

REFLEXIONES ACERCA DE LA PROTECCIÓN JURÍDICA DE LAS PÁGINAS WEB Y LA POTENCIAL CAPACIDAD DEL DERECHO DE AUTOR Y DEL DERECHO *SUI GENERIS* SOBRE BASES DE DATOS PARA ADAPTARSE A LAS PECULIARIDADES TÉCNICAS DE LAS PRIMERAS

Por Gemma MINERO ALEJANDRE¹
Becaria F.P.U. de Derecho Civil
Universidad Autónoma de Madrid

*«Sometimes when you innovate,
you make mistakes.
It is best to admit them quickly,
and get on with improving your other innovations».*

—Steven Paul Jobs, 1988—

RESUMEN:

El actual protagonismo de las páginas web como instrumento conductor de la cultura y la información, en general, y como principal soporte de obras y prestaciones protegidas por la propiedad intelectual, en particular, contrasta con el hecho de que ni la normativa española, ni la legislación vigente en el resto de países de nuestro entorno, ni las directivas europeas, ni los tratados internacionales existentes sobre la materia regulen de manera específica la protección jurídica que deba darse a estas. Sin embargo, la exigencia al legislador de un total e inmediato acomodo con la realidad tecnológica y sus constantes cambios técnicos colocaría a este en la obligación de llevar a cabo una labor de modificación y actualización legislativa de muy difícil cumplimiento en nuestros días y reduciría considerablemente la eficacia y vigencia de las normas así dictadas. Siendo esta la situación actual, el presente trabajo analiza la posibilidad de aplicar a estos nuevos productos culturales las protecciones previstas con carácter general en las citadas nor-

¹ La autora desea dedicar este trabajo a su maestro, Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, por todo y más. Asimismo, desea agradecer a Raúl PÉREZ DE LA TORRE su inconmensurable ayuda en la precisión y corrección de los conceptos técnicos del campo de la informática aparecidos a lo largo de este estudio. Ayuda sin la cual este ensayo nunca hubiese visto la luz. El embrión de este trabajo obtuvo el II Premio Estudios Financieros, en la modalidad de Derecho Civil y Mercantil, del Centro de Estudios Financieros, en su edición de 2011.

mativas, así como las resoluciones jurisdiccionales recaídas en la Unión Europea. En concreto, se examina la aptitud del concepto europeo de bases de datos para subsumir en él a la nueva realidad de las páginas web y las implicaciones que dicha subsunción tendría respecto de las dos formas de tutela jurídica de las bases de datos: el derecho de autor (arts. 3-6 de la Directiva de bases de datos y arts. 12 y 34 de la LPI, en especial, y Libro I de la LPI, en general) y el derecho *sui generis* (arts. 7-11 de la citada Directiva y arts. 133-137 de la LPI). Todo ello teniendo en cuenta las peculiaridades inherentes al proceso de elaboración y mantenimiento de una página web y los diversos sujetos intervinientes en él, el necesario amoldamiento a los conceptos de originalidad y de inversión sustancial de los factores característicos de las páginas web, así como el análisis jurisprudencial que los tribunales nacionales y europeos han llevado a cabo de los varios supuestos de los que han tenido conocimiento hasta la fecha.

PALABRAS CLAVE: Sitio o página web, bases de datos, Directiva 96/9/CE, derecho de autor, derecho *sui generis*.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. ANÁLISIS DE LA FALTA DE NORMATIVA ESPECÍFICA QUE REGULE LA PROTECCIÓN JURÍDICA DE LAS PÁGINAS WEB. II. APROXIMACIÓN AL CONCEPTO TÉCNICO DE PÁGINA WEB. III. CONCEPTO DE BASE DE DATOS. FACTIBILIDAD DE SUBSUNCIÓN DE LAS PÁGINAS WEB EN EL CONCEPTO DE BASE DE DATOS. 1. ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL ESTUDIO. 2. CARACTERIZACIÓN DEL CONCEPTO DE BASE DE DATOS. ESTUDIO DEL CUMPLIMIENTO DE LOS REQUISITOS POR PARTE DE LAS PÁGINAS WEB. IV. TUTELA JURÍDICA DE LAS BASES DE DATOS. APLICACIÓN A LAS PÁGINAS WEB. 1. CONSIDERACIONES GENERALES. 2. TUTELA POR EL DERECHO DE AUTOR. 2.1. *Determinación del ámbito de aplicación.* 2.2. *Derechos morales del autor de la estructura de una página web.* 2.3. *Derechos patrimoniales del autor de la estructura de una página web.* 3. TUTELA POR EL DERECHO *SUI GENERIS*. 3.1. *Determinación del ámbito de aplicación del derecho sui generis a las páginas web.* 3.2. *Titular originario del derecho sui generis.* 3.3. *Facultades patrimoniales del fabricante de una página web.* V. MISCELÁNEA: CONTRATOS NECESARIOS PARA LA CREACIÓN Y EL FUNCIONAMIENTO DE UNA PÁGINA WEB. VI. CONCLUSIONES. VII. BIBLIOGRAFÍA.

TITLE: REFLECTIONS ON THE LEGAL PROTECTION OF WEBSITES AND ON THE FLAIR OF COPYRIGHT AND *SUI GENERIS* RIGHT FOR ADAPTING ITS PROTECTIONS TO THE PARTICULAR CHARACTERISTICS OF WEBSITES.

ABSTRACT: Despite the current prominence of websites as the principal culture conduct and as a manner or medium of expression of protected works and other subject-matters, neither Spanish law, nor European directives or international treaties provide websites with specific legal protection. However, calling the legislator for a total and immediate legal adaptation would not make sense due to the constant technical changes and innovations. Besides, that task would be fraught with serious difficulties of effectiveness and validity of the Law. This article analyses the way to cover this regulation gap, exploring the possibilities offered by the legislation currently in force and the solutions given by the European judgments pronounced up to now. Particularly, we examine the possibility of subsuming websites into the European concept of databases and, therefore, the application of databases protection to websites —that is, the copyright and the *sui generis* right—, as well as its implications for interpreting and applying the legal regulations of these two rights (on copyright, arts. 3-6 Directive on legal protection of databases and arts. 12 and 34 of Spanish Copyright Law, and Book I of this Law; and, on *sui generis* right, arts. 7-11 of the above-mentioned Directive and arts. 133-137 of the Spanish copyright Law). Therefore, we deal with the consequences stemmed from the particular characteristics of creating and running a website, the individuals involved in this process and the treatment gave by the judgments passed on to date.

KEYWORDS: Websites, databases, Directive 96/9/EC, copyright, *sui generis* right.

CONTENTS: I. APPROACH TO THE ISSUE: THE NON-EXISTENCE OF SPECIFIC REGULATIONS. II. APPROACH TO THE TECHNICAL CONCEPT OF WEBSITE. III. THE CONCEPT OF DATABASES. SUBSUMING WEBSITES INTO THE EUROPEAN CONCEPT OF DATABASES. 1. SCOPE OF THE STUDY. 2. CHARACTERIZING THE CONCEPT OF DATABASE. STUDY ON THE COMPLIANCE WITH THE REQUIREMENTS OF CURRENT EUROPEAN LEGISLATION. IV. LEGAL PROTECTION OF WEBSITES. APPLICATION TO DATABASES. 1. GENERAL REMARKS. 2. COPYRIGHT PROTECTION. 2.1. *The scope of the right.* 2.2. *Moral rights.* 2.3. *Exploitation rights.* 3. *SUI GENERIS* PROTECTION. 3.1. *The scope of the sui generis right in relation with websites.* 3.2. *Right holder of the sui generis protection.* 3.2. *Exploitation rights.* V. MISCELLANY: CONTRACTS OF CREATING AND RUNNING WEBSITES. VI. CONCLUSIONS. VII. BIBLIOGRAPHY.

I. INTRODUCCIÓN. ANÁLISIS DE LA FALTA DE NORMATIVA ESPECÍFICA QUE REGULE LA PROTECCIÓN JURÍDICA DE LAS PÁGINAS WEB

En el campo de las páginas web, el divorcio entre la realidad social y la normativa reguladora de la propiedad intelectual es sonado. Basta observar la excepcional importancia que este producto tiene en nuestros días, desde el inicio de la denominada Sociedad de la Información, para advertir y criticar la falta de atención que ha recibido en el plano normativo. La inseguridad sobre la forma de proteger las páginas web desde el punto de vista de la propiedad intelectual y la concreta extensión que deba darse a dicha tutela recuerda bastante a los alegatos que muchos defendieron en la década de los sesenta, en las primeras discusiones acerca de la protección que debía darse a los programas de ordenador.² Una vez más, tal y como sucedió entonces, a lo largo de este trabajo nos planteamos la necesidad de proteger las páginas web y la posibilidad de subsumir la tutela de estas en alguna de los derechos de propiedad intelectual actualmente existentes, así como la conveniencia de que los órganos jurisdiccionales tengan en cuenta algunos detalles específicos de su protección, de manera que esta se adecúe mejor a las especialidades técnicas de las páginas web.

Ni el legislador español, ni las instancias europeas han regulado aún este fenómeno, ni su ordenación entra dentro de la agenda normativa a medio y corto plazo de estas.³ Su homólogo estadounidense tampoco ha dictado todavía una normativa específica al respecto con eficacia federal, como tampoco lo han hecho los sujetos con competencias normativas en el plano estatal. Dicha falta de atención es predicable asimismo a nivel internacional, pues ninguno de los actuales tratados supranacionales que versan sobre la materia hacen referencia expresa a las páginas web y/o a su posible protección por la propiedad intelectual.

² Vid. I. J. LLOYD, *Information Technology Law*, Oxford, Oxford University Press, 2011, 6ª ed., p. 360; y E.-J. LOUWERS y S. T. CHOW, *International Computer Law. A practical Guide to International Information Technology Law*, Lexis Nexis, 2009, § 1.04.

³ La materia de las páginas web no entra dentro de los planes de futuro de las instituciones europeas para el período de 2011-2014, tal y como demuestra la reciente Comunicación de la Comisión de 24 de mayo de 2011, en la que se diseña la estrategia global de actuaciones de la UE en materia de propiedad intelectual e industrial para el período de 2011-2014. COM (2011) 287 final, *A Single Market for Intellectual Property Rights. Boosting creativity and innovation to provide economic growth, high quality jobs and first class products and services in Europe*. Resulta curioso, sin embargo, el llamamiento a la creación de un fondo cultural europeo común y de bibliotecas digitales como vías de expansión del conocimiento. Consideraciones que nos llevan a preguntarnos si no son las páginas web la vía más adecuada para llevar a cabo estos planes. Siendo la respuesta afirmativa, ¿cómo piensa el legislador proteger el continente y el contenido de esta, además de por los posibles derechos de autor o afines que pudieren subsistir entonces sobre sus elementos individuales? Para un análisis de este documento. Vid. F. GOTZEN y G. MINERO ALEJANDRE, «Comentario a la estrategia de la Comisión Europea para 2011-2014 en materia de propiedad intelectual, «Un mercado común para los derechos de propiedad intelectual»», *Revista de Propiedad Intelectual* (pe. i.), núm. 38, 2011, pp. 127-139.

Ciertamente, ello llama la atención, al menos en el plano nacional, si se tiene en cuenta que la tenencia y el mantenimiento de una página web ha dejado de ser una opción para convertirse en una obligación en el sector bursátil desde 2003, con la aprobación de la Ley 26/2003, de 17 de julio, por la que se modifica la Ley del Mercado de Valores, y el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, con el fin de reforzar la transparencia de las sociedades anónimas cotizadas.⁴

Dicha ausencia de regulación se puede justificar, por motivos temporales, en el caso del Convenio de Berna para la Protección de las Obras Artísticas y Literarias de 1886, cuya última revisión se remonta a 1971. Teniendo en cuenta que la efectiva articulación de la *World Wide Web* y de sus primeros servidores se produce en 1990 y que tras 1971 no ha sido posible llegar a un acuerdo para la revisión del Convenio de Berna por parte de los Estados firmantes, la inexistencia de una alusión explícita a las páginas webs en este tratado internacional es absolutamente lógica.

Pero tal alegato no puede predicarse, sin embargo, del Acuerdo de la Organización Mundial del Comercio sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio, de diciembre de 1994 —ADPIC—. Y menos aún de los denominados «Tratados Internet», esto es, los Tratados de la OMPI sobre el Derecho de Autor —TODA o WCT— y sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas, de diciembre de 1996 —TOIEF o WPPT—. ⁵ Respecto de estos últimos, la crítica es aún mayor teniendo en cuenta que el objetivo perseguido con su adopción era abordar aquellos aspectos del derecho de autor y los derechos conexos relacionados con las nuevas tecnologías, para los cuales los anteriores textos internacionales se presentaban insuficientes.⁶

⁴ Art. 117. 2 de la citada Ley 26/2003. Esta obligación se encuentra recogida asimismo en el art. 539.2 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital.

⁵ Estos tratados han sido firmados por la Unión Europea como organización internacional y por cada uno de sus 27 Estados miembros, así como por la mayoría de países desarrollados. *Vid.* <http://www.wipo.int/treaties/es/summary.jsp>.

⁶ *Vid.* el texto de ambos preámbulos. Con todo, a día de hoy este tema es objeto de discusión en los principales debates planteados sobre la materia a nivel internacional. En sus recientes intervenciones públicas, el Director General de la OMPI, F. GURRY, se declara preocupado por el actual desfase entre la regulación de los derechos de autor y derechos afines y el uso digital de materiales protegidos por la propiedad intelectual, en relación con las páginas web. De manera muy acertada, en el seno del congreso internacional celebrado en Australia a finales de febrero de 2011, en el que se trató la cuestión de la adaptación de la regulación de los derechos de propiedad intelectual a las nuevas tecnologías, el citado Director General de la OMPI afirmaba que «*en lugar de oponer resistencia, tenemos que aceptar la inevitabilidad del cambio y buscar con inteligencia la forma de abordarlo*». Discurso pronunciado por F. GURRY, Director General de la OMPI en la University of Technology de Queensland (Australia) el 25 de febrero de 2011. Documento PR/2011/679. Disponible en la página web de la OMPI en el siguiente enlace http://www.wipo.int/pressroom/es/articles/2011/article_0005.html.

Basándonos en el citado aspecto temporal, la misma reprobación se puede extender asimismo, en el ámbito estrictamente europeo, a la Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines en la sociedad de la información —DDASI—. En esta norma se establecen reglas generales para la protección de los derechos de autor y derechos afines en Internet, pero no se regula de forma específica la cuestión de las páginas web. Más preocupante resulta incluso la referida ausencia de proyección futura en los planes del legislador europeo contenidos en la Comunicación de 24 de mayo de 2011. Sin embargo, este último acto comunitario, con naturaleza de *soft-law*,⁷ sí da un paso fundamental a la hora de asegurar en el futuro el correcto funcionamiento, desde el punto de vista de la propiedad intelectual, de las páginas web y de las licencias de las obras y prestaciones contenidas en ellas: el compromiso de las instancias europeas para la creación de licencias de base multiterritorial, cuyo ámbito de aplicación sea supranacional, con posibilidad de extenderse a la totalidad del territorio de la UE.⁸ El concreto ámbito de aplicación de estas, su gestión y efectividad está todavía por ver.

Ciertamente, el verdadero motivo que permitiría justificar en su totalidad la falta de regulación expresa de este fenómeno tecnológico es su complejidad y, sobre todo, la existencia de un marcado progreso tecnológico a *dos* velocidades, lo cual crea enormes diferencias en el grado de interés por la tutela de las páginas web entre los sectores y países que se encuentran en la primera línea tecnológica y los que se ubican a la cola de esta.

Bien es verdad que el potencial de las páginas web para convertirse en el medio por excelencia para la comunicación pública de obras o prestaciones protegidas era difícil de prever en los primeros estadios, pues ha superado incluso las expectativas de los entendidos más optimistas. Pero ello no exime de toda crítica frente a la obsolescencia de las normativas existentes y la pasividad de los legisladores a la hora de poner fin a esta caducidad normativa. Con todo, el presente trabajo tiene por finalidad no ya la propuesta de nuevas formas de protección, sino el análisis de la factibilidad de la extensión a las páginas web de las formas de tutela actualmente vigentes, junto con la necesaria interpretación o adaptación de estas a las características técnicas de las páginas web.⁹

⁷ La Comunicación está destinada esencialmente a presidir *ad intra* el funcionamiento del aparato institucional europeo, básicamente del procedimiento legislativo, pero carece de efectos jurídicos *ad extra* para terceros. En este sentido, sentencias del Tribunal de Justicia de 15 de junio de 1994, *Comisión v. BASFe.a.*, C-137/92 y de 30 de abril de 1996, *Países Bajos v. Comisión*, C-58/94.

⁸ Los resultados de las rondas de consultas y audiencias públicas tenidas lugar en el seno de la Dirección General del Mercado Interior y los Servicios pueden ser consultados en http://ec.europa.eu/internal_market/consultations/2009/content_online_en.htm y http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/copyright-info/copyright-info_en.htm#otherdocs.

⁹ El resto de problemas derivados del funcionamiento y uso de los contenidos de las páginas web quedan fuera de este estudio.

Ciertamente, la naturaleza de la lista de obras protegidas contenida en el art. 10 LPI es, en el caso español, *ad exemplum*, luego la falta de cita de la categoría de las páginas y sitios web carece de consecuencias interpretativas excluyentes. Por tanto, si bien parece dudoso que esta categoría pueda subsumirse en alguno de los tipos enumerados de manera expresa en las letras a) a i) del apartado primero de este precepto, ello no conduce a concluir que la página web no pueda ser una creación intelectual tutelable por el derecho de autor cuando satisfaga efectivamente el requisito de la originalidad. Además, de incardinarse la página web en el concepto de base de datos, las posibilidades de tutela no se reducen a la protección autoral, sino que se extienden también al derecho *sui generis*.

De hecho, a pesar de las citadas insuficiencias del plano normativo, se debe destacar un hecho empírico irrefutable: las páginas y sitios web son protegidos efectivamente en sede jurisdiccional, tanto por los tribunales españoles, como por otros órganos jurisprudenciales de nuestro entorno y por el propio Tribunal de Justicia de la Unión Europea, tal y como seguidamente se verá. La jurisprudencia creciente referida a este producto de la informática no es sino el reflejo jurídico de una realidad práctica incuestionable: Internet es, actualmente, el medio de comunicación dominante en nuestra sociedad, la ventana que permite comunicarnos en un mundo sin fronteras físicas. Si se me permite el símil, Internet es el motor. Las páginas y sitios web, junto con los programas de ordenador, son los vehículos con los que poder movernos en este mundo globalizado. De hecho, cada vez son menos las obras o prestaciones protegidas por la propiedad intelectual que se explotan físicamente y más las que lo hacen de manera intangible, a través de Internet. Esto es, contenidas en páginas o sitios web.¹⁰

Sin perder de vista el valor de las páginas web como soporte intangible de obras o prestaciones protegidas, la concepción arcaica que consideraba como elemento de valía de una página web su contenido, y no su continente, se ha ido transformando paulatinamente en la idea de que una página web no es únicamente la suma de los elementos contenidos en ella, de existencia previa y autónoma, sino que tiene una entidad propia y distinta de estos.

Teniendo en cuenta las anteriores consideraciones al respecto, entendemos y defendemos que la existencia de una norma especial que regule un producto muy específico no siempre se predica absolutamente necesaria cuando el ob-

¹⁰ Pero, además de esas obras o prestaciones merecedoras de la tutela por el derecho de autor y los derechos afines, el acceso y la utilización de los datos, de la mera información, también se realiza actualmente de manera generalizada a través de este medio de comunicación de masas. Por tanto, las páginas web se han convertido en la principal vía de ejercicio del derecho fundamental a la información (art. 20.1.d. de la Constitución española). De ahí que la protección que se otorgue a estas deba necesariamente guardar un equilibrio entre los varios intereses en juego (los de los autores y otros titulares de derechos de propiedad intelectual, los de los prestadores de servicios de la sociedad de la información, los de los usuarios, etc.).

jeto que pretende protegerse tiene cabida en una norma más o menos amplia ya existente —en nuestro caso, los preceptos que regulan la protección de las bases de datos— y la jurisprudencia puede cubrir las lagunas de regulación que pudiesen presentarse en tal norma genérica.

II. APROXIMACIÓN AL CONCEPTO TÉCNICO DE PÁGINA WEB

Con carácter preliminar conviene precisar que se entiende por página web.¹¹ En general, una página web no es sino un instrumento que permite al usuario visualizar unos contenidos concretos, creados por un tercero o incluso por él mismo, y ubicados en un ordenador remoto —calificado como servidor web—, situado en un lugar físico distinto del ordenador empleado por dicho usuario para acceder a esta página. En términos algo más técnicos, la página web se puede definir como un documento electrónico adaptado a la *World Wide Web*, solamente accesible a través de Internet, y escrito en un lenguaje de marcado, generalmente en HTML o, cada vez más, en XHTML.¹² En lo que a su función y creación se refiere, resultan innegables las semejanzas entre las dos realidades informáticas con mayor protagonismo actual: los programas de ordenador y las páginas web.

