática y metódica,

accesible por medios electrónicos, para posibilitar su consulta directa; (iii) la sentencia de la audiencia reduce el concepto de “inversión sustancial” del art. 133.1 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual a la inversión en la “creación” de los datos, con olvido de que tal inversión puede producirse en la “verificación” o “presentación” del contenido que conforma la base de datos, sin que el hecho de que los datos incorporados sean propios del creador de la base de datos excluya la protección dispensada por el derecho sui generis; (iv) a RYANAIR se le niega indebidamente el derecho “sui generis” establecido en los arts. 133, 134 y 135 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, porque la utilización de la técnica del “screen scraping” por LAST-MINUTE supone la realización de continuas extracciones y reutilizaciones del contenido de la base de datos, que no tienen por qué ser soportadas por RYANAIR

#### UNDÉCIMO.- Resolución del motivo

1.- Las infracciones procesales en que haya podido incurrir la sentencia de la audiencia no son impugnables a través del recurso de casación, sino solamente a través del recurso extraordinario por infracción procesal. En consecuencia, no puede estimarse el motivo con base en la supuesta infracción del art. 281.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

2.- RYANAIR, para la formulación del recurso, modifica la base fáctica sobre la que se ha asentado la decisión de la audiencia, incurriendo de nuevo en el vicio de petición de principio.

Al contrario de lo que afirma RYANAIR, la audiencia considera que no existe propiamente base de datos sino un programa de ordenador que permite obtener la información solicitada, al generarla sobre la base de los parámetros pre-

viamente introducidos. La protección invocada no afectaría por tanto a los datos (el contenido), sino al continente, el programa informático, que tiene una forma de protección distinta.

Y en todo caso, incluso de tratarse de una base de datos, no tendría de protección por carecer su estructura de originalidad. Como afirmábamos en nuestras anteriores sentencias que han resuelto esta cuestión (las núm. 572/2012, de 9 de octubre, y num. 630/2012, de 30 de octubre), no todas las bases de datos consistentes en una disposición sistemática o metódica cuyos datos sean accesibles individualmente resultan susceptibles de tutela por derecho de autor, ya que, de acuerdo con el apartado 1 del artículo 12 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, para ello se precisa que «por la selección o disposición de sus contenidos constituyan creaciones intelectuales». En este sentido, la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 1 de marzo de 2012 (caso Football Dataco Ltd y otros, asunto C-604/10), apartados 29 y siguientes, precisa: «29. Con arreglo al apartado 1 de este artículo 3, una “base de datos” en el sentido del artículo 1, apartado 2, de la Directiva 96/9 está protegida por el derecho de autor si, por la selección o la disposición de su contenido, constituye una creación intelectual de su autor», de tal forma que «30. (...) la protección del derecho de autor prevista en esa Directiva tiene por objeto la “estructura” de la base de datos y no su “contenido” ni, por lo tanto, los elementos constitutivos de ésta», lo que hay que poner en relación con la “originalidad” que «38 (...) se cumple cuando, mediante la selección o la disposición de los datos que contiene, su autor expresa su capacidad creativa de manera original tomando elecciones libres y creativas (...) e imprime así su “toque personal”...», por el contrario «39 (...) ese criterio no se cumple cuando la constitución de la base de datos es dictada por con-

sideraciones técnicas, reglas o exigencias que no dejan lugar a la libertad creativa...».

3.- Tampoco puede considerarse que se haya negado indebidamente protección a los derechos “sui generis” dimanantes del art. 133 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual pues la audiencia niega que existan datos que sean objeto de recopilación, sino que propiamente los datos los genera un programa informático, y por tanto la inversión se habría producido para la generación de los datos, cuando para que existan derechos “sui generis” del art. 133 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual es necesario que la inversión se haya realizado en la búsqueda y recopilación de los datos existentes.