Por su parte, un portal o sitio web es una colección de páginas web relacionadas, imágenes, vídeos u otros archivos digitales típicamente comunes a un

¹¹ Si bien algunas de las siguientes explicaciones resultarán superfluas para el lector cultivado en el lenguaje informático, consideramos que pueden ser necesarias para personas menos habituadas en la jerga de la programación y el diseño web. Para un análisis más detallado del proceso de creación de las páginas web. Vid. A. COBO, P. GÓMEZ, D. PÉREZ, R. ROCHA, *PHP y MySQL, Tecnologías para el desarrollo de aplicaciones web*, Ediciones Díaz de Santos, Madrid, 2005, pp. 7-8.

¹² Toda página web tiene detrás un código fuente que la define. Cuando se accede a una página web, aunque en el monitor se puedan visualizar documentos con imágenes y textos de diferentes tamaños, colores y formatos, debe tenerse presente que detrás de ello existe un documento de texto sin ningún tipo de formato que incorpora una serie de instrucciones o comandos, que son los que realmente generan la página que se visualiza. Ese documento fuente (código fuente) está definido en un lenguaje especial: el conocido HTML (*Hyper Text Markup Language* o Lenguaje de Marcado de Hipertexto), actual lenguaje predominante para la elaboración de páginas web, o bien en XHTML (*Extensible Hyper Text Markup Language*, Lenguaje Extensible de Marcado de Hipertexto), creado con el fin de sustituir al primero como lenguaje estándar para las páginas web. Si bien en su versión 1.0, el XHTML tiene aún las mismas funcionalidades que el HTML, se está avanzando en la línea de las recomendaciones del *World Wide Web Consortium*. Para un profundo estudio del funcionamiento de los lenguajes de marcado, las páginas web y el tráfico web en general, Vid. T. BERNES-LEE, «*Weaving the Web, The Original Design and Ultimate Destiny of the World Wide Web by Its Inventor*», HarperCollins, San Francisco, 2000. Ambos son lenguajes puramente descriptivos que incorporan una serie de comandos o etiquetas —*tags*— que permiten definir la estructura lógica del código fuente, dar formato al texto, añadir elementos no textuales, etc. Por ello, es evidente que el lenguaje en sí mismo considerado no es protegible por el derecho de autor, en la medida en la que constituye simples métodos de operación. En este sentido se han pronunciado F. KOCH, «Grundlagen des Urheberrechtsschutz im Internet un Online-Diensten», *G.R.U.R.*, 1997, p. 422 e I. GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ y A. GONZÁLEZ GOZALO, «La protección de las páginas y sitios web a través de la propiedad intelectual», *Revista de Propiedad Intelectual* (pe. i.), núm. 8, 2001, p. 82.

dominio o subdominio en Internet. Por tanto, página y sitio web no pueden confundirse, pues el segundo no es sino un conjunto conformado por varias de las primeras.¹³ De ahí que, de considerarse la página web como base de datos en el siguiente apartado de este trabajo, el sitio web en el que esa y otras páginas web se contienen merecería la calificación de «*base de datos de bases de datos*».

El acceso a los sitios web se realiza mediante navegadores web, que son *softwares* creados para realizar la interpretación de los códigos HTML/XHTML necesaria para la visualización de las páginas por el usuario.¹⁴ Dicho acceso puede ser libre o privado, según requiera o no un código de acceso o contraseña.¹⁵ A las páginas de un mismo sitio web se accede mediante un dominio común —o subdominio, en su caso—, contenido en un mismo servidor web.¹⁶ En un único servidor pueden coexistir varios dominios —siempre y cuando referencien a la misma IP— y, dentro de estos, varios subdominios. Con todo, si bien la URL de todos ellos podrá tener partes comunes, dos subdominios o páginas web diferentes que pertenezcan a un mismo sitio web o a un mismo dominio no compartirán sus URLs de manera íntegra, sino hasta la parte correspondiente al dominio. No así respecto de la parte que se corresponda con el nombre de la concreta carpeta.¹⁷ En otras palabras, la URL de cada carpeta (cada página web dentro de un mismo sitio web o cada sección dentro de una misma página web) está conformada por el nombre del dominio (incluido el .com, .es u otros) más el nombre adjudicado a esa concreta carpeta, que habrá de ser, necesariamente, diferente al de las demás.¹⁸ A pesar de la organización

¹³ Un ejemplo de sitio web sería <http://www.uam.es>, mientras que ejemplos de subdominios dentro de este dominio serían, entre otros, http://www.uam.es/centros/derecho/organizacion/departamentos_areas.html o <http://www.uam.es/otros/masterpi/>

¹⁴ *Internet Explorer, Mozilla Firefox o Google Chrome*, entre otros.

¹⁵ Como posteriormente se expondrá, las páginas web son el mejor ejemplo de aplicación del código de acceso —una de las principales medidas tecnológicas de protección de los derechos de propiedad intelectual—. Para un análisis técnico de la cuestión, *vid.* A. COBO, P. GÓMEZ, D. PÉREZ, R. ROCHA, *PHP y MySQL, Tecnologías para el desarrollo de aplicaciones web, opus cit.*, pp. 350-352.

¹⁶ Un servidor web, también llamado servidor HTTP o *Web Servers*, es un programa que procesa cualquier aplicación del lado del servidor —escritas en lenguaje de programación— realizando conexiones con el cliente y generando una respuesta que es ejecutada por el navegador web. Esto es, un programa en ejecución de forma continua en un ordenador —también se utiliza el término servidor para referirse al ordenador que lo ejecuta—, manteniéndose a la espera de peticiones por parte de un cliente (un navegador de Internet) y contestando a estas, bien sirviendo a dicho cliente la página web solicitada, que será mostrada en el concreto ordenador; bien, en su caso, mostrando el mensaje correspondiente cuando se hubiere detectado algún error. Para la transmisión de todos estos datos se opera mediante un protocolo, generalmente HTTP —de ahí su nombre, servidor HTTP—. Algunos servidores web importantes son *Apache, Cherokee, IIS, Tomcat y Lighttpd*.

¹⁷ Las siglas URL hacen referencia al *Uniform Resource Locator*, Localizador Uniforme de Recursos. El URL de un recurso informático es su dirección en Internet, esto es, el nombre que aparece en la barra de direcciones del navegador utilizado. Combina el nombre del servidor que proporciona la información, el nombre del archivo y el protocolo a seguir para recuperar los datos. El URL permite que el navegador localice dicho recurso y lo muestre de forma apropiada.

¹⁸ Muchos de estos subdominios se crean y configuran por motivos de posicionamiento o indexación, esto es, por su facilidad de lectura por los buscadores y, consiguientemente, con el fin de ganar

dada por la URL, son los hiperenlaces existentes entre las varias páginas con un dominio o subdominio común las que controlan de manera particular cómo el usuario percibe y utiliza —interactúa— esa estructura general y cómo el tráfico web fluye pluridireccionalmente entre las distintas páginas webs, siguiendo órdenes del concreto usuario. Sobre los contratos de *hosting* o alojamiento web y el registro de los nombres de dominio se volverá más adelante.

En cuanto al proceso de búsqueda y visualización de la página web, debe llamarse la atención sobre el complejo entramado de acciones que este conlleva, lo cual contrasta con su rapidez. Una vez creado el documento HTML que define la página web, el siguiente paso es hacerla accesible al público en Internet, lo cual implica la transferencia de ese documento o código fuente a un equipo servidor que disponga de un programa de servidor web.¹⁹ En el momento en el que una página web es publicada en un servidor web, cualquier usuario puede acceder a ella. Para ello es necesario que dicho usuario utilice un navegador web y que el código fuente que define la página web —el documento HTML— sea transferido adecuadamente por la red utilizando el protocolo http —*hypertext transfer protocol*—. En dicho proceso, el usuario únicamente debe realizar una petición al servidor en el que la concreta página web se aloja físicamente. Para ello, este usuario ha debido introducir la URL correspondiente a la concreta página en la barra de direcciones de su navegador —o bien haber realizado un rastreo mediante palabras clave en un buscador, que le remita a su vez a esa URL—. Mediante esos *apellidos* —el nombre del dominio— y ese *nombre* —el de la concreta carpeta—, el navegador web localiza la ubicación de la página en el concreto servidor de esta. Seguidamente, es el navegador web el que se encarga de interpretar los comandos HTML que se reciben y reconstruir la página web en el ordenador del usuario.²⁰

Con carácter general, en la fisonomía o configuración de una página web se pueden distinguir claramente dos partes. Por un lado, lo que aquí vamos a calificar como «*estructura*» —denominada en lenguaje informático «*front-end*»—, esto es, el menú o botones, que, partiendo del diseño y usabilidad (*user experience*), la maquetación y la programación cliente en general, por medio de las interfaces gráficas, permite la interacción del usuario. Y, por otro lado, lo que a lo largo de este trabajo calificaremos como «*contenido*» —denominado en la

puestos en el orden de resultados mostrados por dichos servidores en las búsquedas realizadas por los usuarios. Así, por ejemplo, el subdominio <http://www.derecho.uam.es> seguramente tendría un mejor posicionamiento que <http://www.uam.es/derecho/>.

¹⁹ Puede optarse por utilizar algún servidor de alojamiento gratuito de páginas web o contratar, por un precio proporcional al período temporal acordado, un servicio de alojamiento con alguna de las empresas de *hosting*. Una tercera posibilidad consistiría en configurar un equipo propio para que actúe de servidor —para ello sería preciso contratar con algún proveedor una dirección IP fija y registrar el dominio que se quiera utilizar—.

²⁰ Para más detalles técnicos sobre este proceso, *vid.* A. COBO, P. GÓMEZ, D. PÉREZ, R. ROCHA, *PHP y MySQL, Tecnologías para el desarrollo de aplicaciones web*, cit., pp. 7-8.

jerga informática «*back-end*»—,²¹ conformado por los contenidos alojados en lo que desde el punto de vista informático se entiende como «bases de datos»²² y, más informalmente, «servidores» —en un sentido distinto al anteriormente expuesto—.²³ Como expondremos detalladamente más adelante, dentro del *front-end* se puede distinguir el código fuente de la página y la interfaz gráfica de usuario. El *back-end* no se trata de un requisito *sine qua non* para la existencia de la página web. De hecho, la mayoría de páginas web sencillas carecen de él. Este elemento es necesario, sin embargo, en aquellas páginas web que alberguen un gran número de elementos y facilita enormemente la organización de estos.

A pesar de la mayor o menor complejidad de la estructura, es en el contenido donde habitualmente radica la mayor variación, heterogeneidad y riqueza de las páginas web. Contenido que, además, en muchas ocasiones no tiene un carácter artístico, sino meramente informativo. De ahí que la protección de dicho contenido exija ciertas especialidades frente a los tradicionales derechos de propiedad intelectual. Sin embargo, como toda regla general, la anterior argumentación también tiene sus excepciones en aquellas páginas web en las que el diseño del «*front-end*» goza de un claro protagonismo frente al contenido del «*back-end*». Estos factores son tenidos en cuenta en las propuestas que se presentan a continuación.

III. CONCEPTO DE BASE DE DATOS. FACTIBILIDAD DE SUBSUNCIÓN DE LAS PÁGINAS WEB EN EL CONCEPTO DE BASE DE DATOS

1. ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL ESTUDIO

En relación con la definición contenida en el artículo 1.2 de la Directiva 96/9/CE, sobre la protección jurídica de las bases de datos,²⁴ se debe señalar, en primer lugar, el carácter de concepto autónomo de Derecho de la UE que tiene el tér-

²¹ En términos técnicos, esta distinción es mucho más compleja, pues realmente los productos alojados en el servidor son tanto los contenidos dinámicos como aquellos elementos que, por motivos de seguridad, el webmaster decide no hacer accesibles al público en general, mientras que en el código fuente de la página muchas veces se incluyen aquellos contenidos estáticos o inmutables que no requieran de acciones complementarias por motivos de seguridad.

²² Si bien, como seguidamente veremos, el concepto informático de base de datos dista mucho de parecerse al concepto jurídico, la amplitud del concepto jurídico conformado por la Directiva de bases de datos permite englobar en él muchos más productos que los que, desde un punto de vista estrictamente informático, pueden calificarse como tales base de datos.

²³ Esta parte de la página web se ejecuta en el servidor; luego, a diferencia de la parte *front-end*, en programación cliente, no puede ser visualizada por el usuario, sino únicamente por el programador web o por el *webmaster* encargado de su mantenimiento.

²⁴ Directiva 96/9/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo de 1996, sobre la protección jurídica de las bases de datos (DO L 77, de 27 de marzo de 1996), a la que, en adelante, nos referiremos como «la Directiva».

mino de base de datos. En otras palabras, dicho concepto ha sido armonizado a nivel comunitario y debe interpretarse de manera uniforme y autónoma en todos los Estados miembros, con arreglo al Derecho europeo, con independencia de sus anteriores normativas nacionales, y teniendo en cuenta el contexto de dicha disposición y el objetivo que la normativa de que se trate pretende alcanzar.²⁵ Asimismo, se deben destacar el carácter único de la definición del concepto de base de datos contenida en la Directiva. Solo comparable, a nivel internacional, con la definición propuesta —pero no aprobada— en el seno de la OMPI, con la que guarda una considerable similitud —práctica identidad—, que se explica por el origen europeo de esta propuesta, que finalmente no fue incluida en los Tratados OMPI de 1996.²⁶ Por el contrario, en el Derecho comparado, las legislaciones vigentes que regulan la protección de las bases de datos, compilaciones o colecciones no dedican un precepto a definir, con carácter previo, lo que deba entenderse por base de datos, sino que únicamente se ocupan de establecer cuáles son los requisitos para la protección de estas.²⁷

²⁵ La teoría del concepto europeo elaborada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea —en adelante, TJUE— es, a día de hoy, doctrina jurisprudencial consolidada. *Vid.*, entre otras, las SSTJUE de 18 de enero de 1984, *Ekro*, C-327/82, f. 11; de 19 de septiembre de 2000, *Linster*, C-287/98, f. 43; de 9 de noviembre de 2000, *Yiadam*, C-357/98, f. 26; y, más recientemente, la STJUE de 21 de octubre de 2010, asunto *SGAE v. PADAWAN*, C-467/08, ff. 33 y 34. Tanto del tenor del propio artículo 1.2 y de los considerandos 12º, 13º y 17º de la Directiva de bases de datos, como de su contexto y de los objetivos perseguidos por la normativa de la que forman parte se deduce un concepto de base de datos armonizado y completo, sin necesidad de recurrir a las definiciones que, en su caso, pudieran existir en las distintas regulaciones nacionales (*Vid.* párrafo 57 de las Conclusiones de 8 de junio de 2004 de la Abogada General STIX-HACKL en el asunto *British Horseracing Board*, C-203/02).

²⁶ *Vid.*, documento CRNR/DC/6, Propuesta básica de las disposiciones sustantivas del Tratado relativo a la Propiedad Intelectual respecto de las bases de datos, para consideración en la Conferencia Diplomática. Ginebra, Suiza, 30 de agosto de 1996. Disponible en <http://www.wipo.int/meetings/en/archive.jsp>. *Vid.*, asimismo, la sección dedicada a él en la *European Intellectual Property Review*, 1996, 18(11), Sup. xi-xii. Las desavenencias entre Estados Unidos y la Unión Europea han sido, precisamente, el motivo principal de la inexistencia del consenso global necesitado para la aprobación de este tercer Tratado OMPI. Para un análisis de las posturas defendidas por cada una de las Partes, *vid.*, entre otros, los documentos OMPI CRNR/DC/88, CRNR/DC/100, DB/IM/6, SCCR/1/INF/2, SCCR/1/INF/3, SCCR/2/10/Rev, SCCR/8/8, WIPO-IASP/GE/04/10, IPC/WK/GE/08/11-R_WILLOW y CDIP/3/INF/2STUDY/III/INF/1, disponibles en <http://www.wipo.int/meetings/en/archive.jsp>. *Vid.*, asimismo, S. VON LEWINSKI, «Database Directive», en «*European Copyright Law. A Commentary*», Oxford University Press, New York, 2010, pp. 685-686.

²⁷ Así, por ejemplo, el caso estadounidense, cuya sección 101 de la *Copyright Act*, dedicada a la definición de los conceptos empleados a lo largo de la norma, dicta: «Una compilación es una obra formada por la colección de materiales preexistentes o de datos que han sido seleccionados, coordinados o dispuestos de manera tal que su resultado constituya una creación intelectual original». La sección 103(b) prosigue: «El derecho de autor de las compilaciones únicamente protege la aportación original del autor de tal obra, pero no a los materiales preexistentes empleados en la elaboración de esta. El derecho de autor de la compilación es independiente y no afecta o perjudica al ámbito de aplicación ni a la duración de los derechos de autor que puedan recaer sobre los materiales preexistentes». El legislador español de 1987 también seguía esta línea, transponiendo al ordenamiento nacional, si bien con ciertas peculiaridades, la previsión contenida en el Convenio de Berna. Así, el antiguo art. 12 de la LPI de 1987 establecía: «Las colecciones de obras ajenas, como las antologías, y las de otros elementos o datos que por la selección o disposición de las materias constituyan creaciones intelectuales, sin perjuicio, en su caso, de los derechos de los autores de las obras originales». Las

Todas estas consideraciones son importantes en un doble sentido. Uno, porque las reflexiones que se contienen a continuación van a ser aplicables de manera uniforme a todos y cada uno de los Estados miembros de la Unión Europea, así como a los países que, formando parte del Espacio Económico Europeo, han decidido hacer suya dicha definición comunitaria del concepto de base de datos.²⁸ Y dos, porque, a contrario, cabe deducirse que las conclusiones a las que se llegue en el presente trabajo no van a poder ser extrapolables, sin una necesaria aclimatación a sus respectivas peculiaridades normativas, a otros ordenamientos distintos del europeo.

Asimismo, debe hacerse hincapié en el hecho de que el concepto de base de datos configurado a nivel europeo es aplicable tanto al derecho de autor como al derecho *sui generis*, esto es, a las dos posibles formas de protección de las bases de datos, cuyo estudio seguidamente realizaremos.

2. CARACTERIZACIÓN DEL CONCEPTO DE BASE DE DATOS. ESTUDIO DEL CUMPLIMIENTO DE LOS REQUISITOS POR PARTE DE LAS PÁGINAS WEB

Dicho esto, pasamos a estudiar el concepto europeo de base de datos a los efectos de poder concluir, al final de este apartado, si la subsunción de las páginas web en dicho concepto es o no posible. El artículo 12.2 LPI —y, en el plano europeo, el citado artículo 1.2 de la Directiva— definen las bases de datos como «*recopilaciones de obras, de datos o de otros elementos independientes dispuestos de manera sistemática o metódica y accesibles individualmente por medios electrónicos o de otra forma*». Por tanto, son varios los requisitos exigidos a la hora de calificar o no como base de datos a un determinado producto.

En primer lugar, se debe señalar que la exigencia referida al contenido tiene en este punto, sobre todo, un carácter aclaratorio, pues se limita a afirmar que dicho contenido puede estar conformado bien por obras, bien por datos o bien por otros elementos, así como por una combinación de estos —de todos o de parte de ellos—.²⁹ De la redacción del citado precepto cabe deducir que el legis-

mismas consideraciones cabe predicar del ADPIC, cuyo art. 10.2 declara: «*Las compilaciones de datos o de otros materiales, en forma legible por máquina o de otra forma, que por razones de la selección o disposición de sus contenidos constituyan creaciones de carácter intelectual, serán protegidas como tales*».

²⁸ Islandia, Liechtenstein y Noruega. Para una reseña de las normativas de transposición, *Vid.* «*Reseña de las legislaciones vigentes de propiedad intelectual en materia de bases de datos no originales*», documento OMPI SCCR/8/3, presentado por el Comité Permanente de Derecho de Autor y Derechos Conexos, octava sesión, Ginebra, 4 a 8 de noviembre de 2002. *Vid.*, asimismo, T. BALLARINO, «*Banche dati, diritto internazionale privato e trattamento dello straniero*», *Annali Italiani del Diritto d'Autore, della cultura e dello spettacolo*, AIDA, VI, 1997, p. 189.

²⁹ Por «*otros elementos*» se entiende todo aquello que ni se califica como obra desde el punto de vista de la propiedad intelectual, ni es un mero dato o información (*Vid.* la amplitud del considerando 17º de la Directiva). Así, pueden englobarse tanto las prestaciones protegidas por la propiedad

lador europeo ya preveía en 1996 la amplitud que el concepto de base de datos iba a tener, dadas las posibilidades de la técnica. Obviamente, este requisito se satisface por las páginas web, que, generalmente, están conformadas de manera heterogénea, por una mezcla de varios de los tipos de contenidos citados. La subsunción de los concretos contenidos de una página web en uno u otro concepto —obra, dato u otro elemento— depende del carácter o del sector de mercado en el que la persona que encarga la realización de la página se incluya. Así, por ejemplo, en el caso de instituciones culturales, como pueden ser museos o compañías editoriales, los contenidos de sus correspondientes páginas web generalmente podrán calificarse como meras fotografías o incluso como obras fotográficas, en el caso de las primeras, y como obras literarias, en el supuesto de las segundas. En páginas web del sector musical, sin embargo, los contenidos constituirán tanto fonogramas como obras literarias —partituras y letras de canciones—. En páginas web de periódicos digitales, los contenidos serán o bien obra literaria, en la mayoría de los casos, o bien información, en otros.

Se debe tener en cuenta que, originariamente, la Comisión europea pretendía limitar la protección contenida en la futura Directiva a las bases de datos electrónicas y que, dentro de estas, las páginas web empezaban a tener ya entonces una importancia considerable.³⁰ A ello debe unirse el hecho de que la mayoría de las legislaciones nacionales de los Estados miembros de la UE vigentes con anterioridad a la adopción de la Directiva hicieran referencia a las «colecciones», pero no a las «bases de datos»,³¹ pues tradicionalmente, en la conciencia común, el término base de datos se vinculaba a aquellas recopilaciones para cuyo acceso se requiere algún tipo de medio electrónico que permite búsquedas rápidas y estratégicas. El único motivo real que llevó a las instancias europeas a ampliar dicha definición a toda base de datos, con independencia de su formato, no fue otro que el cariz de las negociaciones que en esa fecha se llevaban a cabo con vistas a la adopción del futuro ADPIC, del que ya entonces se conocía el texto de su futuro artículo 10.2, en donde la protección de las bases de datos

intelectual (actuaciones, interpretaciones o ejecuciones, fonogramas, grabaciones audiovisuales, fotografías, emisiones y transmisiones de las entidades de radiodifusión y determinadas producciones editoriales), como aquellas otras realidades residuales que, sin gozar de la protección del derecho de autor ni de los derechos afines, no pueden ser tenidas por datos o información, como pueden ser, entre otras, las disposiciones legales o reglamentarias y sus correspondientes proyectos, las resoluciones de los órganos jurisdiccionales y los actos, acuerdos, deliberaciones y dictámenes de los órganos públicos (artículo 13 LPI). En definitiva, la amplitud o estrechez del concepto «*otros elementos*» depende directamente de la concreta holgura dada al concepto de dato o información.

³⁰ El artículo 1.1, así como el considerando 13º de la Propuesta inicial de Directiva presentada por la Comisión, se referían únicamente a las bases de datos cuyos contenidos hubieran sido «*dispuestos, almacenados y accesibles por medios electrónicos*». *Vid.*, asimismo, el apartado 3.1.1-3.1.6 y 3.1.10 de la Exposición de Motivos que acompañó dicha Propuesta inicial.

³¹ Tal era el caso, por ejemplo, del antiguo artículo 12 LPI de 1987. *Vid.* S. CÁMARA LAPUENTE, «Últimas orientaciones internacionales sobre la protección jurídica de las bases de datos», *Autor y Derecho, Ciberrevista sobre propiedad intelectual*, vol. 1, 2000-2001. Este autor se pregunta si se trata de dos productos u objetos diferentes, tratados conjuntamente por su afinidad, pero con caracteres dispares, o, por el contrario, de dos objetos idénticos.

se configuraba con independencia de la forma de estas. Esto es, tanto en el caso de las bases de datos electrónicas como también de las no electrónicas. La razón del viraje realizado por el legislador europeo era evidente: limitar la protección exclusivamente a las bases de datos electrónicas —por muy innovadoras que en aquellos momentos pudieran parecer— sería cerrar puertas a los desarrollos tecnológicos futuros, y excluir radicalmente aquellos nuevos tipos de bases de datos que, fruto de la Sociedad de la Información, puedan surgir de la mano de técnicas novedosas distintas a la electrónica.³² Por tanto, la introducción de esta consideración tiene el gran acierto de ser tecnológicamente neutral.³³ Ello hace que se pueda albergar bajo el mismo concepto de base de datos, por ejemplo, tanto la colección física de obras exhibidas en un museo como la recopilación de archivos en los que tales obras aparecen digitalizadas en la página web de la correspondiente institución cultural.

Si bien, en principio, el número de elementos que, de manera efectiva, formen parte del contenido de la base de datos no es relevante,³⁴ este sí podrá, ciertamente, llegar a condicionar la existencia de una inversión sustancial, requisito necesario para obtener la protección del derecho *sui generis*, como forma de tutela de las páginas web que posteriormente se expondrá.

El segundo requisito exigido es el carácter independiente de los elementos que conforman el contenido de la base de datos. Ello significa que los elementos habrán de ser separables unos de otros sin que resulte afectado el valor de su contenido informativo, artístico u otro.³⁵ La racionalidad de esta exigencia pasa

³² Si bien la intención originaria de la Comisión fue justo la contraria, no se dio cuenta entonces de las repercusiones negativas que para la protección futura de las bases de datos a nivel europeo pudiera tener limitar el ámbito de aplicación de la Directiva a las bases de datos electrónicas. Teniendo en consideración los argumentos que acaban de ser expuestos, el Consejo, en su Posición Común, decidió «hacer extensiva la protección prestada por la presente Directiva a las bases de datos no electrónicas» (considerando 14º, *vid.* apartado 8 de la p. 24 de la Exposición de Motivos que acompañó a la Posición Común del Consejo de la UE). Además, ello queda corroborado con la literalidad que la UE dio a la nota explicativa 1.13, que acompañaba a la citada Propuesta del fallido Tratado OMPI sobre bases de datos presentada por la UE. En ella se dice: «La protección se extiende a las bases de datos tanto en forma electrónica como no electrónica. Además, esta redacción abarca todas las formas o medios actualmente conocidos o ulteriormente desarrollados».

³³ Si bien también puede considerarse que los problemas ligados a esa originaria redacción podrían haber sido resueltos por la vía de la analogía, teniendo presente que lo que a principios de la década de los 90 —y aún hoy— se calificaba como electrónico estaba muy ligado a su carácter digital y este, a su vez, a todo aquello que se aleja del tradicional formato o soporte material, tangible.

³⁴ Durante el procedimiento legislativo, el Parlamento europeo propuso una enmienda por la que se incluyera en la definición de base de datos la expresión «un número importante» de obras, datos y otros elementos, pero esta enmienda no fue aceptada ni por la Comisión ni por el Consejo, pues se entendía que, dada su indeterminación, más que aclarar, habría planteado mayores problemas de interpretación y no habría sido conforme a la definición contenida en el ADPIC. *Vid.* punto 8 de la p. 24 de la Posición Común del Consejo, de 10 de julio de 1995.

³⁵ En este sentido se pronuncia la STJUE de 9 de noviembre de 2004, *Fixtures Marketing Ltd. v. OPAP*, C-444/02, f. 29, haciendo suyas las conclusiones de la Abogada General C. STIX-HACKL, de 8 de junio de 2004 referidas al citado asunto (párrafo 39). *Vid.*, asimismo, M. LEISTNER, «The Legal Protection of Telephone Directories Relating to the New Database Maker's Right», *International*

por su entendimiento en un sentido conceptual, luego no se trata de una independencia de carácter físico (o separabilidad física de un elemento con respecto al conjunto). El carácter independiente se traduce, por tanto, en la potencialidad del usuario de separar en su mente los elementos individuales contenidos en la base de datos cuando accede a ella.³⁶ A efectos prácticos, este requisito se entenderá cumplido toda vez que los elementos individuales tengan sentido por sí mismos, de manera que su existencia no dependa del resto de elementos que lo acompañan, ni de su contexto, esto es, de su integración en la base de datos.³⁷

Una página web satisface este segundo requisito, incluso cuando se interprete de la manera más estricta, pues al acceder a la *home* o página principal, el usuario no visualiza todo el contenido de la página, sino que, como regla general, solamente encontrará el menú, y será pinchando en los botones que conforman dicho menú cuando se desplegará el contenido de esta. Por tanto, el acceso a la totalidad del contenido de una página web no podrá realizarse, salvo en supuestos excepcionales,³⁸ en un mismo momento temporal, sino que se deberá acceder parcialmente, de manera que el clickeo en cada uno de los botones del menú desplegará la parte del contenido de la página inserta en ese botón, pero no en los otros. La estructuración de las páginas web propicia, pues, el cumplimiento de la exigencia de independencia conceptual.

La tercera exigencia está muy ligada con la anterior. Se refiere básicamente a la necesidad de que los elementos que conformen el contenido de la base de datos sean «*accesibles individualmente*».³⁹ Con todo, ambos requisitos no deben

Review of Industrial Property and Copyright Law, 2000, pp. 950 y ss., especialmente p. 956; y S. CHALTON, «The Copyright and Rights in Databases Regulations 1997: Some Outstanding Issues on Implementation of the Database Directive», *EIPR*, 1998, p. 179.

³⁶ Vid. T. APLIN, S. BEUTLER y E. DERCLAYE. Vid. T. APLIN, «The EU Database Directive: Taking Stock», en «*New Directions in Copyright Law. Volume 2*», F. MACMILLAN (coord.), Edwar Elgar, Massachusetts, 2006, p. 101; S. BEUTLER, «The Protection of Multimedia Products through the European Community's Directive on the Legal Protection of Databases», *Entertainment Law Review*, Núm. 8, 1996, p. 324; y E. DERCLAYE, «What is a Database? A Critical Analysis of the Definition of a Database in the European Database Directive and Suggestions for an International Definition», *The Journal of World Intellectual Property Organization*, 2001, p. 981.

³⁷ Con este criterio interpretativo será indiferente el hecho de que esos contenidos adquieran un valor añadido —respecto al que tendrían individualmente considerados— al formar parte de una base de datos.

³⁸ Estos supuestos excepcionales suelen referirse a las primeras páginas web que fueron creadas, muy sencillas y de carácter estático, pocas de las cuales siguen siendo actualmente accesibles al público en Internet.

³⁹ Este tercer requisito es el más ambiguo de todos, a lo que cabe unir la falta de clarificación por parte del TJUE, que parece haberse olvidado en sus resoluciones de la existencia de esta exigencia. Para un estudio de la cuestión, Vid. E. DERCLAYE, «The Court Of Justice Interprets the Database Sui Generis Right For The First Time», *European Law Review*, 2005, Núm. 30 (3), pp. 420-430; M. POWELL, «The European Union's Database Directive: An International Antidote to the Side Effects of Feist?», *Fordham International Law Journal*, núm. 20, 1997, p. 1229; N. SANJUAN, «Derecho sui generis sobre bases de datos: análisis sobre la jurisprudencia comunitaria. Caso Fixtures y British Horseracing», *Revista de propiedad intelectual*, pe. i., n° 22, 2006, pp. 82-83; y T. APLIN, «*The EU Database Directive: Taking Stock*», cit., p. 103. En el plano jurisdiccional esta interpretación holgada

confundirse. El carácter independiente, como se ha expuesto, puede interpretarse en un sentido más abstracto o conceptual, entendiéndose cumplido siempre y cuando la existencia de los elementos no dependa de su integración en la concreta base de datos. Por el contrario, el requerimiento de la accesibilidad individual hace referencia a un concepto más físico o cognoscitivo, en el sentido de la posibilidad de percepción individual o separada, por parte del usuario, de cada uno de los elementos que conforman el contenido de la base de datos.⁴⁰ De ahí que este tercer requisito plantee serios problemas en el caso de bases de datos de soporte físico, pues en muchos casos parece imposible tratar de percibir uno de los elementos de manera individual sin que ello suponga la percepción, por lo menos, de los otros elementos cercanos a este, cuando no del resto de elementos del conjunto. Sin embargo, estos problemas prácticos no se plantean en las páginas web, pues, teniendo en cuenta el funcionamiento de su estructura y la forma de visualización parcial de los contenidos que acaba de ser expuesta, la apertura de la página principal no implica la visualización de la totalidad de los contenidos, sino que para ello se requiere del clickeo en todos y cada uno de los botones del menú —o bien la introducción de las contraseñas del *webmaster* de la página o del acceso al servidor en la que se aloja—. Además, suele suceder que el clickeo en cada uno de estos botones no suponga tampoco la visualización de todos los contenidos que conforman esa opción —ese botón—, sino que, cuando son varios los contenidos que configuran esa concreta opción, generalmente se vuelva a dar la alternativa de clickear sobre cada uno de ellos para que aparezca un nuevo desplegable, teniendo asociadas cada una de esas opciones un URL propio, que permite ser mostrado de manera directa e individual en pantalla mediante su escritura en la barra de direcciones del navegador.⁴¹

El cuarto de los requisitos exigidos se refiere a la disposición «*de manera sistemática o metódica*».⁴² En definitiva, con ello se busca trazar una línea de separación entre el concepto de base de datos y lo que sería una mera acumulación

también se contiene, entre otras en la sentencia del Bundesgerichtshof alemán de 6 de mayo de 1999, *Tele-Info-CD*.

⁴⁰ Así, siguiendo las definiciones contenidas en el diccionario de la Real Academia Española, el término «*accesible*» significa «*que tiene acceso*», y el término «*individualmente*», «*con individualidad; uno a uno*».

⁴¹ Con todo, los problemas de aplicación que puedan plantearse, excepcionales en el caso de las páginas web, se podrán sortear entendiendo el requisito de la independencia conjuntamente con la exigencia de la accesibilidad individual. Así, estos requerimientos se cumplirían en toda base de datos en la que sus elementos pudieran ser buscados y *percibidos* de manera individual, por oposición a la interpretación estricta del término «*accesible*», que llevaría a exigir que cada elemento pudiera recuperarse o ser consultado separadamente, sin visualización del resto de elementos circundantes. Esta interpretación teleológica —y no literal— que proponemos es, sin duda, la que más se ajusta a la realidad práctica actual.

⁴² El diccionario de la lengua española de la Real Academia Española define el término «*disponer*» como «*colocar, poner algo en orden y situación conveniente*». Por tanto, parece que lo que se exige con ello es que los contenidos de toda base de datos sigan un orden bien sistemático, bien metódico. De acuerdo con el TJUE este carácter sistemático o metódico supone «*un plan o*

de datos arbitraria, desestructurada y sin orden alguno. Esta exigencia supone que la disposición de los contenidos debe haberse hecho obedeciendo algún criterio anteriormente fijado, pero sin que tal criterio esté sujeto a ningún tipo de exigencia —ni lógica, ni artística, ni estética—. ⁴³ El cumplimiento de este requisito no tiene gran dificultad en el caso de las páginas web, ya que bastará con que, en definitiva, el orden de los contenidos no se deba al simple azar. ⁴⁴ La existencia de un *back-end* lleva implícito el cumplimiento de este cuarto requisito, puesto que la ordenación de los contenidos de la página en dicho *back-end* siempre sigue un orden y su disposición cuando se accede a él es siempre sistemática. Además, en términos generales, en lo que al *front-end* se refiere, la propia existencia del menú —la clasificación u orden de los contenidos que dicho menú supone— es también una demostración del cumplimiento de esta exigencia en toda página web.

Respecto de este cuarto requisito se debe tener en cuenta el Considerando 21º de la Directiva que se comenta, según el cual «no se requiere que estas materias —refiriéndose a las obras, datos u otros elementos anteriormente citados— se hayan almacenado físicamente de forma organizada». A falta de una mayor concreción, entendemos que tal afirmación viene referida únicamente a las bases de datos en las que los contenidos están almacenados de manera electrónica, entre las que se encuentran las páginas web. A la hora de determinar el cumplimiento de esta exigencia, en este tipo de bases de datos cabe distinguir, por un lado, la ordenación o almacenamiento físico realizados por el diseñador o programador web a los efectos de la interacción con el programa de ordenador y, por otro lado, el orden conceptual concreto con el que dicho contenido se presenta o visualiza por el usuario al llevar a cabo dicha interacción. ⁴⁵ El primero tiene una expresión estática en el código fuente de la página, mientras que el segundo varía en función de la interactividad realizada por cada concreto

modo de clasificación, sea de la naturaleza que sea, que permita la localización de cualquier elemento independiente contenido en su seno». Vid. STJUE Fixtures Marketing Ltd v. OPAP, cit., ff. 30 y 31.

⁴³ De hecho, como posteriormente se expondrá, recurrir a la lógica como criterio de ordenación o disposición del contenido suele implicar el incumplimiento del requisito de la originalidad del criterio de selección y disposición, exigido para el otorgamiento de la protección autoral —pero no para la protección por el derecho *sui generis*—. Lo que sí está claro es que la organización de los elementos debe ser el resultado de una cierta actividad intelectual por parte del fabricante —lo que no implica que deba tratarse de una obra o creación intelectual—, y no una mera acumulación arbitraria.

⁴⁴ Vid. en este sentido las conclusiones de la Abogada General Christine Stix-Hackl en los asuntos *Fixtures Marketing contra OPAP, cit.*, párrafo 40; y *Fixtures Marketing contra Veikkaus, cit.*, párrafo 37. Sobre la facilidad para el cumplimiento de esta exigencia, *vid.*, entre otros, E. DER-CLAYE, «Do Sections 3 and 3A of the CDPA Violate the Database Directive? A Closer Look at the Definition of a Database in the U.K. and its Compatibility with European Law», *European Intellectual Property Review*, núm. 24, 2002, pp. 468-9; y T. APLIN, «The EU Database Directive: Taking Stock», *cit.*, pp. 102-3.

⁴⁵ Vid. W. L. AUSTIN, «A Thoughtful and Practical Analysis of Database Protection under Copyright Law and a Critique of Sui Generis Protection», *Journal of Technology, Law and Policy*, 1998 (párrafos 32-37), disponible en <http://journal.law.ufl.edu/techlaw/3-1/austin.html>; y T. APLIN, «The EU Database Directive: Taking Stock», *opus cit.*, p. 103.

usuario, siendo muchas las posibilidades que generalmente puede presentar una página web dinámica. De manera que el requisito de disposición sistemática o metódica solamente se entiende referido a esta segunda realidad, la ordenación conceptual de los contenidos, percibida o incluso creada a su voluntad, por medio de la interacción configurada en esa página, si bien dentro de los límites marcados por la estructura del programador y el diseñador web. No se exige, pues, que dicha sistematicidad o metódica deba ser cumplida también por el concreto almacenamiento físico de los contenidos, en lo que, desde el punto de vista informático se denomina bases de datos y servidores —esto es, en el *back-end* de la página web— utilizados para llevar a cabo el funcionamiento de la concreta página web. Por tanto, en aquellos casos frecuentes en los que la ordenación física y la ordenación conceptual puedan no coincidir, dado que la primera se rige por las normas de utilización de los lenguajes de marcado, mientras que la segunda sigue la voluntad del concreto usuario, dentro de las posibilidades creadas por el diseñador o programador web, se habrá de estar a la segunda ordenación y puede concluirse que, salvo contadas excepciones, esta siempre cumple el requisito de la sistematicidad o metódica de la disposición.⁴⁶

En conclusión, cada uno de los requisitos exigidos a nivel europeo para poder calificar un determinado producto como base de datos entendemos que son satisfechos íntegramente por las páginas web. De hecho, como se ha podido observar a lo largo del presente apartado, la facilidad para el cumplimiento de las citadas exigencias es mucho mayor en el caso de las páginas web que en los supuestos de bases de datos no electrónicas.⁴⁷

La única peculiaridad de las páginas web con respecto del resto de bases de datos, digitales o no, es la forma de explotación única que, en un principio, se reserva a estas: la puesta a disposición del público en Internet. Sin embargo,

⁴⁶ Así se consideró por la Kammergericht (tribunal de segunda instancia) de Berlín en su sentencia de 9 de junio de 2000, en el asunto *C.Net*. Tras comprobar que, a pesar de no estar los elementos físicamente ordenados, el *software* empleado para realizar las búsquedas permitía su recuperación atendiendo a patrones sistemáticos. Ello, unido al cumplimiento de los restantes requisitos, hizo al tribunal concluir que la base de datos —la página web— era merecedora del derecho *sui generis* previsto en el artículo 87.a) de la UrhG.

⁴⁷ Como se enunció al principio de este trabajo, a pesar de la falta de regulación expresa del fenómeno de las páginas web, el interés jurisprudencial que estas han despertado en los últimos años ha sido considerable. El análisis del cumplimiento de estos requisitos se puede encontrar, entre otras, en las siguientes sentencias españolas: Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de enero de 2008, en casación de la sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, Sección 5ª, de 2 de octubre de 2000, que, a su vez, confirmó el fallo de la sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Elda de 2 de julio de 1999; sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife (Sección 4ª), de 8 de marzo de 2004; y Sentencia Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Barcelona de 11 de febrero de 2009, que enfrentaba a las compañías aéreas *Ryanair* con *Edreams*, en un litigio sobre la utilización de los contenidos de la página web de la primera. La jurisprudencia alemana ha sido, asimismo, bastante prolija, pudiéndose citar, entre otras, las siguientes resoluciones: sentencia del Landgericht de München I de 30 de marzo de 2000, en el asunto *MIDI-Files*; sentencia del *Oberlandesgericht* de Düsseldorf de 29 de junio de 1999 en el caso *Baumarkt.de*; y sentencia del Landgericht de Köln, de 25 de agosto de 1999, en el asunto *Kidnet/Babynet*.

ello no es argumento suficiente para hacer distingo alguno. El hecho de que la vía generalizada de explotación de estos productos sea únicamente la comunicación pública no es óbice para que, en el caso concreto, la página pudiese ser explotada de otras maneras, como puede ser mediante actos de reproducción, bien del código fuente, bien de fotografías o capturas de la forma de visualización de los usuarios.