Sobre este particular, afirmábamos en nuestras sentencias núm. 572/2012, de 9 de octubre, y num. 630/2012, de 30 de octubre que el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 96/9/CE «reserva la protección que confiere el derecho sui generis exclusivamente a las bases de datos que respondan a un criterio preciso, a saber, que la obtención, la verificación o la presentación de su contenido representen una inversión sustancial desde el punto de vista cuantitativo o cualitativo» (sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea todas ellas de 9 de noviembre de 2004, caso Fixtures Marketing Ltd v. Oy Veikkaus Ab, asunto C- 46/02, apartado 32; caso Fixtures Marketing Ltd v. Organismos prognostikon agonon podofairou AE (OPAP), asunto C-444/02, apartado 38; caso Fixtures Marketing Ltd v. Svenska Spel AB, asunto C-338/02, apartado 22; y caso The British Horseracing Board Ltd y otros v. William Hill Organization Ltd, asunto C-203/02, apartado 30).

También es este el criterio que mantiene el artículo 133.1 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual al disponer que «el derecho

“sui generis” sobre una base de datos protege la inversión sustancial, evaluada cualitativa o cuantitativamente, que realiza su fabricante ya sea de medios financieros, empleo de tiempo, esfuerzo, energía u otros de similar naturaleza, para la obtención, verificación o presentación de su contenido».

La norma exige la existencia de inversión sustancial para obtención, verificación o presentación de su contenido y el hecho de que los datos contenidos en la base sean elaborados por quien, además, crea la base, no supone que no exista inversión sustancial.

Pero el hecho de que no excluya de la protección “sui generis” al autor de los datos que después se recopilan en la base, no permite proyectar los gastos e inversiones en la creación o elaboración de los datos con los precisos para su obtención, su verificación o su presentación. Así lo afirma el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la sentencias citadas al condicionar el derecho “sui generis” a la prueba de la inversión sustancial -“con tal de que acredite que (...) supusieron una inversión sustancial desde el punto de vista cuantitativo o cualitativo, independiente de los recursos utilizados para la creación de los datos en cuestión».

La sentencia recurrida no rechaza la existencia de una inversión sustancial en la creación de datos. Lo que sostiene es que la inversión realizada tiene por objeto precisamente la creación de los mismos y «no se produce para la recopilación de los datos que forman la base de datos cuyos derechos se afirman infringidos» y «a estos efectos no son relevantes las inversiones para la propia creación o generación de los datos, sino para la búsqueda y recopilación de los ya existentes».

Partiendo de tal afirmación la decisión de la audiencia es acertada, ya que, como afirma la

sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 9 de noviembre de 2004, caso Fixtures Marketing, asunto 11 C-444/02, apartado 37 «el concepto de inversión destinada a la obtención, la verificación o la presentación del contenido de una base de datos debe entenderse, con carácter general, en el sentido de que se refiere a la inversión destinada a la constitución de dicha base en cuanto tal», de tal forma que, como sostiene el apartado 40 «el concepto de inversión destinada a la obtención del contenido de una base de datos debe entenderse en el sentido de que designa los recursos consagrados a la búsqueda de elementos independientes ya existentes y a su recopilación en la base de que se trate, con exclusión de aquellos recursos utilizados para la propia creación de los elementos independientes. En efecto, la finalidad de la protección que confiere el derecho sui generis que establece la Directiva es fomentar la implantación de sistemas de almacenamiento y tratamiento de información ya existente, y no la creación de datos que puedan ser recopilados ulteriormente en una base de datos».

DUODÉCIMO.-Formulación del sexto motivo del recurso

1.- El sexto y último motivo del recurso alega la infracción de los artículos 1, 2, 3.2, 5 y 11.2 de la Ley de Competencia Desleal, en su redacción vigente al tiempo de interposición de la demanda, en lo que se refiere a la desestimación de la acción entablada por la entidad “RYANAIR LIMITED”, al amparo de la normativa en materia de competencia desleal.