Asimismo, conviene destacar el hecho de que ni la LPI, ni la Directiva —ni ninguna de las normativas nacionales de transposición de esta— se refieren al carácter dinámico o estático que deban tener las bases de datos para merecer esta calificación.⁴⁸ Por ello, entendemos que tanto las páginas web estáticas como las cada vez más frecuentes páginas web dinámicas podrán subsumirse en este concepto. En este punto, debe traerse a colación el principio de que la propiedad intelectual protege obras o prestaciones exteriorizadas, con independencia del carácter perdurable o no de estas.⁴⁹

Sin embargo, estas consideraciones no parecen haber sido tenidas en cuenta por la Dirección General del Mercado Interior y los Servicios en su informe de 2005.⁵⁰ En este documento el citado órgano de la Comisión Europea realiza un análisis de la aplicación práctica y la verdadera efectividad de los dos tipos de tutela articulados en la Directiva para proteger las bases de datos. Los pesimistas resultados económicos y las estadísticas contenidas en el citado informe se refieren, en su mayoría, a bases de datos físicas o, en su caso, a bases de datos producidas en ambos formatos (físico y electrónico). Solo una minoría de bases de datos electrónicas son tenidas en cuenta a estos efectos. Además, en relación con estas, únicamente se computan las llamadas transacciones «*business-to-business*» (B2B), expresión que, por oposición al término *business-to-consumer* (B2C), no abarca las relaciones entre fabricante y consumidor final de la base de datos, sino solamente la del fabricante con el distribuidor y la del distribuidor con el minorista. Por tanto, la mayoría de páginas web quedan fuera del ámbito de aplicación de este informe. Dichas insuficiencias son atribuibles al origen parcial de los datos contenidos en el dicho informe: las encuestas realizadas por el *Gale Directory of Databases*,⁵¹ así como por el *European Publishers Council* y por la *European Association of Directory and Database Publishers*, asociaciones de origen privado que tienen entre sus miembros

⁴⁸ Esta observación se contiene en el párrafo 37 de las conclusiones de la Abogada General Stix-Hackl en el asunto *Fixtures Marketing contra Veikkaus*, anteriormente citadas.

⁴⁹ Este aspecto ya fue destacado por I. GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ y A. GONZÁLEZ GOZALO, «La protección de las páginas y sitios web a través de la propiedad intelectual», opus cit., pp. 86-87.

⁵⁰ «*First evaluation of Directive 96/9 EC on the legal protection of databases*», *DG Internal Market and Services working paper*, de 12 de diciembre de 2005. Disponible en http://ec.europa.eu/dgs/internal_market/evaluation/evaluationdatabasesdirective.pdf. Para una síntesis de este, http://ec.europa.eu/internal_market/smn/smn40/docs/database-dir_en.pdf.

⁵¹ El *Gale Directory of Databases*, conocido bajo las siglas GDD, se trata del mayor directorio internacional de bases de datos. Entre otras cosas, realiza estadísticas sobre la evolución de la industria de las bases de datos, utilizando para ello datos que le proporcionan sus propios clientes.

a las principales empresas del sector de bases de datos de tipo comercial a nivel europeo. De ahí la crítica que buena parte de la doctrina ha dirigido contra la subjetividad y la falta de visión global de este documento.⁵² De haberse tenido en cuenta convenientemente a la hora de realizar este informe la asombrosa evolución del sector de las páginas web, seguramente los resultados reflejados en este no hubieran sido tales.

Una vez concluido que las páginas web se amoldan perfectamente al concepto europeo de base de datos, debemos adentrarnos en el análisis de las consecuencias prácticas que ello implica. Esto es, en el estudio de qué concretos derechos corresponderán al programador y al diseñador web de esa base de datos. Asimismo, teniendo en cuenta los hábitos de contratación para la creación de páginas web, habremos de contestar a la pregunta de quién es el titular de tales derechos.

Con todo, antes de emprender dicho estudio, debemos realizar algunas precisiones técnicas. En efecto, la conclusión a favor de la calificación de las páginas web como bases de datos no es novedosa. Buena parte de la doctrina, sobre todo alemana, la viene sosteniendo desde tiempo atrás. Sin embargo, se pueden señalar varias deficiencias en los estudios sobre esta materia. En primer lugar, parte de estos trabajos se refieren únicamente a la presentación visual de la página web, luego no tienen en cuenta la existencia de un motor que permite el funcionamiento de esta: el programa de ordenador creado o utilizado por el programador web.⁵³ En segundo lugar, debemos recalcar que muchos de estos autores tampoco toman conciencia de la existencia de una colección de elementos que conforman en su conjunto el contenido gráfico de la página y que tienen una existencia autónoma a la de esta. Por su parte, los autores que sí tienen en cuenta ambas realidades —la presentación visual y el programa de ordenador— yerran en no distinguir dentro de la fisonomía de la base de datos las dos partes a las que hicimos referencia en el apartado anterior: el *front-end* y el *back-end*, pues solo dentro de cada una de estas categorías se puede

⁵² Vid, entre otros, A. KUR, R. M. HILTY, C. GEIGER y M. LEISTNER, «First Evaluation of Directive 96/9/EC on the Legal Protection of Databases», *Comment by Max Planck Institut for Intellectual Property, Competition and Tax Law*, IIC, 2006, n° 37, pp. 551-558, especialmente pp. 551-552; y E. DERCLAYE, «Intellectual Property Rights on Information and Market Power: Comparing the European and American Protections of Databases», IIC, 2007, n° 3, pp. 275-298. A nivel nacional, también han tratado esta cuestión N. SANJUAN, «Derecho sui generis sobre bases de datos: análisis sobre la jurisprudencia comunitaria. Caso Fixtures y British Horseracing», *Revista de propiedad intelectual*, pe. i., n° 22, 2006, p. 70; C. M. GARCÍA MIRETE, «El futuro incierto de la Directiva 96/9/CEE sobre la protección jurídica de las bases de datos», *Revista de propiedad intelectual*, pe. i., n° 27, 2007, p. 59; y G. MINERO ALEJANDRE, «Protección jurídica de las bases de datos: estudio de la aplicación de la Directiva 96/9/ce tres lustros después de su aprobación y comentario a la primera evaluación realizada por la Comisión europea en 2005», *Revista de propiedad intelectual*, pe. i., n° 37, 2011, pp. 53-54.

⁵³ Vid. A. D. WENDEL, *Urheberrechte im Internet*, 1997, disponible en <http://www.ra-dr-d-wendel.de/parts/download/inturh.txt>.

identificar y determinar con efectiva corrección técnica las partes merecedoras de protección por los derechos de propiedad intelectual.⁵⁴

La presentación visual forma parte del *front-end* y no es sino la traducción visual del código fuente o documento HTML/XHTML al que hicimos referencia en el apartado anterior —que no se visualiza por el usuario de la página, salvo que este haga uso de la opción «ver código fuente» de la barra de herramientas—. Dicho código fuente, efectivamente, puede ser calificado como programa de ordenador, pues constituye una «*secuencia de instrucciones o indicaciones destinadas (...) para obtener un resultado determinado (...)*», tal y como exige el art. 96.1 LPI, ya que se trata de una descripción de instrucciones —*tags*— sobre el formato y las posibilidades funcionales de los elementos, textuales o no, contenidos en la página.⁵⁵

Sin embargo, a este programa de ordenador se suma, en buena parte de las páginas web actuales, la interfaz gráfica de usuario, que permite la verdadera interacción entre el usuario y la página.⁵⁶ Además, es mediante la interfaz como se logra la organización de los elementos de la página, esto es, el orden de estos, a elección del diseñador web o del gestor de contenidos. Dicha interfaz, tal y como ha declarado recientemente el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, no puede englobarse dentro del concepto de programa de ordenador; sino que solamente constituye un elemento de dicho programa por medio del cual los usuarios utilizan las funcionalidades de este. Según el máximo órgano jurisdiccional europeo, programa de ordenador e interfaz gráfica de usuario son dos realidades distintas, potencialmente protegibles mediante tutelas autónomas. A saber, la específica del derecho de autor sobre el programa de ordenador, en el primer caso, y la del derecho de autor común, en el caso de las interfaces gráficas de usuario.⁵⁷

Tales consideraciones son, asimismo, conformes con la doctrina que, para el entorno de las bases de datos en general, ya predicaba la Directiva que las

⁵⁴ Entre estos cabe citar a A. BAYER, *Copyright Activities on the Internet. The Role of the Fixation Criterion*, Institute of Comparative Law, McGill University, Montreal, 1997; D. KOEVE, «Urheberrechte an Webseiten», en *Zeitschrift für Urheber und Medienrecht*, 1998, p. 902 y, en cierta medida, I. GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ y A. GONZÁLEZ GOZALO, «La protección de las páginas y sitios web a través de la propiedad intelectual», *cit.*, pp. 83 y ss.

⁵⁵ Acertadamente, en este sentido, I. GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ y A. GONZÁLEZ GOZALO, «La protección de las páginas y sitios web a través de la propiedad intelectual», *cit.*, p. 92, nota 56.

⁵⁶ Los considerandos décimo y undécimo de la Directiva de programas de ordenador definen las interfaces de manera poco clara como «*las partes del programa de ordenador que establecen la interconexión o interacción entre los elementos de software y hardware*», «*dicha interoperabilidad puede ser definida como la capacidad de los programas de ordenador para intercambiar información y utilizar mutuamente la información así intercambiada*». Vid. la sentencia de la Cour d'Appel de París, 4e chambre, de 10 de octubre de 2003, asunto *SARL Belleville et autres c. SARL Cart'Com*, comentada por A. LUCAS, en *Propriétés Intellectuelles*, 2004, janvier, n° 10, pp. 543-544.

⁵⁷ Vid. sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Tercera) de 22 de diciembre de 2010, asunto *Bezpečnostní softwarová asociace contra Ministerstvo Kultury*, C-393/09, párrafos 42-46. Una reseña de esta se encuentra en el núm. 38 de esta revista, pp. 227-228.

regula. Así, el art. 1.3 de esta norma europea⁵⁸ y, por transposición de este, el art. 12.3 LPI establecen que la protección de la estructura y/o del contenido de la base de datos no podrá englobar la del programa de ordenador *stricto sensu* «utilizado en la fabricación o en el funcionamiento» de esta, sino que dicho programa de ordenador gozará de un régimen específico de protección autoral como tal programa de ordenador.⁵⁹ Por tanto, si resulta que la interfaz gráfica de usuario contenida en una página web que sea base de datos no puede subsumirse en el concepto europeo de programa de ordenador, la posible originalidad de dicha interfaz habrá de protegerse mediante la tutela autoral que se predique de la estructura de dicha base de datos.⁶⁰ Eso sí, debe advertirse desde ya que, en la práctica, esta diferenciación entre el concepto de programa de ordenador y el de interfaz gráfica de usuario en el seno de una página web plantea no pocos problemas en el entorno web, en donde los contornos del código fuente y la interfaz gráfica de usuario son difíciles de señalar, dada la interdependencia de cada uno de ellos con respecto del otro, salvo en aquellas páginas web que, por su sencillez, carecen de interfaz.⁶¹ A ello debe añadirse un escollo más: la falta de definición del concepto de programa de ordenador presente en muchos regímenes —distintos del español—, de manera que, a la hora de resolver las posibles —y frecuentes— dificultades de identificación y diferenciación de ambas realidades, habría de recurrirse —no ya en último, sino en primer término— al concepto informático.⁶²

A efectos prácticos, la doctrina contenida en la citada STJUE se traduce de la siguiente manera en el entorno web. Habrá veces en las que el código fuente

⁵⁸ Así como el considerando 23º y el art. 2.a) de la Directiva de bases de datos.

⁵⁹ Esto sucede, por ejemplo, en el ordenamiento británico. Tal circunstancia tiene su origen en la falta de unificación del concepto en la propia Directiva de programas de ordenador, en donde, si bien sí se configura un régimen protector único, se deja al arbitrio de los legisladores nacionales de los Estados miembros lo que haya de ser considerado como programa de ordenador. De ahí que sea la doctrina de origen inglés —o la doctrina que ha estudiado el ordenamiento británico— la más crítica respecto del extremo comentado. *Vid.* M. J. DAVISON, «*The Legal Protection of Databases*», *cit.*, pp. 74 y 75; y T. APLIN, «*The EU Database Directive: Taking Stock*», en «*New Directions in Copyright Law. Volume 2*», *cit.*, p. 101. La previsión de una definición expresa en la normativa sobre propiedad intelectual otorgaría un nivel de seguridad jurídica mucho mayor, evitando el reenvío a otras disciplinas distintas de la jurídica, y de lenguaje de carácter técnico, difícil de subsumir en este ámbito.

⁶⁰ Para un análisis de estas cuestiones véase la sentencia de la High Court de 30 de julio de 2004, en el asunto *Navitaire Inc. v. Easyjet Airline* ([2004] EWHC 1725).

⁶¹ Con todo, estas dificultades también pueden predicarse con carácter general con respecto de cualquier programa de ordenador. Es más, la propia estructuración de una página web como *front-end* y *back-end* sí permite intuir cierta lógica en esta diferenciación, lo cual resulta mucho más difícil en otros tipos de supuestos. *Vid.* sentencia del Juzgado de lo Mercantil Núm. 2 de Barcelona de 11 de febrero de 2009 y la posterior sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sec. 15ª) de 17 de diciembre de 2009, en el litigio que enfrentaba a *eDreams* y *Ryanair*.

⁶² En un sentido similar, V.-L. BENABOU, «*Commentaire sur l'arrêt de la Cour de Justice de l'Union Européenne 22 décembre 2010*», *Propriétés Intellectuelles*, avril, 2011, n° 39, p. 206; y P. KAMINA, «*Portée de la protection par copyright de l'interface d'un logiciel*», *Communication - Commerce Électronique*, 2005, février, N° 2, alerte 66.

de una página web no reciba la protección del derecho de autor como programa de ordenador. Esto sucederá en páginas web muy sencillas desde el punto de vista técnico de la programación web, en las que la descripción técnica o suma de instrucciones contenidas en él constituya la única forma posible de conseguir la visualización de los elementos contenidos en ella —meramente textuales, por lo general—.⁶³ Sin embargo, tomando en consideración las indicaciones del Tribunal de Justicia en la sentencia anteriormente citada, la falta de tutela del código fuente no sería óbice para que la interfaz gráfica de usuario de la página sí pueda estar protegida, de manera independiente, por el derecho de autor. Con todo, a pesar de las anteriores consideraciones teóricas, serán contados los casos en los que el código fuente de la página web no obtenga la protección como programa de ordenador, pero su interfaz sí merezca la tutela autoral. El supuesto opuesto, por el contrario, sí será más habitual, y se producirá en muchas de las páginas web actuales, de estructura compleja y diseño cuidado, en las que tanto el código fuente como la interfaz gocen de originalidad suficiente para ser protegidas como obras independientes, mediante tutelas autónomas —y con regímenes diferentes—.

Teniendo claras estas distinciones técnicas, estamos en condiciones de iniciar el estudio sobre el tipo de protección que mejor se adapta a las características de cada una de estas realidades informáticas.

IV. TUTELA JURÍDICA DE LAS BASES DE DATOS. APLICACIÓN A LAS PÁGINAS WEB

1. CONSIDERACIONES GENERALES

En primer lugar, conviene advertir que el concepto europeo de base de datos expuesto hasta ahora es un término genérico que no tiene la capacidad para determinar, *per se*, la protección por alguno de los dos regímenes contenidos en la Directiva de bases de datos. En otras palabras, no todo lo que encaje en ese concepto de base de datos va a gozar de la tutela otorgada por la norma europea. La protección solamente se aplicará respecto de la base de datos que, además, cumpla el requisito de la originalidad de los criterios de selección o

⁶³ De manera general, en relación con programas de ordenador, J. P. APARICIO y J. DELGADO ECHEVERRÍA, «Comentario al artículo 96 LPI», en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), 3ª edición, Tecnos, 2007, p. 1280. De manera específica, en relación con páginas web, I. GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ y A. GONZÁLEZ GOZALO, «La protección de las páginas y sitios web a través de la propiedad intelectual», *cit.*, núm. 8, 2001, p. 93. En este mismo sentido, pero referido a las interfaces, se pronunció el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su citada sentencia 22 de diciembre de 2010, párrafos 48-50. Esto se produce, de manera general, en relación con las páginas web creadas mediante lo que en lenguaje informático se denomina sistema de gestión de contenidos o CMS —*Content Management System*, que no debe confundirse con los gestores de contenidos presentes en páginas web más avanzadas—.

disposición de su contenido previsto en el art. 12.1 LPI (protección del derecho de autor) y/o cuya obtención, verificación o presentación de su contenido represente una inversión sustancial en el sentido del art. 133 LPI (tutela del derecho *sui generis*).⁶⁴

En segundo lugar, se debe recordar la necesidad de distinguir, en el caso de las páginas web, la *estructura* —su menú o botones, que engloba la interfaz gráfica de usuario y el código fuente de la página y que recibe el nombre técnico de *front-end*—, por un lado, y el *contenido* de estas —la información, obras o prestaciones protegidas, generalmente fotografías, fonogramas o grabaciones audiovisuales, que conforman el contenido del *back-end* desde el punto de vista informático—, por el otro.

Teniendo en cuenta estas dos observaciones, cabe afirmar que la protección contenida en la Directiva sobre bases de datos se amolda formidablemente a las páginas web, pues distingue dos tipos de tutela aplicables a las bases de datos, de ensamblaje perfecto con los dos componentes de la página web que acaban de ser citados. Una protege la *estructura* de esta, es decir, sus criterios de selección y/o disposición de los contenidos. La otra, frente al uso inconsentido de la totalidad o de una parte de los *contenidos* de la base de datos, con independencia del posible uso adicional de la estructura de esta.⁶⁵ El primer tipo de tutela corresponde al tradicional derecho de autor (arts. 3-6 de la Directiva y art. 12.1, así como, en general, el Libro I de la LPI), mientras que para el segundo tipo de protección el legislador europeo decidió crear un nuevo derecho de propiedad intelectual, si bien su propio nombre advierte de las especialidades que lo caracterizan frente a los tradicionales derechos de propiedad intelectual: el derecho *sui generis* (arts. 7-11 de la Directiva y arts. 133-137 LPI).⁶⁶ Dado que los objetos protegidos por

⁶⁴ Arts. 3.1 y 7.1 de la Directiva de bases de datos.

⁶⁵ A ello cabe adicionar, asimismo, la protección que cada uno de esos contenidos pudieran merecer de manera individual, bien por el derecho de autor, bien por los derechos conexos, o bien por derechos ajenos al campo de la propiedad intelectual (art. 13 de la Directiva y segundo párrafo del art. 12.1 LPI).

⁶⁶ La doctrina no es pacífica a la hora de calificar como derecho de propiedad intelectual o no la tutela *sui generis*. Un nutrido grupo de autores se pronuncia a favor de su adscripción a la categoría —un tanto miscelánea— de los derechos afines, anexos o vecinos al derecho de autor. En esta línea se han pronunciado, entre otros, R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, «La protección jurídica de las bases de datos», *Revista de Propiedad Intelectual*, *pe. i.*, n° 1, 1999, pp. 50-52; así como, de este mismo autor, «Título VIII. Derecho sui generis sobre las bases de datos», en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Tecnos, 3ª ed., 2007, pp. 1649-1655; S. CÁMARA LAPUENTE, «El nuevo derecho sui generis sobre las bases de datos», *Actualidad Civil*, n° 3, 1999, pp. 84-89; A. LUCAS y H. J. LUCAS, «*Traité de la propriété littéraire & artistique*», Litec, 2000, París, p. 123; F. KAPPES, «Die EG-Datenbank-Richtlinie und ihre Umsetzung in das deutsche Urheberrechtsgesetz», *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, 1997, Núm. 3, pp. 654-676; y G. KOUMANTOS, «Les bases de données dans la directive communautaire», *RIDA*, n° 171, 1997. Algo más ecléctico en cuanto a la plena identificación del derecho *sui generis* con los derechos conexos se muestra, a pesar el título de su artículo, M. S. SPOLIDORO, «Il contenuto del diritto connesso sulle banche di dati», *Annali Italiani del Diritto d'Autore, della cultura e dello spettacolo (AIDA)*, 1997, VI, pp. 45-63. En contra de su

estos dos tipos de tutela recaen sobre objetos distintos, el legislador europeo optó por no configurarlas de manera excluyente, sino acumulativa, si bien los supuestos en los que una misma base de datos —y, por ende, una misma página web— merezca simultáneamente ambas protecciones van a ser, como se verá, algo residuales, al igual que sucede en el ámbito analógico. El inmenso potencial del derecho *sui generis* hace que, en el entorno web, esta forma de tutela ocupe una clara preeminencia frente al tradicional derecho de autor.

Las disposiciones sobre el derecho de autor contenidas en los citados preceptos de la Directiva de bases de datos —y de la LPI— son, en buena medida, una transposición armonizada de las obligaciones contraídas por la Unión Europea con la firma del Convenio de Berna y del Acuerdo ADPIC, en los que se contempla la protección autoral de las bases de datos.⁶⁷ Por el contrario, el derecho *sui generis* configurado en la Directiva tiene un carácter único y exclusivo, dado que los intentos de extenderlo a otros ordenamientos nacionales extracomunitarios o de contenerlo en tratados internacionales llevados a cabo hasta el día de hoy han sido totalmente infructuosos.

2. TUTELA POR EL DERECHO DE AUTOR

2.1. Determinación del ámbito de aplicación

Como ya hemos adelantado, la primera de las protecciones citadas, la autoral, se liga a la originalidad y su tutela se refiere solamente a la estructura de la base de datos. Por tanto, para determinar si una página web se considera o no una obra desde el punto de vista de la propiedad intelectual no se debe tener en cuenta el contenido de esta. Por primera y única vez en lo que al derecho de autor se refiere, el legislador europeo armoniza en sede de bases de datos los términos en los que debe medirse dicha originalidad: bien los criterios de selección, bien los criterios de disposición de los contenidos, habrán de constituir una creación intelectual de su autor (artículo 3.1 de la Directiva).⁶⁸ El carácter original ha de venir, por tanto, de estos dos criterios —o de uno de ellos—, y no de otros, como podrían ser las pautas estéticas o cualitativas. Pues bien, en el caso de las páginas web, a la hora de analizar la posible protección autoral habremos de atender, no al *front-end* en su globalidad, sino única y

naturaleza de derecho conexo, E. DE ARESTI GUTIÉRREZ, «La protección jurídica de las bases de datos en la Comunidad Europea», en *La armonización de los derechos de propiedad intelectual en la Comunidad Europea, opus cit.*, p. 136.

⁶⁷ Vid. los citados arts. 5 del Convenio de Berna y el art. 10.2 del Acuerdo ADPIC, en los que simplemente se establece la obligación de las Partes contratantes de regular en sus respectivos ordenamientos una protección para las colecciones cuyos criterios de selección o de disposición sean originales. Estas consideraciones se encuentran contenidas, asimismo, en el art. 5 del TODA, de diciembre de 1996 (posterior, por tanto, a la Directiva).

⁶⁸ Vid., asimismo, los considerandos 15° y 16° de la Directiva que se comenta.

exclusivamente a la parte de la interfaz que cumple la función de organización en botones o menú de los contenidos de esta y la tarea de ordenación de dichos contenidos dentro de cada uno de esos botones. Dicha organización no es producto automático del programa de ordenador que subsiste detrás de toda página web, sino que ha de ser ideada de manera específica por el diseñador web. Por tanto, el estudio del cumplimiento de este requisito dista mucho de parecerse a los criterios empleados para determinar la originalidad de los programas de ordenador, ya que no existe lo que algunos han dado en llamar «*una forma necesaria*»,⁶⁹ esto es, una fusión de la idea y la expresión. Por el contrario, en el caso de las páginas web, las posibilidades de organizar los botones y menús son prácticamente infinitas, pues depende de la imaginación del diseñador, sin que dicha selección y disposición previas concebidas por este puedan compararse a la simple traducción al lenguaje de programación de la idea.⁷⁰ De ahí el acierto del legislador español al alejarse del concepto subjetivo de la originalidad de la estructura de las bases de datos contenido en el art. 3.1 de la Directiva que las regula, sobre el que seguidamente se volverá.

Como no podía ser de otra manera, la mayor o menor exigencia de dicho carácter original no es regulada por el legislador europeo en la Directiva que se comenta. Este deja la valoración en manos de los Estados miembros, de manera que la conclusión en sentido positivo o negativo va a depender, en buena medida, de las doctrinas jurisprudenciales tradicionales seguidas en estos y de su pertenencia o bien a la tradición del derecho de autor o bien al sistema del *copyright*.⁷¹ Ciertamente, y a diferencia de lo que puede predicarse respecto de los programas de ordenador (art. 96.2 LPI), el legislador español optó por separarse del criterio de originalidad subjetiva plasmado en el citado art. 3.1 de la Directiva de bases de datos —aún a riesgo de que ello pudiera ser entendido como un incumplimiento de su deber de correcta transposición de la norma europea—, acercándose más a los términos objetivos con los que la doctrina más autorizada de nuestro país evalúa la originalidad requerida para la concesión de la tutela autoral. Así, el art. 12.1 LPI únicamente exige que las bases de datos «*constituyan creaciones intelectuales*», luego no se aparta del criterio general previsto en el art. 10.1 LPI, pues no exige que el carácter de

⁶⁹ Vid. J. P. APARICIO y J. DELGADO ECHEVERRÍA, «Comentario al artículo 96 LPI», *cit.*, p. 1280; quienes citan, asimismo, a A. STROWEL y J. P. TRIALLE, «Jurisprudence récente et questions d'actualité en matière de protection de logiciels», en *Ingenieur-Conseil*, 1993, p. 333.

⁷⁰ Con todo, por las razones expuestas, entendemos que en el caso de las páginas web la facultad del autor de reflejar en sus creaciones su personalidad —a la hora de elegir los criterios de selección y disposición de los concretos elementos que dicha página web vaya a contener— es mucho mayor que en el supuesto de los programas de ordenador.

⁷¹ A falta de un pronunciamiento del TJUE en el que se contenga un criterio claro y definido sobre los términos en que debe entenderse la originalidad de una base de datos, la interpretación y aplicación del requisito del carácter original seguirá dependiendo, como sucedía antes de la adopción de la norma europea, de los órganos jurisdiccionales nacionales que conozcan de los supuestos de hecho concretos, a pesar del riesgo que ello implica en el buen funcionamiento de las libertades de circulación dentro del mercado interior.

creación intelectual derive de su proximidad u origen «*de su autor*» o «*propio de su autor*». ⁷²

En este punto debemos hacer una serie de reflexiones acerca del carácter subjetivo u objetivo de la originalidad. Teniendo en cuenta que, como ya hemos comentado, la intención primera del legislador europeo era que la Directiva de bases de datos únicamente se aplicara a aquellas bases de datos de naturaleza electrónica, parece bastante paradójico la opción de este, al igual que en caso de los programas de ordenador, por el criterio de la novedad subjetiva para definir la originalidad de estos dos productos tecnológicos. Hecho que resulta chocante si se atiende a la facilidad de probar la existencia de copia y, por tanto, de falta de novedad objetiva, de los programas de ordenador y de la estructura de una base de datos electrónica, especialmente de las páginas web, habida cuenta de la enorme cantidad de variantes con las que cuentan sus programadores y diseñadores. ⁷³ Además, en el caso de las páginas web, a diferencia de los programas de ordenador, la novedad no solo se mide en base a la programación, sino también, y muy especialmente, a la combinación, diseño, estilo o filosofía que transmite la concreta combinación de contenidos, su elección y su disposición, mediante su interfaz gráfica de usuario, siendo dichas posibilidades prácticamente ilimitadas. ⁷⁴ De hecho, la programación en sí misma no se engloba en el seno de la posible protección que se pudiera otorgar a la estructura de una página web, pues entraría dentro del concepto de programa de ordenador para el que el citado art. 1.3 de la Directiva prevé la consecuencia de la exclusión de la tutela como base de datos. A pesar de lo que un lego de la informática pudiera pensar, los avances en este campo se producen poco a poco, pues, a diferencia de otras formas de expresión cultural, y a pesar del marcado carácter artístico de la interfaz gráfica de usuario de muchas páginas web, todo progreso en este campo depende de una base técnica y, por tanto, de un proceso técnico de prueba y error en el que los bocetos o prototipos son evaluados desde muchas variantes, lo cual supone que rijan una

⁷² Lo cual contrasta con las afirmaciones contenidas en el considerando 15º de la Directiva de bases de datos: «*Considerando que los criterios en virtud de los cuales las bases de datos son susceptibles de la protección de derechos de autor deben limitarse al hecho de que la selección o disposición del contenido de la base de datos constituya una labor de creación intelectual propia del autor*».

⁷³ Sin embargo, tras la decisión de ampliar el ámbito de aplicación de la Directiva a la totalidad de bases de datos, con independencia de su naturaleza electrónica o no, el legislador europeo no se decantó por un criterio objetivo de originalidad. En este sentido también se ha pronunciado R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, «Comentario al artículo 10. 1», en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), 3ª edición, Tecnos, Madrid, 2007, p. 155.

⁷⁴ En este sentido, *vid.* la sentencia de la Cour de Cassation, 1^{re} civile, de 12 de mayo de 2011, en la que se resolvían los recursos acumulados nº 09-12536 y nº 10-17852, así como el comentario de esta, llevado a cabo por J.-M. BRUGUIÈRE, que se contiene en *Propriétés Intellectuelles*, 2011, julio, Nº 40, pp. 286-287. *Vid.*, asimismo, las sentencias del Tribunal de Grande Instance de París, 3^{ème} chambre, 3^{ème} section, de 13 de febrero de 2001, asunto *SNC Presse et EURL Femme versus Charles V* y *Asociación Apodeline* (comentada por P. SIRINELLI, *Propriétés Intellectuelles*, 2001, p. 66), y de 28 de mayo de 2009, asunto *Fugam versus G*.

exigencia muy baja en el nivel de originalidad necesario en cada caso para que una página web sea reconocida como obra distinta frente a otra anterior en el tiempo.⁷⁵ No podía ser de otra manera si se repara en el valor de mercado de la mayoría de páginas web actuales, salvo las de campos muy específicos del arte o ligados a instituciones culturales,⁷⁶ no está en su diseño, sino en su funcionalidad, con la que se consigue el mayor número de usuarios fijos de estas.⁷⁷ De ahí que buena parte de las páginas web originales, en realidad, no son más que lo que la doctrina alemana designa expresamente como moneda pequeña o calderilla —*kleine Münze*—. Obviamente, cuanto menor sea el grado de originalidad de la página web, menor será su protección, dado que cualquier otra página será considerada distinta y reconocida también como obra siempre que presente alguna variación o cambio. De ahí también que aquellas páginas en las que el diseño prima, la evaluación de su originalidad no supone ninguna duda, como tampoco plantea problemas su tutela, pues mayor será su campo de protección frente a creaciones parecidas y viceversa.

Afirmaciones estas que no son, ni mucho menos, novedosas. Buena parte de la doctrina ha advertido sobre la degradación progresiva del concepto de originalidad a la que se ha ido aproximando el legislador europeo en las tres ocasiones en las que, hasta ese momento, había tenido ocasión —programas de ordenador, fotografías y bases de datos—, en un claro acercamiento a su homólogo estadounidense —y, consiguientemente, a la tradición seguida por

⁷⁵ En un sentido similar se ha pronunciado P. SIRINELLI, si bien en referencia con las bases de datos en general. *Vid.* «Crónica de jurisprudencia. Bases de datos», *RIDA*, 2007, Núm. 212, pp. 148-158. *Vid.*, asimismo, R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, «Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de enero de 1996», *opus cit.*, p. 740.

⁷⁶ Las páginas web personales de buena parte de los pintores, escultores y otros autores de artes plásticas actuales se caracterizan, en buena medida —y a pesar del oxímoron que esta afirmación pueda suponer—, por la originalidad de las interfaces gráficas de usuario de sus páginas web, inspiradas, en muchos casos, en la técnica artística empleada por estos o en el uso de parte de su obra. En este supuesto también cabe englobar, por motivos obvios, a la mayoría de páginas web propias de diseñadores web actuales, en las que se suele incluir el portafolio de estos. De hecho, la originalidad de la interfaz gráfica de usuario de su página suele ser la seña de identidad de cada diseñador, que tratará de plasmar, con ciertos cambios o adaptaciones, a las páginas web creadas por él. Por ello, no debe confundirse originalidad con técnica de diseño o maquetación. La concreta técnica estará presente en todas y cada una de las interfaces creadas por dicho diseñador web. Sin embargo, la originalidad habrá de valorarse página por página, esto es, interfaz por interfaz.

⁷⁷ Véase, por ejemplo, las interfaces gráficas de usuario de *Facebook*, *LinkedIn*, *Youtube*, *El País*, *El Mundo* y buena parte del resto de páginas web más visitadas de nuestro país. Su originalidad cede en favor del mayor grado de usabilidad. Un dato significativo a estos efectos es la creciente importancia que el departamento de usabilidad o *user experience* está adquiriendo en la mayoría de empresas en las que se llevan a cabo labores de diseño y programación web. A los efectos de llevar a cabo una contrastación sobre la preponderancia del diseño o de la usabilidad, compárese las interfaces gráficas de usuario de la página web del pintor Alejandro Bombín (<http://www.alejandrobombin.com/>) o la de la página web de la empresa de organización de eventos Hydra Producciones (<http://www.hydraproducciones.com/>), que entendemos originales, con la interfaz gráfica de usuario de la página de inicio de la Universidad Autónoma de Madrid (<http://www.uam.es/>) o de la Universidad Complutense de Madrid (<http://www.ucm.es/>).

Inglaterra e Irlanda, gemela a la norteamericana—. ⁷⁸ En el siguiente apartado del presente trabajo, dedicado al derecho *sui generis*, se reflexionará sobre el valor de los términos en que el legislador europeo se ha referido al criterio de la originalidad, tan disímil en la normativa interna de los Estados miembros, y sobre su opción por un estándar tan bajo que pone en tela de juicio la perdurabilidad como regla general de criterios autorales tradicionalmente altos. Dicha evolución se revela especialmente idónea para la protección de los productos surgidos de las nuevas tecnologías, en general, y de las páginas web, en particular.

Como complemento a todo lo anterior, cabe afirmar que, a pesar del citado acercamiento a la doctrina anglosajona, es un lugar común a nivel mundial —tanto para la tradición del derecho de autor, como para la del copyright— que criterios de selección de los contenidos tales como el meramente material y que criterios de ordenación de dichos contenidos tales como el orden alfabético o cronológico carecen de todo ápice de originalidad. ⁷⁹ En el caso de las bases de datos convencionales, estos criterios de selección y ordenación resultan ser los más utilizados por sus fabricantes, dado su potencial para conseguir la mayor funcionalidad y facilidad de manejo posible de la base de datos producida. ⁸⁰ Sin embargo, en relación con los criterios de ordenación, no

⁷⁸ La citada Directiva de programas de ordenador y la Directiva 93/98/CEE, sobre armonización del plazo de protección, que ha sido consolidada por la posterior Directiva 2006/116/CE, del Parlamento europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa al plazo de protección del derecho de autor y de determinados derechos afines (DO L 372, de 27 de diciembre de 2006). Estas normas europeas se refieren únicamente a la «creación intelectual propia de su autor» —que no a la creación original— como sinónimo de originalidad de los programas de ordenador (*vid.* art. 1.3 de la Directiva de programas de ordenador y, en el plano nacional, 96.2 LPI) y de las obras fotográficas (*vid.* art. 6 y considerando 17º de la segunda Directiva citada). Para un análisis de esta cuestión, *Vid.* S. CÁMARA LAPUENTE, «El nuevo derecho sui generis sobre las bases de datos», *cit.*, p. 77; R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, «Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de enero de 1996», en *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil*, nº 41, pp. 736-740; G. SCHRICKER, «Farewell to the Level of Creativity (Schöpfungshöhe in German Copyright Law?)», *I.I.C.*, Núm. 26, 1995, pp. 41-48; M. BUYDENS, «La protection de la quasi-crédation», Larcier, Bruselas, 1993, pp. 91-116; P. CERINA, «The Originality Requirement in the Protection of Databases in Europe and in the United States», en *IIC*, 1993, Vol. 5, p. 582. ss; G. KOUMANTOS, «Les bases de données dans la directive communautaire», *cit.*, pp. 90-9; y R. CASAS VALLÉS, «The requirement of originality», en *Research Handbook on the Future of EU Copyright*, Research Handbooks in Intellectual Property, E. DERCLAYE (coord.), Edward Elgar, Cheltenham, UK, 2009, pp. 102. ss.

⁷⁹ Doctrina establecida en la sentencia de la Corte Suprema Norteamericana en el asunto *Feist Publications Inc v. Rural Telephone Service Co*, de 27 de marzo de 1991, Nº 89-1919 (499, U.S. 340). *Vid.* P. CERINA, «The Originality Requirement in the Protection of Databases in Europe and in the United States», en *IIC*, 1993, Vol. 5, p. 586. ss; y J. C. GINSBURG, «No «Sweat»? Copyright and Other Protection of Works of Information after *Feist v. Rural Telephone*», en *Columbia Law Review*, 1992, pp. 338. ss; y G. MINERO ALEJANDRE, «Protección jurídica de las bases de datos...», *opus cit.*, pp. 18-20.

⁸⁰ Sin embargo, cuando los criterios de selección y disposición son otros, la protección autoral de la estructura de la base de datos sí suele concederse. Así, por ejemplo, la SAP de Lugo (Sección 2ª) de 8 de febrero de 2001, sentencia núm. 44/2001, ratificada por la STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) de 8 de julio de 2008, sentencia núm. 623/2008, consideró merecedora de la protección autoral a una base de datos en la que los criterios de disposición seguidos era la clasificación según

cabe predicar lo mismo de las páginas web, donde el orden de los contenidos suele seguir lógicas más subjetivas, y, por tanto, tiene una mayor probabilidad de granjearse la protección por el derecho de autor. Si bien no puede realizarse una afirmación con validez general, pues la originalidad habrá de analizarse *ad casum*, sí puede decirse sin miedo a resultar errados que el formato web permite al diseñador y programador web crear espacios novedosos para los usuarios, originales, frente a los cánones tradicionales del formato físico. De ahí la mayor facilidad para su protección autoral. Sin embargo, teniendo en cuenta el ámbito de protección previsto en el art. 12.1 LPI, los criterios para el análisis de la originalidad de la selección y disposición creados mediante la interfaz gráfica de usuario concebida por el diseñador y/o el programador web tienen algunas especialidades técnicas. En un principio, la originalidad de la selección de los contenidos no dista mucho de parecerse a la existente en el resto de creaciones intelectuales protegidas por el derecho de autor. Las mayores peculiaridades residen, sin embargo, en la valoración la originalidad de los criterios de disposición de la página web. En este sentido, además de los botones iniciales y los desplegados, habrá de tenerse en cuenta la posible existencia de enlaces internos de la propia página web, que permiten explorarla de manera dinámica y establecer conexiones entre los distintos contenidos de esta predeterminadas por el diseñador web.⁸¹ Por el contrario, no podrán ser tenidos en cuenta en el análisis de la originalidad de la estructura de la página web caracteres que no afecten a la conformación de la selección y disposición de los contenidos, como pueden ser las concretas tecnologías web empleadas, el tipo de letra, los tamaños, los colores, el movimiento de los elementos que se visualizan en pantalla, los sonidos asociados a las acciones que realiza el usuario, las propias posibilidades de interacción del usuario o

clientes y productos. Para un comentario de esta, *Vid.* J. J. MARÍN LÓPEZ, «La protección de las bases de datos por el derecho de propiedad intelectual en la praxis reciente del Tribunal Supremo», Comunicaciones en Propiedad Industrial y Derecho de la Competencia, nº 53, marzo de 2009, p. 54-60. En este mismo sentido se pronuncia la SAP de Barcelona (Sección 15ª) de 23 de junio de 2005, sentencia núm. 306/2005, respecto de un catálogo de sellos en el que el criterio de disposición no seguía un orden alfabético ni cronológico, así como la SAP de Guipúzcoa (Sección 2ª) de 22 de mayo de 2000, confirmada por la STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª), de 18 de diciembre de 2008, Sentencia núm. 1204/2008, en la que se consideró que la recopilación de fotografías y artículos de prensa y las fichas de cada uno de ellos gozaban de la suficiente originalidad en la selección como para merecer la protección autoral. En el caso de bases de datos de contenido jurisprudencial que han pasado a explotarse *on-line* se considera que los criterios de disposición «a favor» y «en contra» utilizados de manera continuada y generalizada en el sector para clasificar las sentencias y resoluciones contenidas en este tipo de bases de datos no son originales. *Vid.* en este sentido la SJMerc. núm. 4 de Madrid de 29 de diciembre de 2009, Sentencia núm. 238/2009. Por otra parte, tanto más difícil será la existencia de originalidad en la selección de los contenidos cuanto más completa pretenda elaborarse la página web con respecto a la temática concreta sobre la que la recopilación verse. En este sentido se pronunció el TS, haciendo suyos los pronunciamientos de instancia, en la STS (Sala de lo civil) de 17 de octubre de 1997, Sentencia núm. 886/1997.

⁸¹ Dependiendo del objeto de la página web y, sobre todo, de las exigencias del concreto cliente que, en su caso, la encargue, o del empleador, el diseñador y el programador web tendrán mayor o menor libertad a la hora de configurar la organización del menú de esta dentro de la tarea de programación cliente.

de personalización de la página, la facultad de compartirla en redes sociales y el resto de acciones asociadas a la usabilidad y la programación cliente.

En relación con lo anterior, debe advertirse sobre el peligro consistente en confundir la originalidad de la selección de una serie de elementos que conforman una colección de existencia autónoma a la página web con la originalidad de la página web *stricto sensu*. Aquel autor de la estructura de una colección que, siendo original por la selección de sus contenidos y teniendo una existencia previa e independiente, decide explotarla en formato web no está creando —por él mismo, en algunos casos residuales, o bien, en la mayoría de los supuestos, por sus empleados o bien por el contratista con el que se pacta un contrato de encargo de obra— una nueva obra, sino que, simplemente, está haciendo uso de su derecho de puesta a disposición, básicamente, así como de las facultades del derecho de reproducción necesarias para hacer uso efectivo del primer derecho citado. Por tanto, la selección de los contenidos empleada en la posterior página web no será sino una reproducción, bien integral o bien parcial, de la selección original de la primera colección. De ahí que no merezca una protección autónoma, pues ello crearía una duplicidad de tutelas sobre un mismo bien jurídico. De ahí también que, en caso de ser un tercero, sin mandato del autor de la primera colección, el que pretenda llevar a cabo la página web en la que esta se reproduzca necesitará el consentimiento del primero para no infringir el derecho de autor de este.