2.- El motivo se fundamenta en que LASTMINUTE se apropia del esfuerzo competitivo de RYANAIR, se aprovecha de los esfuerzos e inversiones propias del negocio de esta mediante un negocio parasitario, cargando un sobrepre-

cio a su favor por un pretendido servicio que no tiene ningún valor añadido para el consumidor, fuera de la mera información comparativa. Y que las extracciones o reutilizaciones de bases de datos “on line” mediante técnicas como el “screen scraping” suponen un aprovechamiento abusivo e indebido del esfuerzo ajeno.

#### DECIMOTERCERO.- Resolución del motivo

1.- Al igual que afirmábamos en las sentencias 572/2012, de 9 de octubre, y num. 630/2012, de 30 de octubre, lo que LASTMINUTE cobra a sus clientes eran sus servicios que indudablemente existen y además son lícitos, y justificadores del cobro de una comisión, sin que sea RYANAIR la que deba decidir si tal comisión está o no justificada, sino los clientes que optan por utilizar tales servicios, conociendo que suponen el cobro de una comisión.

2.- No hay aprovechamiento indebido del esfuerzo ajeno, puesto que tal aprovechamiento tiene la justificación que el ordenamiento jurídico otorga a todos los negocios de comisión o intermediación. No hay tampoco conducta parasitaria, sino aprovechamiento lícito de la oportunidad de negocio que supone la existencia de compañías aéreas que ofertan sus vuelos en páginas web y que permiten el desarrollo de negocios como los de las agencias de viaje “on line” que ofrecen a los consumidores servicios de búsqueda y comparación de vuelos a cambio de una comisión.

DECIMOCUARTO.- Imprudencia de plantear la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea

1.- RYANAIR, tras exponer los motivos que justifican la interposición del recurso de casación, solicitó a la sala el planteamiento de cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la

Unión Europea en los términos reproducidos en el antecedente octavo de esta sentencia.

2.- La sala ya tuvo ocasión de pronunciarse sobre la misma petición. En las sentencias 572/2012, de 9 de octubre, y num. 630/2012, de 30 de octubre se afirmó que no procede plantear cuestión prejudicial alguna sobre el concepto de usuario legítimo de las bases de datos, pues no es necesario para poder resolver el recurso.

Habida cuenta que ha quedado fijado que no existe base de datos objeto de protección por las normas sobre propiedad intelectual, ni derecho “sui generis” de los arts. 7 a 9 de la directiva, falta la base sobre la que se realiza la solicitud de planteamiento de la cuestión prejudicial.

#### DECIMOQUINTO.- Costas y depósito

1.- De acuerdo con lo previsto en el artículo 398.1 en relación con el 394.1, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, las costas del recurso de casación deben ser impuestas a la recurrente.

2.- También procede acordar la pérdida del depósito constituido de conformidad con la disposición adicional 15ª, apartado 9, de la Ley Orgánica del Poder Judicial, introducida por la Ley Orgánica 1/2009, de 12 de noviembre, complementaria de la Ley de Reforma de la Legislación Procesal para la implantación de la Nueva Oficina Judicial.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

#### FALLAMOS

1.- Desestimar el recurso de casación interpuesto por la entidad “RYANAIR LIMITED”

contra la sentencia núm. 117/2012, de 22 de marzo, dictada por la sección decimoquinta de la Audiencia Provincial de Barcelona, en el recurso de apelación núm. 188/2011, dimanante de las actuaciones de juicio ordinario núm. 257/2009, seguidas ante el Juzgado de lo Mercantil núm. 7 de Barcelona.

2.- Imponer al expresado recurrente las costas del recurso de casación que desestimamos, así como la pérdida del depósito constituido.

Líbrese al mencionado tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y del rollo de Sala.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos Jose Ramon Ferrandiz Gabriel, Antonio Salas Carceller, Ignacio Sancho Gargallo, Rafael Saraza Jimena, Sebastian Sastre Papiol. FIRMADA Y RUBRICADA. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Rafael Saraza Jimena, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.