Finalmente, ha de hacerse hincapié en el hecho de que el potencial derecho de autor que pudiera recaer sobre la organización de la página web creada por la concreta interfaz gráfica de usuario de esta debe entenderse sin perjuicio de los derechos de autor o derechos afines que pudiesen subsistir en relación con las concretas obras o prestaciones protegidas que, en su caso, formen parte del contenido de esa página web.⁸² Al igual que P. SIRINELLI afirmaba con respecto a los programas de ordenador, la base de datos también puede considerarse una obra polimorfa que engloba una serie de realidades intrínsecamente relacionadas, pero que pueden ser consideradas individualmente obras y/o prestaciones protegidas y gozar, por tanto, de una protección propia y autónoma de la del

⁸² Art. 3.2 de la Directiva de bases de datos y art. 12.1 *in fine* LPI. Si bien esta regla también rige en relación con el posible derecho *sui generis* que pudiese recaer sobre el contenido de la página web (art. 7.4 de la Directiva), como veremos, la delimitación entre la infracción de la tutela *sui generis* y las infracciones de los derechos de propiedad intelectual vigentes en relación con los elementos que conforman dicho contenido es más difusa, toda vez que la infracción del primero implica asimismo la contravención de los segundos toda vez que la parte sustancial del contenido de la página web protegida por el derecho *sui generis* estuviere conformada por uno o varios elementos tutelados por el derecho de autor o derechos afines. La citada sentencia de la Cour de Cassation, 1re civile, de 12 de mayo de 2011, pone un especial énfasis en la diferenciación de ambas realidades y en la necesidad de ceñir el análisis de la originalidad de la estructura de una página web al plus que el programador añade frente a la existencia separada de los elementos contenidos en esta. Vid. J.-M. BRUGUIÈRE, «Commentaire sur l'arrêt de la Cour de Cassation, 1re civile, 12 mai 2011», *cit.*, pp. 286-287.

resto.⁸³ Por tanto, las consideraciones que seguidamente se expondrán en relación con el ejercicio de los derechos morales y patrimoniales englobados en el derecho de autor sobre la estructura de la base de datos habrán de entenderse aplicables únicamente a la citada estructura, pero no así a los contenidos, autorales o no, insertos en la página web. Esta separación no supone una mayor dificultad, a diferencia del supuesto del derecho *sui generis*, cuyo ejercicio y, por tanto, su posible infracción por terceros, sí se basa en el uso de los concretos contenidos de la página web, con las precisiones acerca del carácter sustancial de la parte empleada y de la medición de dicha sustancialidad en base a su capacidad para afectar a la inversión sustancial protegida que expondremos más adelante.

2.2. Derechos morales del autor de la estructura de una página web

En lo que al campo moral del derecho de autor sobre la estructura de una base de datos se refiere, ninguna peculiaridad con respecto del resto de obras protegidas por el derecho de autor es reseñable, al menos en el ámbito teórico.⁸⁴ En la vertiente práctica puede afirmarse con carácter general la menor importancia que los derechos morales han tenido y tienen en relación con las bases de datos tradicionales, en comparación con la tenida respecto de otro tipo de creaciones intelectuales.⁸⁵ Ello se explica, en buena medida, por el gran número de personas implicadas en su elaboración, lo que les hace merecer habitualmente la calificación de obras colectivas, con las consecuencias que para el ejercicio de los derechos morales se derivan de dicha calificación.

Sin embargo, esto no se puede trasladar, sin más, al entorno web. En primer lugar, se deberá estar al tipo de contrato que hubiera dado origen a la creación de la estructura de la página web, que, como veremos en el penúltimo apartado de este trabajo, podrá ser, o bien un contrato laboral, o bien un contrato de encargo de obra. En este último caso, el número de autores se ve considerablemente disminuido. Así, frecuentemente, en las webs comerciales que se realizan en la actualidad, la elaboración de la estructura de la base de datos requiere únicamente de la intervención de entre uno y dos programadores y diseñadores

⁸³ Vid. P. SIRINELLI, «Commentaire a l'arrêt de la Cour de Justice de l'Union Européenne (3ème chambre) su 22 décembre 2010», *RIDA*, 2011, janvier; N° 227, p. 220.

⁸⁴ Esta cuestión no ha sido armonizada a nivel europeo, lo cual es una constante en las Directivas sobre propiedad intelectual adoptadas hasta el momento. De ahí que no sorprenda el hecho de que la Propuesta inicial de Directiva de bases de datos presentada por la Comisión no solo no regulase los derechos morales, sino que los excluyera expresamente del ámbito de aplicación de la Directiva (considerando 22º). En lo relativo a la configuración del derecho moral y el ejercicio de este, el actual considerando 28º de la Directiva remite a las legislaciones de los Estados miembros, que habrá de ser conforme con lo dispuesto en el Convenio de Berna.

⁸⁵ Para un análisis del funcionamiento de las facultades morales del derecho de autor sobre bases de datos, Vid. E. DERCLAYE, «*The Legal Protection of Databases: a Comparative Analysis*», Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2008; y S. VON LEWINSKI, «Database Directive», *cit.*, pp. 711-715.

web.⁸⁶ Estos suelen crear un sistema de gestión de contenidos adicional a dicha estructura, con el que se permite a la compañía que encargó la elaboración de la página web actualizar los contenidos de esta de manera fácil y rápida, sin necesidad de una nueva intervención del programador o diseñador, salvo en caso de modificaciones sustanciales de esta. Estas posteriores modificaciones generalmente supondrán un cambio en el contenido, pero dejarán intacta la interfaz gráfica de usuario, luego no implicarán *stricto sensu* una transformación del objeto protegido por el derecho de autor, luego no requerirán del consentimiento previo de este.

En relación con los derechos morales, un elemento común en ambos supuestos —el de las bases de datos convencionales y el de las actuales páginas web—, con relevancia a la hora de explicar la menor importancia de los derechos morales frente a los derechos patrimoniales del autor o autores, es la práctica habitual, extendida en la inmensa mayoría de sectores comerciales, de la renuncia de los sujetos intervinientes en la elaboración de estas, de manera previa y expresa —generalmente, en el mismo contrato de cesión de los derechos de explotación—, al ejercicio de varios de estos derechos morales de los que, en su condición de autores de la estructura original de una página web, pueden ser titulares.⁸⁷ Si bien la irrenunciabilidad es una de las notas características de las facultades morales, entendemos que esta solamente se refiere a la imposibilidad del autor de renunciar al ejercicio futuro de sus prerrogativas morales con carácter general y previo, considerándose nulo todo pacto en este sentido. Por tanto, a contrario, se entiende que sí se permite la renuncia al derecho en un caso concreto, o a uno o varios actos de ejercicio de ese derecho (*vid.* la STS, Sala de lo Civil, de 20 de enero de 2000 y la SAP de Santander de 3 de noviembre de 1992). La validez o no de la renuncia dependerá de que el autor pueda o no conocer el alcance de la misma de manera clara y precisa.⁸⁸ En el entorno web, al profesional medio de la programación y el diseño se le presume capaz de conocer y entender las consecuencias que la renuncia a este tipo de derechos, así como aquellas que, en relación con este tipo de derechos, se derivan del acto de facilitar las contraseñas y/o crear los perfiles *webmaster* de una determinada página web.

Haciendo un pequeño paréntesis, debemos advertir acerca de la interdependencia existente entre el ejercicio de cualquier derecho moral o patrimonial

⁸⁶ Sin tener en cuenta al diseñador o diseñadores gráficos. En no pocas ocasiones estas tres funciones son realizadas por un mismo *freelance*. Por el contrario, cuando el creador forma parte de la plantilla de empleados de una empresa, en la práctica, suelen estar divididas entre varias personas.

⁸⁷ El carácter irrenunciable de los derechos morales tampoco impide que el autor pueda renunciar al ejercicio de acciones judiciales contra los actos de infracción de tales derechos, bien de manera expresa (en el contrato de cesión de los derechos de explotación) o tácita (por dejar transcurrir el plazo de ejercicio de las acciones sin ejercitar el derecho). *Vid.* P. MARTÍNEZ ESPÍN, «Comentario al artículo 14», en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *cit.*, p. 210-211.

⁸⁸ *Vid.* P. MARTÍNEZ ESPÍN, «Comentario al artículo 14», en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *opus cit.*, p. 210-211.

y el período de vigencia del contrato de *hosting* o alojamiento web firmado entre el comitente y cesionario de los derechos de explotación y la empresa de *hosting*, sobre la que se volverá, con mayor detalle, en el penúltimo apartado de este trabajo.

Pero más allá de la renuncia al ejercicio de los derechos morales y de la dependencia de la vigencia del contrato de *hosting*, debe llamarse la atención sobre el hecho de que, en el ámbito digital, y más aún en el supuesto de las páginas web, el ejercicio de dichos derechos morales sufre alguna variación frente a sus tradicionales formas de ejercicio de estos respecto de bases de datos elaboradas en formato físico, al menos durante el período de vida útil de una página web para el titular de los derechos patrimoniales sobre esta. Sin embargo, una vez transcurrida dicha utilidad, las consideraciones que cabe afirmar con respecto del ejercicio de los derechos morales no se apartan de aquellas que rigen con carácter general para el resto de creaciones intelectuales.

Así, por ejemplo, consideramos que el derecho a divulgar la obra —y a elegir las condiciones de dicha divulgación— previsto en el art. 14.1º LPI se debe entender ejercido por el diseñador o programador web contratista una vez se acepta el encargo de elaborar la página concreta, aunque finalmente el comitente decida no poner a disposición del público en Internet dicha página web, cualquiera que fuere el motivo. En todo caso, aún cuando tal comitente decida no explotar la página web por las fórmulas habituales, el diseñador de esta podrá seguir empleando la concreta estructura creada para aplicarla a otras páginas web posteriores en el tiempo —si bien no así su contenido, ni ningún otro elemento que pudiere estar protegido por algún tipo de derecho de propiedad industrial—, pudiendo modificar, por tanto, la obra, si bien respetando los posibles derechos adquiridos por terceros (art. 14.5º LPI).

En el caso del derecho moral a la integridad, la medición del perjuicio a los legítimos intereses o menoscabo de la reputación del autor a los que se refiere el art. 14.4º LPI deben ser interpretados en el contexto *on-line*, conforme a las prácticas seguidas en este y, por supuesto, en un sentido personal o moral, y nunca económico o patrimonial. En este punto, debe tenerse muy presente la distinción entre los cambios que suponen una modificación sustancial de la obra contraria al art. 14.4º LPI y los cambios que implican la transformación incontestada de esta, en violación del derecho de explotación. Diferenciación que estriba en que la transformación de la obra no conlleva *per se* una modificación de la misma en los términos de los apartados cuarto y quinto del art. 14 LPI.⁸⁹ Si bien no cabe una respuesta universal, sino que la infracción de esta potestad moral debe valorarse *ad casum*, entendemos que, en la prác-

⁸⁹ Resulta obligada la lectura de la obra de P. CÁMARA ÁGUILA, *El derecho moral de autor. Con especial referencia a su configuración y ejercicio tras la muerte del autor*; Comares, Granada, 1998, pp. 278-280.

tica, y dada la especificidad del ámbito de protección del derecho de autor en este caso, las infracciones al derecho moral a la integridad se resumen en la introducción de contenidos por parte del comitente que, si bien no suponen una manipulación o modificación de la estructura de la página web en sí misma considerada, sí implican una descontextualización de esta, dando una imagen distorsionada de la obra concebida por el autor.⁹⁰ Sin embargo, este derecho a la integridad no puede ejercitarse para impedir que el comitente o un tercero a raíz de un encargo del primero lleven a cabo labores de simple actualización posterior —continuada o no— de la página web o una inclusión de contenidos en su día no previstos cuando dichas acciones sean realizadas haciendo uso del sistema de gestión de contenidos confeccionado por el diseñador o programador web originario, aún cuando tales modificaciones pudiera repercutir, de alguna manera, en la estructura de la página web, pues tales actuaciones no suponen un perjuicio de los intereses legítimos del autor, ni menoscabo alguno de su reputación.

Por su parte, dada la ubicuidad de la forma de explotación habitual de las páginas web, el derecho de acceso al ejemplar único o raro de la obra (art. 14.7º LPI) pierde la práctica totalidad de su sentido, al no poder darse el supuesto de hecho que justifica este derecho en un entorno de puesta a disposición del público en Internet. De hecho, la forma de explotación habitual de las páginas web hace imposible el ejercicio de este derecho moral en cuanto tal, siendo la práctica habitual del diseñador web la de conservar las claves de acceso y/o una copia de la página web en su servidor propio.

En el caso de los derechos de identificación y de paternidad contemplados en los apartados segundo y tercero del art. 14 LPI, debemos advertir que la frecuencia del anonimato es mucho más amplio que en el entorno *off-line*. Efectivamente, son pocos los supuestos de páginas web llevadas a cabo a partir de un contrato de encargo de obra en las que el nombre, pseudónimo o signo del autor o del titular originario de los derechos de autor figura expresamente en ella. Además, en aquellos casos en los que esto es así, tanto el estilo de este como el tamaño de dicha referencia habrán de ajustarse a las normas del sector, sin que la vertiente positiva del derecho de paternidad faculte al autor a exigir la mención de su nombre en un sitio destacado de la página web.⁹¹ Sin

⁹⁰ Piénsese, por ejemplo, en la estructura de una página web creada para fines de promoción o publicidad de un programa de formación, en la que el diseñador y programador web crea un sistema de gestión de contenidos que pone en manos del concreto webmaster encargado de la llevanza de la página. Sistema que es empleado por este segundo para introducir contenido pornográfico, conservando la interfaz gráfica de usuario originariamente diseñada por el primero.

⁹¹ La renuncia a proclamar la paternidad de la obra es bastante frecuente en los contratos de encargo de obra con los que se suele articular la elaboración de una página web. Muchas veces, la renuncia a la cita del nombre del autor se debe a exigencias de la naturaleza de la explotación, de la costumbre del concreto sector material al que la página web se refiere y de la propia estructura de dicha página. Generalmente, esa renuncia es expresa, pero hay supuestos en los que se realiza de manera abdicativa, esto es, el programador o diseñador web, a falta de pacto en este sentido,

embargo, esta falta de ejercicio positivo del derecho de paternidad hace más frecuente el derecho de reivindicación, para reconocer su condición de autor en los supuestos en que se produce usurpación de la paternidad, que un tercero hubiere podido atribuirse de su página web.⁹²

Respecto al ejercicio del derecho de retirada del comercio, también cabe llevar a cabo una serie de aclaraciones. En primer término, debe advertirse que los motivos señalados en el art. 14.6º LPI, a saber, el cambio de las convicciones intelectuales o morales, se refieren exclusivamente a la parte de dicha página web cuya autoría corresponda al concreto diseñador web que pretende dicho ejercicio y sobre cuyo derecho de autor se extienda. Ámbito que debe entenderse limitado, por tanto, únicamente a su estructura y, dentro de esta, a los criterios que anteriormente expusimos, pero no así a su contenido. Además, siendo esto así, debemos alertar de la consecuencia técnica del ejercicio de este derecho con respecto de la estructura de una página web, que no es otra que la necesaria retirada de la integridad de la página web, tanto de su continente como de su contenido. En segundo lugar, cabe afirmar que ciertamente cuesta imaginar un supuesto en el que un programador o diseñador web pretenda retirar la página web del comercio —en el sentido de su estado de puesta a disposición en Internet— por motivos morales. Más bien el ejercicio de este derecho se restringirá a los casos de cambio de sus convicciones intelectuales, en el sentido de técnicas de programación y/o diseño web empleadas. En todo caso, los intereses que laten tras la decisión del autor en ningún caso podrán tener un corte económico. Eso sí, la condición prevista en el citado apartado sexto de este art. 14 LPI se mantiene plenamente aplicable al entorno web: el autor que ejerza su derecho de retirada deberá indemnizar de los daños y perjuicios causados con ello al titular de los derechos de explotación de la página web. La aplicación a las páginas web de las consideraciones presentes en el art. 1106 CC resulta especialmente complicada a los efectos de la medición tanto del daño emergente como del lucro cesante indemnizables al comitente de la página web, cesionario de los derechos patrimoniales existentes sobre la estructura de esta.

decide no introducir su nombre o pseudónimo en la página web que crea. Conviene preguntarse sobre la licitud de los contratos que tienen por objeto la renuncia del derecho de paternidad. La tesis que anteriormente expusimos con carácter general entendemos que es extensible al derecho de paternidad en particular. De manera que el carácter irrenunciable de este simplemente prohíbe la renuncia global, previa y definitiva del derecho de paternidad, pero no aquella renuncia concreta y temporal que permite en todo caso una revocación *a posteriori* de la misma, como puede ser la renuncia a la mención del nombre del diseñador en la página web puesta a disposición del público en Internet que no implica la renuncia por parte de este a la exhibición de las webs por él diseñadas en su portafolio, blog o página web particular. En todo caso, la dificultad o facilidad para acreditar la autoría de la página en cuestión se trata de una cuestión meramente probatoria, común a toda creación intelectual.

⁹² De nuevo, resulta más que recomendable la remisión a P. CÁMARA ÁGUILA, *El derecho moral de autor. Con especial referencia a su configuración y ejercicio tras la muerte del autor*, opus cit., pp 323-330.

2.3. *Derechos patrimoniales del autor de la estructura de una página web*

En lo que respecta a la vertiente patrimonial del derecho de autor también se deben realizar ciertas observaciones. En primer lugar, las concretas facultades patrimoniales contempladas en la Directiva de bases de datos en relación con las bases de datos no distan de las potestades patrimoniales vigentes con carácter general para todo tipo de obras: la reproducción, la distribución, la comunicación pública —dentro de la cual, como es sabido, se subsume el derecho de puesta a disposición del público en Internet— y la transformación. Las extensas referencias contenidas en el artículo 5 de la Directiva a la hora de referirse a ellos no pueden interpretarse como la voluntad del legislador europeo de hacer distingo alguno en relación con el derecho de autor aplicable con carácter general a cualquier creación intelectual, sino, más bien, al deseo de abarcar todas las facultades patrimoniales contempladas en los distintos ordenamientos nacionales, a falta de una armonización de la terminología empleada por los legisladores nacionales.⁹³ Así ha sido interpretado por el legislador español, que, más allá de los concretos criterios de evaluación de la originalidad de la estructura de una base de datos, con carácter meramente definitorio, no introduce ninguna especialidad en el ámbito patrimonial, siendo aplicables a estas los mismos preceptos legales que al resto de creaciones intelectuales (arts. 17 a 23 LPI). Una única excepción merece la anterior afirmación: la especialidad que, con respecto al derecho de transformación, se contiene en el segundo párrafo del art. 21.1 LPI. Nos centraremos, por tanto, en las peculiaridades u observaciones que pudiera plantear la traslación de todos estos derechos al objeto de protección autoral que ocupa nuestro estudio, dejando a un lado todas aquellas consideraciones acerca de los derechos patrimoniales que no merezcan mayor comentario.

Cambiando de tercio, debe hacerse alusión a la aparente falta de regulación en el texto de la norma europea del concreto plazo de duración del derecho de autor, lo cual se explica por la remisión a la Directiva 93/98/CEE, de armonización del plazo de protección del derecho de autor y los derechos afines, contenida en el considerando 25º de la Directiva de bases de datos.⁹⁴ Por tanto,

⁹³ Así, por poner un ejemplo, en vez de referirse de manera global al concepto de transformación, el apartado b) del artículo 5 de la Directiva hace alusión a «*la traducción, adaptación, reordenación y cualquier otra modificación*» y, seguidamente, la letra e) declara «*cualquier reproducción, distribución, comunicación, exhibición o representación al público de los resultados de los actos a que se refiere la letra b)*». Asimismo, la norma europea no emplea nuestro amplio concepto de comunicación pública, de vigencia únicamente nacional, sino que declara lo siguiente: «*cualquier forma de comunicación, exhibición o representación*».

⁹⁴ Directiva 93/98/CEE del Consejo, de 29 de octubre de 1993, que actualmente se encuentra codificada en la vigente Directiva 2006/116/CE del Parlamento europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa al plazo de protección del derecho de autor y de determinados derechos afines (DO L 372, de 27 de diciembre de 2006). Para un análisis de la remisión prevista en el citado considerando 25º de la Directiva de bases de datos, *Vid. S. VON LEWINSKI, «Database Directive», en «European Copyright Law. A Commentary», cit., p. 702.*

dicha ausencia de regulación expresa en el articulado de la Directiva de bases de datos es voluntaria, evita una reiteración innecesaria y asegura una coherencia con la regulación prevista para el resto de obras protegidas por la propiedad intelectual. La regla general, por tanto, será la vigencia durante la vida del autor y setenta años después de su muerte (artículo 1.1 de la Directiva de armonización del plazo de protección).⁹⁵ En relación con las páginas web este plazo de protección consideramos que resulta de todo punto excesivo, teniendo en cuenta que la vida económica o útil de una página web no suele ser tan longeva, por contraposición a otro tipo de productos que puedan encuadrarse en el concepto de base de datos y protegerse por el derecho de autor, sobre todo si se compara con el plazo de quince años previsto para la tutela *sui generis* que pueda proteger el contenido de estas.⁹⁶

En tercer lugar, ha de recordarse el estricto ámbito de protección del derecho de autor sobre la organización conformada por la interfaz gráfica de usuario: la concreta estructura de la página web, referida tanto a la selección como a la disposición de los contenidos de esta. Ello implica que en aquellos supuestos en los que el elemento utilizado por un tercero resulte ser una obra o prestación protegida presente en el contenido de la página web protegida, sin haber solicitado para ello el consentimiento del correspondiente titular del derecho de autor o derecho afín sobre esa obra o prestación, pero sin que a la vez se hubiere utilizado la concreta interfaz gráfica de usuario de dicha página web, la única infracción de derecho de propiedad intelectual producida sería la relativa a los derechos existentes sobre la obra o prestación utilizada, pero no así la del derecho de autor sobre la interfaz. En otras palabras, la procedencia directa —a partir de una página web protegida— de la obra o prestación utilizada de manera incontestada no es sinónimo de la infracción del derecho de autor que protege la estructura de la página web de origen. La prueba de dicha procedencia será fundamental para entender infringido el posible derecho *sui generis* que pudiere existir sobre el contenido de la página web, así como, obviamente, para entender infringido el derecho de autor o afín que versase individualmente sobre el concreto contenido empleado.

Asimismo, se debe destacar la libertad que el artículo 6 de la Directiva otorga a los Estados miembros para poder regular otras excepciones, adicionales a las enunciadas en dicho precepto, que fueran contempladas de manera tradicional por el derecho interno de cada concreto Estado, lo cual contrasta con la limitación prevista en el caso de la excepción de copia privada, únicamente

⁹⁵ Sin perjuicio de las especialidades de cómputo previstas para el caso de obras en colaboración (apartado 2º del artículo 1 de la Directiva de armonización del plazo de protección) y para las obras anónimas o pseudónimas (apartado 3º de este mismo precepto).

⁹⁶ Piénsese en el contraste de duración de la vida económica que puedan tener, sin embargo, las enciclopedias o cualquier tipo de colección —incluso la propia pinacoteca o la concreta exposición temporal que se exhiba en alguna institución cultural, esto es, sus criterios de selección y de disposición del conjunto de obras de arte expuestas, podrían subsumirse en este supuesto—.

aplicable a bases de datos no electrónicas y, por tanto, no extensible en ningún caso a las páginas web. El legislador español de 1998, optó por transponer este precepto en términos prácticamente idénticos a los empleados por el legislador europeo, y no hacer uso de la libertad normativa para la ampliación de la lista de excepciones dejada por este segundo, tal y como seguidamente analizaremos.

El ejercicio, en relación con las páginas web, de las cuatro facultades patrimoniales del derecho de autor merece cierto estudio, pues las especialidades del entorno digital han introducido importantes variaciones en el entendimiento de estos derechos. Así, el derecho de distribución ha pasado a tener un lugar residual, frente a la preeminencia que ocupaba tradicionalmente en el entorno físico —y ocupa, en el caso de bases de datos no electrónicas—. ⁹⁷ Por el contrario, actualmente el verdadero papel protagonista en el ámbito *on-line* es desempeñado por el derecho de comunicación pública, en su vertiente de puesta a disposición del público en Internet, y que, a día de hoy, goza de un claro —casi absoluto— predominio sobre el resto de facultades que integran este derecho patrimonial. ⁹⁸

Con todo, la delimitación entre el derecho de puesta a disposición del público *on-line* y el tradicional derecho de reproducción merece un detenido análisis. La clara independencia predicable de ambos derechos en el entorno *off-line* es bastante difusa y cuestionable, sin embargo, en el ámbito web. En este sentido consideramos que el acto de visualización en pantalla de una página web cuya interfaz gráfica de usuario esté protegida por el derecho de autor únicamente supone el ejercicio del derecho de reproducción, pero no así del derecho de puesta a disposición del público. En relación con el primero, debe plantearse la posible aplicación de la excepción para la realización de reproducciones provisionales regulada en el art. 31.1 LPI, cuya vigencia prevé el propio art. 34.2 LPI, al que posteriormente nos referiremos. Además, debe tenerse en cuenta la importancia del acto de puesta a disposición del público en Internet de la página

⁹⁷ De hecho, difícilmente puede entenderse aplicable a las páginas web el derecho de distribución, por su propia naturaleza inmaterial, antagónica del elemento material, presente en las tradicionales facultades que conforman este derecho de distribución (art. 19 LPI). En este sentido también se han pronunciado, I. GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ y A. GONZÁLEZ GOZALO, «La protección de las páginas y sitios web a través de la propiedad intelectual», *Revista de Propiedad Intelectual (pe. i.)*, núm. 8, 2001, p. 106; y J. MASSAGUER, «Los derechos de propiedad intelectual en Internet», *Comunicación y Estudios Universitarios*, núm. 7, 1997, p. 64. Efectivamente, el almacenamiento de la página web en un soporte físico, como puede ser una memoria USB, y la posterior transmisión de la propiedad o del usufructo de dicho soporte, suponen un acto de distribución. Sin embargo, lo contenido en este soporte no será la interfaz gráfica de usuario de la página web, sino la dirección URL de esta, que no supone el uso de aquella, ni está protegida por ningún tipo de derecho de propiedad intelectual por sí misma. El acto de uso del objeto protegido por el derecho de autor se realiza, por tanto, una vez el usuario transcribe dicha URL en la barra de direcciones del navegador; lo cual supone un acto de puesta a disposición, con las correspondientes reproducciones provisionales integrantes del proceso tecnológico, subsumibles o no en el art. 31 LPI.

⁹⁸ De hecho, en la inmensa mayoría de páginas web actuales, el resto de potestades patrimoniales no tiene más repercusión que la de su cita, en su caso, en el contrato de cesión de derechos.

web —tanto de su interfaz como del programa de ordenador y del contenido de esta, estén o no protegidos— que se produciría en el momento en que el programador o diseñador web introduce esta en el «almacén» que supone el servidor web de la empresa de *hosting* contratada. Servidor al que van a dirigirse las peticiones individuales de los usuarios que pretendan acceder a ella. Muy posiblemente, este acto de puesta a disposición pueda ser considerado, en paralelo, un acto de reproducción íntegro de la página web, si bien en este último acto, por los motivos que seguidamente veremos, en modo alguno podrá entenderse contenido en la citada excepción de reproducciones provisionales.

En relación con el derecho de reproducción, cabe plantearse si la impresión de cualquier página o subpágina que se llevar a cabo a partir de la opción presente en la barra de herramientas de todo navegador web, constituye o no un verdadero acto de reproducción de dicha interfaz gráfica de usuario. Dada la ineptitud de este tipo de reproducciones para captar las funciones de interacción del usuario de las que dicha interfaz, nos inclinamos hacia una respuesta negativa. Sin embargo, si mediante alguna de estas reproducciones se consiguiera plasmar de alguna manera la selección original propia de la página reproducida, la respuesta habría de ser positiva.

En cuanto al derecho de transformación, la especialidad que para las bases de datos se encuentra contenida en el segundo párrafo del art. 21.1 LPI, anteriormente citada, no está exenta de críticas, tanto en el ámbito *off-line* como, y con mayor motivo, en el entorno web. Según este precepto «*Cuando se trate de una base de datos a la que hace referencia el artículo 12 de la presente Ley se considerará también transformación la reordenación de la misma*». Reordenación que, por vez primera, entra en la lista de potestades en las que el derecho de transformación se descompone, si bien se encuentran limitadas a los autores de bases de datos de estructura original, y no así al resto de creadores. El precepto que acabamos de reproducir no es sino transposición mimética del art. 5. b) de la Directiva de bases de datos y, con ello, infracción directa de las observaciones expuestas en el considerando 38º de esta norma europea para justificar la regulación *ex novo* del derecho *sui generis*: «*El uso cada vez mayor de la tecnología digital expone al fabricante de una base de datos al peligro de que el contenido de la misma sea copiado y reordenado electrónicamente sin su autorización con el fin de crear una base de datos de idéntico contenido, pero que no infringiría los derechos de autor respecto a la ordenación de la base de datos original*». Ciertamente, cuesta entender cómo en aquellas bases de datos originales únicamente en lo que la disposición se refiere, la reordenación de sus contenidos conforme a otros criterios de disposición pueda suponer una infracción del derecho del autor de estos. ¿Se puede infringir lo no utilizado?⁹⁹

⁹⁹ El Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua define el término «*disponer*» por remisión al concepto de «*orden*» —«*colocar, poner algo en orden y situación conveniente*», establece la primera entrada de esta definición—. La introducción de la reordenación entre las facultades

Este es el caso de la mayoría de páginas web, en las que, como expusimos en algún apartado anterior, en la inmensa mayoría de los casos, la originalidad de la interfaz gráfica de usuario se mide en términos de disposición. Los casos de originalidad en la selección son, por tanto, la minoría. Por contra, entendemos que la reordenación ha de ser una facultad limitada a aquella base de datos original en sus criterios de selección y debe entenderse referida única y exclusivamente a la concreta extensión de dicha originalidad. Es en este último caso donde la mera variación de la disposición de los elementos llevada a cabo por un tercero, con el fin de ocultar el origen previo de estos, supone implícitamente la utilización de la selección originaria y, por tanto, la infracción del derecho de autor que recae sobre dicha selección original —los elementos empleados por el tercero son los mismos que aquellos expresamente seleccionados por el autor de la base de datos originaria, sin que el cambio en su orden de aparición pueda refutar esta afirmación—. ¹⁰⁰

Con independencia de lo anterior, si bien en relación, asimismo, con el derecho de transformación se debe advertir que en aquellas páginas web dinámicas, en las que la actualización sistemática de sus contenidos es un rasgo definitorio, cada uno de los constantes reajustes introducidos mediante los consiguientes sistemas de gestión de contenidos no habrán de ser tenidos por transformaciones en el sentido tradicional, pues no implican variación alguna de la estructura de esta.

Respecto de las excepciones a los derechos patrimoniales, como ya adelantábamos anteriormente, la similitud seguida por el legislador español respecto de su homólogo europeo, supone que las excepciones contempladas en el art. 34 LPI sean las siguientes: i) el uso necesario para el acceso al contenido de la base de datos y su normal utilización por su usuario legítimo; ii) la reproducción con fines privados de las bases de datos no electrónicas;¹⁰¹ iii) la utilización con fines de ilustración de la enseñanza o de investigación científica; y iv) la utilización con fines de seguridad pública o a efectos de un procedimiento ad-

del autor de una base de datos original únicamente en sus criterios de disposición supone, pues, una contradicción en sus propios términos.

¹⁰⁰ La extracción y posterior reordenación que de parte de las obras contenidas en una página web protegida pueda llevar a cabo un tercero sin reproducción de los criterios de disposición de la estructura de esta no supone una infracción de la tutela autoral concedida a dicha estructura original, sino únicamente, en su caso, de los derechos de autor vigentes sobre las obras efectivamente utilizadas. La contravención del derecho de autor del creador de la colección dimana, con carácter exclusivo, del uso no consentido de su selección o disposición originaria. Si estos no se usan, ninguna infracción de la protección autoral se produce. Por el contrario, el mayor o menor esfuerzo económico empleado por este en la recopilación del contenido de su colección resulta irrelevante a estos efectos.

¹⁰¹ El art. 34.2.a) LPI es, con respecto del art. 31.2 LPI, *lex specialis*. Por ello, la aclaración sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 31 LPI, debemos entenderla referida únicamente a la regulación de las reproducciones provisionales del apartado primero del art. 31 LPI, pero no así al límite de la copia privada, del apartado segundo de este art. 31 LPI.

ministrativo o judicial. El último inciso citado —iv—, reiteración del art. 31.1 LPI, no merece mayor comentario en el entorno web. No así los otros tres.

Efectivamente, la existencia de esta limitación de la citada excepción de copia privada es aceptable en relación con todas aquellas bases de datos cuya explotación se rige por un sistema de licencias similares a las que rigen en el vecino sector del software. Atendiendo a la práctica web, a la extendida facilidad y gratuidad de acceso de esta, podría plantearse no ya el acierto, sino la absoluta necesidad de contar con una excepción expresa para la copia privada, con el fin de atender a las prácticas habituales, acabando con la ruptura entre estas y el texto de la ley. Sin embargo, ello no sería sino un razonamiento apriorístico, falta de reflexión pausada. Recordemos el objeto protegido: la interfaz gráfica de usuario. Interfaz que no existe ni se protege sino a través del lenguaje HTML en el que se expresa y que difícilmente se va a copiar, por tanto, por una persona física para su uso privado (art. 31.2 LPI), sino, más bien, por un profesional de la informática, para una utilización colectiva —la nueva puesta a disposición del público, con toda probabilidad— y, seguramente, lucrativa, se mida o no dicho lucro de manera directa o indirecta. Siendo este el panorama, cuesta mucho plantear una justificación seria, coherente con el texto de la LPI, que permita ser aplicada al objeto protegido por el derecho de autor en el continente de una página web.

Aplicada a las páginas web, la excepción para fines de enseñanza o investigación científica, a diferencia de la aplicación habitual de la ilustración para la enseñanza del art. 32 LPI, general y casi exclusivamente se realiza por medio de la comunicación pública, ante el público compuesto por el alumnado o por una masa científico-investigadora, de la página web y, con ello, de la interfaz gráfica de usuario, en cuestión. Las páginas web, en este caso, se encuentran con las mismas dificultades que las obras plásticas, en relación con la excepción general del art. 32 LPI nombrado, dada la dificultad de fraccionar la parte de la interfaz gráfica empleada en ejercicio del límite del art. 34 LPI. De ahí el acierto de no restringir la aplicación de esta excepción al uso de pequeños fragmentos de la base de datos.

En último lugar, si bien en relación con la primera excepción citada, cuyo ámbito se refiere a cualquier utilización que fuere necesaria para el acceso al contenido de la base de datos y su normal utilización, debe advertirse acerca del beneficiario de esta: el usuario legítimo de la base de datos. Concepto este último que entendemos que incluye el de todo usuario de Internet, salvo en aquellas páginas web o partes de estas cuyo acceso se encuentre restringido (generalmente, por medio de contraseñas de acceso a la intranet contenida dentro de estas). Nos basamos para ello en la definición de este concepto llevada a cabo por el Tribunal de Justicia, con carácter *obiter dicta*, en el asunto *British Horseracing Board*, según el cual se trata de todo «usuario cuyo acceso al contenido de la base de datos con fines de consulta se funda en el consentimiento

*directo o indirecto de la persona que constituyó la base de datos».*¹⁰² Entendemos, por tanto, que quien pone a disposición del público en Internet la página web de cuyos derechos patrimoniales sobre la estructura de esta es titular, sin introducir ningún sistema de acceso a esta, está otorgando su consentimiento implícito para que miles de usuarios potenciales de su página pasen a ser usuarios legítimos de esta.¹⁰³ Por el contrario, la falta de legitimidad del usuario deviene de la infracción de las medidas tecnológicas de control de acceso o uso que el titular de los derechos patrimoniales de la página web hubiere introducido. Sobre esta cuestión volveremos más adelante, en sede *sui generis*, al analizar el uso del contenido —que no de la estructura— de una página web.

Aparte de ello, como expresamos anteriormente, la excepción de reproducciones provisionales contenida en el apartado primero del art. 31 LPI se mantiene aplicable para las bases de datos en general, teniendo una vital importancia, en particular, para las páginas web. La condición exigida para ello es la inexistencia de significación económica independiente de la reproducción. Dicho límite permite exceptuar del supuesto de hecho de la obligación de contar con la autorización del titular del derecho de reproducción a aquellas copias técnicas o efímeras de fragmentos amorfos de la interfaz gráfica de usuario de la página web que se efectúan en los ordenadores intermedios de la red (*routers, hubs o switches*) durante el proceso de transmisión de dicha página web, desde que se produce la solicitud del usuario al servidor web hasta que la imagen de la página web y las funciones de interacción de esta llegan al ordenador de este usuario. Fragmentos cuyo valor económico individual es prácticamente nulo, pues solo adquieren dicho valor en la medida en que forman parte de un proceso más complejo, el de puesta a disposición en Internet de la página web en cuestión. Estas conclusiones pueden extenderse igualmente, por los mismos motivos, a las reproducciones técnicas de las obras y prestaciones protegidas que pudieran contenerse en la página web. No así de las copias caché que los buscadores web realizan sistemáticamente para sí de la integridad de las páginas web que visitan, a los simples efectos de agilizar o acelerar el proceso de transmisión de estas, que habrían de quedar sujetas, por tanto, a la necesaria autorización del titular del derecho de reproducción sobre la interfaz gráfica de usuario de la página —además del consentimiento de los titulares de derechos de reproducción sobre el resto de obras y/o prestaciones protegidas que pudieran contenerse en esta—.

¹⁰² Vid. STJUE de 9 de noviembre de 2004, *British Horseracing Board, cit.*, párrafo 58.

¹⁰³ Obviamente, el consentimiento expreso otorgado por el titular convierte en legítimo el uso realizado por el usuario al que dicha autorización se refiere con la amplitud que el fabricante haya querido darle, empleando, en caso de duda, las técnicas ordinarias de interpretación de los contratos (arts.1281-1289 del Código civil).

3. TUTELA POR EL DERECHO *SUI GENERIS*

3.1. *Determinación del ámbito de aplicación del derecho sui generis a las páginas web*

Como ya hemos tenido ocasión de adelantar, se debe tener en cuenta que, a diferencia de lo que sucede con el derecho de autor, las potestades que conforman el derecho *sui generis* no versan sobre la estructura de una base de datos, sino sobre el contenido de esta, y para su concesión no se requiere un carácter original, sino únicamente la dedicación de una inversión sustancial en la elaboración, presentación o verificación de los contenidos, al estilo del *sweat of the brow* estadounidense y del *skill and labour* británico.¹⁰⁴

El artículo 7.1 de la Directiva —así como el artículo 133.1 LPI y las correspondientes normas nacionales de transposición adoptadas por los otros veintiséis Estados Miembros— otorgan este segundo tipo de protección en base a la inversión. Únicamente a la inversión. Inversión que puede ser intelectual o cualitativa, pero que también se puede medir en base a otros criterios cuantitativos. De hecho, en la práctica totalidad de páginas web protegidas por el derecho *sui generis* las inversiones merecedoras de protección eran inversiones económicas o, por lo menos, inversiones que pueden traducirse en términos monetarios.¹⁰⁵ Así, por ejemplo, aunque el esfuerzo intelectual del diseñador y programador web y el tiempo empleado en el desarrollo del *back-end* son parámetros cualitativos no económicos, se pueden computar a estos efectos también desde un punto de vista monetario, bien en el montante finalmente cobrado por este por esa prestación de servicios, bien en el precio de mercado de la recopilación de elementos presentes en la página concreta. Más sencillo resulta este cómputo en el caso de los recursos informáticos utilizados y de los lenguajes —algunos

¹⁰⁴ Este hecho ha sido destacado, entre otros, por F. POMBO, «Spain: Databases – originality and creativity», *E.I.P.R.*, 1998, 20(9), pp. 154-155; C. GIELEN, «Netherlands: Database Rights: Unlicensed Data Mining», *E.I.P.R.*, 2002, 24(8), pp. 131-132; y P. B. HUGENHOLTZ, «*The New Database Right: Early Case Law from Europe*», Fordham University School of Law, Ninth Annual Conference on International IP Law & Policy, New York, 2001 (disponible en <http://www.ivir.nl/publications/hughholtz/fordham2001.html>). Debe advertirse que los niveles de originalidad vigentes en el ordenamiento estadounidense sigan siendo muy bajos, mucho menos estrictos que los exigidos a nivel europeo con carácter general —no solo en Inglaterra e Irlanda—, de manera que la posibilidad de que una página web —y cualquier base de datos— sea merecedora de la protección del *copyright* en Estados Unidos es mucho mayor que la posibilidad de merecer la protección autoral en cualquiera de los Estados miembros de la Unión Europea. *Vid.* en este sentido, la citada sentencia *Illinois Bell Telephone Company v. Haines and Co. Inc.*, 932 F. 2d 610, en la que el supuesto de hecho era parejo al que originó el asunto *Feist*, así como la mencionada saga *Westlaw*. *Vid.*, asimismo, P. CERINA, «The Originality Requirement in the Protection of Databases in Europe and in the United States», en *IIC*, 1993, Vol. 5, p. 586. ss; M. BUYDENS, «La protection de la quasi-création», Larcier, Bruselas, 1993, pp. 91-116; y J. GINSBURG, «No «Sweat»? Copyright and Other Protection of Works of Information after *Feist v. Rural Telephone*», en *Columbia Law Review*, 1992, pp. 338 y ss.

¹⁰⁵ De hecho, el considerando 40º de la Directiva declara que esta inversión va a poder consistir «en la aplicación de medios financieros y/o en el empleo de tiempo, esfuerzo y energía». Advertencia que ha sido trasladada al texto del art. 133.1 LPI.

de uso gratuito y otros onerosos, dependiendo de la concreta licencia utilizada para su explotación— con los que se haya programado esa parte de la página.

Eso sí, para que una inversión merezca la protección del derecho *sui generis* debe ser sustancial. A pesar de ser la sustancialidad de la inversión el requisito *sine qua non* para la protección, ni la Directiva ni ninguna de las normativas nacionales de transposición aclaran lo que deba entenderse por tal.¹⁰⁶ Si bien una mayor guía interpretativa contenida en la propia norma europea, a modo de considerando, sería lo deseable, dicha concreción, en términos teóricos, se revela inviable. La determinación de qué es y qué no es sustancial no puede plasmarse en una fórmula exacta ni cuantificarse en términos absolutos o en un límite cuantitativo a partir del cual la inversión se considere merecedora de protección. Los factores a tener en cuenta varían en función de las prácticas de cada sector, muy divergentes entre sí, dada la amplitud del concepto de base de datos. También en sede jurisdiccional se echa en falta una mayor delimitación de los perfiles de este requisito, tanto a nivel europeo como a nivel nacional. Así, la mayoría de sentencias hasta ahora resueltas, o bien pasan por alto el análisis de la sustancialidad de la inversión, o bien resuelven supuestos claros en los que la inversión era o mínima o realmente abultada. Por tanto, la franja intermedia entre ambos extremos sigue siendo aún una incertidumbre de difícil resolución.¹⁰⁷

En relación con las páginas web, el estudio de la sustancialidad de la inversión revela ciertas peculiaridades. Este tipo de productos son creados la menor parte de las veces con fines que podemos denominar artísticos y en la inmensa mayoría de las ocasiones, con objetivos comerciales o económicos, de presencia en el mercado de empresas de todo tipo de sectores productivos. Bien es cierto que el fin con el que se concibe la prestación no es criterio a tener en

¹⁰⁶ Hecho que crea una patente inseguridad jurídica y que ha sido criticado por buena parte de la doctrina. *Vid.*, entre otros, P. HUGENHOLTZ, «*Program Schedules, Event Data and Telephone Subscriber Listings under the Database Directive. The Spin-Off Doctrine in the Netherlands and elsewhere in Europe*», Fordham University School of Law, Eleventh Annual Conference on International IP Law & Policy, New York, 2003 (disponible en <http://www.ivir.nl/publications/hughholtz/spinoffordham.html>); y «*The New Database Right: Early Case Law from Europe*», Fordham University School of Law, Ninth Annual Conference on International IP Law & Policy, New York, 2001 (disponible en <http://www.ivir.nl/publications/hughholtz/fordham2001.html>); y G. MINERO ALEJANDRE, «Protección jurídica de las bases de datos: estudio de la aplicación de la Directiva 96/9/CE tres lustros después de su aprobación y comentario a la primera evaluación realizada por la Comisión europea en 2005», *cit.*, p. 34.

Dicha crítica ha venido, asimismo, de la propia Dirección General del Mercado Interior y los Servicios, en su informe de 2005, «*First evaluation of Directive 96/9/EC on the legal protection of databases*» (pp. 11-12).

¹⁰⁷ Para un detenido análisis de la jurisprudencia recaída en relación con el requisito de la sustancialidad, *Vid.* T. APLIN, «*The EU Database Directive: Taking Stock*», *cit.*, p. 106; P. B. HUGENHOLTZ «*The New Database Right: Early Case Law from Europe*», *cit.*, p. 2; y G. MINERO ALEJANDRE, «Protección jurídica de las bases de datos: estudio de la aplicación de la Directiva 96/9/CE tres lustros después de su aprobación y comentario a la primera evaluación realizada por la Comisión europea en 2005», *cit.*, pp. 35 y ss.

cuenta a la hora de considerar a esta merecedora o no de la protección por los derechos de propiedad intelectual —se considere el derecho *sui generis* de derecho de propiedad intelectual o no—. Sin embargo, tampoco puede perderse de vista la especial naturaleza de la tutela *sui generis*. Por ello, a la hora de valorar el carácter sustancial de la inversión de una concreta página, habrán de deslindarse, por un lado, el precio medio de mercado de la elaboración de una página web de las características de la página analizada, que no habrá de ser tenido en consideración a estos efectos,¹⁰⁸ y, por otro lado, la traducción en términos bien cuantitativos, bien cualitativos, del trabajo realizado tanto por el programador y el diseñador web como por el posterior webmaster o gestor de los contenidos en el tratamiento de todos y cada uno de los elementos que conforman contenido de la página web, esto es, en su obtención,¹⁰⁹ en su verificación¹¹⁰ y en su presentación.¹¹¹ Solo cuando los recursos empleados en estas tres tareas de tratamiento de las obras, datos u otros elementos contenidos en la página web fueran considerables, dicho contenido, esto es, la suma de los elementos individuales presentes en la página web, será merecedora de la tutela *sui generis*.

Esta consideración es especialmente importante en relación a las páginas web, dado que muchas de las colecciones de elementos —de obras o prestaciones protegidas, de datos, etc.— contenidas en estas ya existían con anterioridad a la fecha de elaboración de la página web. Generalmente, ello supone que los recursos cualitativos y cuantitativos dedicados a la conformación del contenido de dicha colección en un soporte web sean mucho menores a aquellos dedicados a su creación *ex novo*. En estos casos, los recursos empleados en la obtención

¹⁰⁸ La página web constituye para la inmensa mayoría de empresas actuales no solo un importante medio de publicidad, sino también la vía más fácil y cómoda de realización de buena parte de sus actividades comerciales, como pueden ser, entre otros, los pedidos o suscripciones. Por tanto, el precio pagado por la empresa en cuestión por el encargo, realización y, en algunos casos, por el mantenimiento de la página web forma parte de los gastos predecibles y habituales de su actividad social.

¹⁰⁹ Para la puesta a disposición del público de una página web que contenga obras o prestaciones preexistentes ajenas que no se encuentren en el dominio público, será precisa la autorización de los titulares de los pertinentes derechos de explotación sobre estas, con el consiguiente abono de la remuneración estipulada, que habrá de considerarse inversión en la obtención de los contenidos, a tener en cuenta a los efectos de su protección por el derecho *sui generis*, en caso de resultar sustancial. Lógicamente, la incorporación de una obra o prestación protegidas preexistentes a una página web sin las correspondientes autorizaciones por parte de los titulares de los derechos patrimoniales afectados constituirá una infracción de los derechos de los citados titulares.

¹¹⁰ Las actividades de verificación de los elementos insertados en la página web suelen tener lugar en relación con datos o informaciones, así como con otros elementos no protegidos por la propiedad intelectual de manera individual, tales como disposiciones normativas, resoluciones jurisdiccionales o acuerdos de organismos públicos (art. 13 LPI).

¹¹¹ Por los mismos motivos antes expuestos, en el concepto de inversión en la presentación de los contenidos de la página web no se pueden englobar los recursos empleados en el posicionamiento de la página web en cuestión en los buscadores web. Dichos gastos, de existir, serían partidas en concepto de publicidad de la empresa o profesional fabricante de la página web, y no así del contenido de esta.

de tales elementos pueden ser nulos o mínimos, salvo en aquellos supuestos en los que la puesta a disposición de tales contenidos, dada su protección individual por algún derecho de propiedad intelectual, necesite del consentimiento de los titulares de tales derechos. Por su parte, la verificación suele adquirir una especial importancia a los efectos de conseguir la mayor actualización, tanto inicial como continuada, de los contenidos presentes en la página web. Pero si una de las tres labores mencionadas tiene un carácter preponderante en el entorno web es la presentación de los contenidos. Presentación que engloba labores tales como la conversión en formato digital de los contenidos que pudieran encontrarse en otros formatos.

En definitiva, la aplicación de estas observaciones en el examen por parte de los órganos jurisprudenciales de la prueba del carácter sustancial de la inversión aseguran el mantenimiento del principio *minimis non curat pretor*, de forma que el auxilio judicial no sea interpretado de continuo para proteger páginas web cuyas inversiones en la conformación de los contenidos —con independencia de los recursos empleados en la estructura— sean auténticas futilidades.

Si bien las anteriores consideraciones pueden hacerse extensibles a la globalidad de las páginas web y tenerse en cuenta con carácter preliminar, antes de iniciarse el análisis sobre la sustancialidad de la inversión, debe llamarse la atención asimismo sobre el carácter relativo, *ad casum*, de las ulteriores fases de dicho análisis. En este sentido, conviene destacar que las mayores dificultades en la tasación de la inversión derivan de la mayor o menor frecuencia en la mutabilidad de los contenidos de la página. A mayor frecuencia en el cambio, mayor inseguridad en la determinación del ámbito temporal pertinente para la evaluación del carácter sustancial de la inversión. En páginas web de constante actualización, dicho análisis es prácticamente inviable. Sin embargo, en este tipo de páginas web —piénsese en las páginas y sitios web de periódicos digitales, boletines oficiales, banca electrónica, etc.— los recursos empleados tanto en la obtención como en la verificación y en la presentación de los contenidos dinámicos suele ser tan elevados¹¹² que inducen a concluir en favor de la protección *sui generis* de sus contenidos con una frecuencia —*casi*— diaria.¹¹³

¹¹² A día de hoy, este tipo de empresas tienen sus plantillas muy segmentadas o diferenciadas por funciones *on-line* y *off-line*. Si bien ambos segmentos comparten o trabajan a partir de las mismas informaciones, el sector de la plantilla encargado de la parte digital lleva a cabo un actualización al minuto de los sucesos. De ahí que la originalidad de los artículos o entradas que se publican en la página web sea mucho menor que la de los aparecidos en prensa. Con todo, esta mayor o menor originalidad de los elementos no va a ser medida a la hora de analizar la posible tutela por el derecho *sui generis* del conjunto de todos ellos.

¹¹³ *Vid.*, entre otras, la sentencia de la Corte de Distrito de Berlín de 8 de octubre de 1998; y la sentencia del Tribunal de Commerce de Nanterre, de 16 de mayo de 2000, asunto *PR Line v. Newsinvest*. En otro tipo de páginas dinámicas distintas de las aquí citadas a modo de ejemplo, el término temporal relevante puede ser mayor, por ejemplo, semanal o mensual. Piénsese a estos efectos en las bases de datos electrónicas de contenido jurídico, en las que las adiciones y modificaciones de contenidos no son siempre diarias.

En relación con lo anterior, debe hacerse hincapié acerca de la irrelevancia de la mayor o menor perdurabilidad en el tiempo de los concretos contenidos cuya obtención, verificación o presentación supusieron una inversión merecedora de protección. Constatada la naturaleza sustancial, el tiempo de vida de los concretos elementos y/o de la página web en cuestión no son parámetros a tener en cuenta en el análisis de la tutela del contenido. Cuestión distinta será la posible falta de persecución de las infracciones al derecho *sui generis* en aquellos casos en los que la vida pública de la concreta página web o de algún contenido concreto de esta haya sido mínima.

Otro apunte debemos hacer para traer a colación la doctrina del producto derivado o *spin-off* que, dada la mencionada función actual de publicidad y de llevanza de la actividad empresarial de las páginas web, resulta de especial aplicación a estas. El mensaje de esta doctrina jurisprudencial es claro: en aquellas bases de datos que hubieren sido creadas en el seno de un proceso empresarial, los recursos empleados en la creación *ex novo* de los elementos de una página web no podrán ser tenidos en cuenta a la hora de valorar el carácter sustancial de la inversión.¹¹⁴ En general, las páginas web cuyo contenido esté conformado por obras o prestaciones protegidas la distinción entre las labores de creación de esta y los recursos empleados en su posterior obtención —la consecución de las correspondientes licencias o transmisión de los derechos patrimoniales necesarios—, verificación y presentación no plantea gran problema. Sin embargo, no es este el caso de las páginas web que tengan por contenido meros datos, surgidos de la llevanza de la actividad social de la empresa que posteriormente reclama la titularidad del derecho *sui generis*. La dificultad de separar la creación del dato de su obtención es prácticamente imposible. Asimismo, la diferenciación entre la actividad creadora y la verificación presenta ciertas dificultades. Es, por tanto, por razón de la presentación de los datos —esto es, de los recursos destinados a la consecución de dicha presentación— por la que la mayoría de este tipo de páginas web se consideran merecedoras de la tutela *sui generis*.¹¹⁵

Finalmente, debemos advertir acerca de la sempiterna discusión sobre la protección o no de las páginas web cuyo contenido esté integrado, en su práctica

¹¹⁴ Vid. SSTJUE 9 de noviembre de 2004 *British Horseracing Board, cit.*, párrafo 38; *Fixtures Marketing v. OPAP, cit.*, párrafo 49; *Fixtures Marketing v. Veikkaus, cit.*, párrafo 46; *Fixtures Marketing v. Svenska, cit.*, párrafo 33.

¹¹⁵ En este sentido, si bien con una eficacia general, no limitada a las páginas web, se han pronunciado también, entre otros, M. LEISTNER, «*The Protection of Databases*», *cit.*, pp. 436-437. E. DERCLAYE, «*Intellectual Property Rights On Information and Market Power: Comparing the European and American Protections of Databases*», *cit.*, pp. 284 y ss; M. J. DAVISON, y P. B. HUGENHOLTZ, «*Football Fixtures, Horse Races And Spin-offs: The ECJ Domesticates The Database Right*», *EIPR*, 2005, Vol. 24, N° 3, pp. 114 y ss; y MASON, «*Creation of Database or Creation of Data: Crucial Choices in the Matter of Database Protection*», *EIPR*, 2006, n° 8 (5), pp. 261-267; y G. MINERO ALEJANDRE, «*Protección jurídica de las bases de datos: estudio de la aplicación de la Directiva 96/9/CE tres lustros después de su aprobación y comentario a la primera evaluación realizada por la Comisión europea en 2005*», *opus cit.*, pp. 47 y ss.

totalidad, por anuncios. La doctrina jurisprudencial se encuentra fuertemente dividida entre aquellas resoluciones que entienden que la inversión, para ser protegible, ha de ser arriesgada, y aquellas sentencias que no dudan en proteger este tipo de páginas web, con independencia de que *nazcan amortizadas*.¹¹⁶

3.2. Titular originario del derecho *sui generis*

El titular del derecho *sui generis* recibe la calificación de «fabricante».¹¹⁷ Una nueva diferencia más con respecto de la protección otorgada al o los titulares del derecho de autor sobre la interfaz gráfica de usuario y el programa de ordenador, que son calificados como «autores». Dicho fabricante podrá ser tanto una persona física —o un grupo de personas físicas— como una persona jurídica.¹¹⁸ De hecho, en la práctica, este segundo caso es el más común en el entorno de las páginas web, comerciales o no.¹¹⁹

El fabricante habrá de reunir dos requisitos para gozar de la titularidad de la tutela *sui generis*. Por un lado, la iniciativa y, por otro, la asunción de los costes de elaboración de la página web —de las labores de obtención, verificación y presentación de los contenidos de esta—. ¹²⁰ A efectos de clarificación de ambas exigencias, la Directiva de bases de datos excluye expresamente de la definición

¹¹⁶ En este primer grupo de sentencias podemos englobar la del Oberlandesgericht de Düsseldorf, de 29 de junio de 1999, el, en el asunto *baumarkt.de*; la sentencia de la Cour d'Appel de París 4^{ème} chambre, sec. B, de 16 de febrero de 2001, en el asunto *Groupe Moniteur v. Observatoire des Marchés Publics* Cour de cassation (1^{ère} Ch. Civ.) de 5 de marzo de 2009. Vid. P. SIRINELLI, commentaire a l'arrêt de la Cour de cassation (1^{ère} Ch. Civ.), 5 mars 2009, *RIDA*, 2009, Núm. 221, pp. 491-508. Por contra, entienden protegibles este tipo de páginas web la sentencia del Kammergericht de Berlín de 9 de junio de 2000, en el asunto *C.Net*, *cit.*, la sentencia del Landgericht de Köln el 25 de agosto de 1999, en el asunto *Kidnet/Babynet*; y la sentencia del Landgericht de Colonia de 2 de diciembre de 1998. Para un estudio teórico de la exigencia de una relación riesgo-protección, Vid. T. APLIN, «*The EU Database Directive: Taking Stock*», en «*New Directions in Copyright Law. Volume 2*», F. MACMILLAN (coord.), Edward Elgar, Massachusetts, 2006, p. 106.

¹¹⁷ Art. 7.1 y considerando 41º de la Directiva de bases de datos y, en transposición de estos, art. 133.1 y 133.3.a) LPI.

¹¹⁸ Esta aclaración está incluida en el artículo 133.3.a) LPI. El legislador español, influenciado por su pertenencia a la tradición del derecho de autor, decidió hacer mención expresa de la posibilidad de proteger mediante el nuevo derecho *sui generis* a las personas jurídicas. Dada la naturaleza puramente económica, el legislador europeo no consideró necesario introducir esta referencia. El mayor problema vendría de la mano de las facultades morales ligadas a la protección, pero estas son inexistentes en el caso del derecho *sui generis*. De ahí la ausencia de referencia a esta cuestión en la norma europea y el carácter posiblemente innecesario —*ex abundantia*— de la aclaración española.

¹¹⁹ Una excepción bastante significativa es el supuesto de los blogs. Sin embargo, generalmente, la inversión empleada en la obtención, verificación y presentación de los contenidos de estos —que no en la propia elaboración de estos contenidos, que en muchos casos merecen el calificativo de obras— no goza de la sustancialidad necesaria para la protección de estos por el derecho *sui generis*.

¹²⁰ «*El fabricante de una base de datos es la persona que toma la iniciativa y asume el riesgo de efectuar las inversiones*». Si bien la definición de fabricante se integra en la Directiva en sede de considerando —el 41º—, en el caso de la transposición llevaba a cabo por el legislador español se prefirió, en pro de una mayor claridad, introducirla en el propio artículo 133 LPI de la Ley, apartado 3º, dedicado a la definición de los preceptos utilizados en el Título dedicado al derecho *sui generis*.

de fabricante a los subcontratistas (considerando 41º de la norma europea).¹²¹ Por tanto, teniendo en cuenta la práctica habitual de funcionamiento del encargo y elaboración de páginas web, el fabricante será aquella persona física o jurídica que toma la iniciativa de elaborar o actualizar su página o sitio web, encarga dicho cometido bien a sus trabajadores,¹²² o bien a una persona física o un grupo de estas —*freelances*— o bien a una empresa dedicada al diseño y la programación web. El concreto diseñador o programador web que realiza la página encargada sería, en su caso, el autor de la estructura de esta, siempre que, como hemos visto en el apartado anterior, los criterios de selección o disposición de contenidos diseñados por este gocen de la suficiente originalidad,¹²³ pero la tutela *sui generis* corresponderá única y exclusivamente a la persona física o jurídica que tomó la iniciativa de elaborar tal página web y financió los costes de ello.

A diferencia de lo que sucede respecto de la tutela autoral de la estructura de la página web, los derechos que se subsumen en la protección *sui generis* del fabricante tienen un carácter únicamente patrimonial. Dicho fabricante carece, por tanto, de cualquier facultad moral. No podía ser de otra manera si atendemos al objeto protegido por el derecho *sui generis*.

3.3. *Facultades patrimoniales del fabricante de una página web*

Tal y como sucede con el derecho de autor, la protección *sui generis* se extiende sobre todo acto de utilización del contenido de página web, con independencia de su calificación a nivel nacional como reproducción, distribución, comunicación pública o transformación, y a pesar de la terminología específica empleada por el legislador europeo y algunos de los legisladores nacionales en sus normativas de transposición en relación con el derecho *sui generis*. Consciente de las

¹²¹ Si bien esta norma no ha sido transpuesta de manera expresa por el legislador español, el cumplimiento de los requisitos exigidos por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea para concluir en favor de la eficacia directa de un precepto europeo —incondicionalidad, precisión y, en su caso, claridad (doctrina instaurada por las célebres SSTJUE de 4.12.1974, asunto *Van Duyn*; de 19.1.1982, asunto *Becker*; de 26.2.1986, asunto *Marshall*; y de 22.6.1986, asunto *Costanzo*, seguida en la actualidad)—, hacen que este tenga plena vigencia dentro del ordenamiento español —y de los otros veintiséis ordenamientos nacionales que forman parte de esta organización internacional—.

¹²² En algunos casos, estos no forman parte de la plantilla de la empresa que encarga el desarrollo de la página web, sino que son empleados de una empresa intermedia —denominada en la jerga *consultora*—. Dicha consultora no gozará, en principio —salvo cesión expresa del diseñador o programador web, en cuyo caso no sería titular originario, sino derivativo—, de ningún derecho de propiedad intelectual, pues ni ha tenido la iniciativa, ni ha soportado los costes del tratamiento de los contenidos de la página web realizada —luego no podrá ser considerada fabricante titular originario del derecho *sui generis*—, ni puede entenderse que la estructura de la página resultante sea una creación intelectual propia de ella —con lo que tampoco gozará del derecho de autor—.

¹²³ Sobre la aplicación de las observaciones contenidas en el art. 43 LPI a la cesión de derechos patrimoniales sobre la estructura original de la página web del diseñador web al titular originario del derecho *sui generis* sobre el contenido de esta volveremos más adelante.

diferencias terminológicas vigentes en las normativas de los Estados miembros a la hora de calificar los derechos patrimoniales, el legislador de la Unión Europea optó por crear dos nuevos términos: el de «extracción» y el de «reutilización», en los que entendemos englobada la totalidad de usos o explotaciones posibles del contenido de una base de datos.¹²⁴ Por tanto, las consideraciones anteriormente expuestas, en sede autoral, en relación con las facultades patrimoniales del titular del derecho de autor son perfectamente trasladables aquí.

Eso sí, en el terreno autoral debe distinguirse el uso de una obra de la mera inspiración, luego para entender infringido un derecho la concreta parte utilizada de la obra en cuestión habrá de tener cierta identidad. En paralelo, en el ámbito *sui generis*, para que la utilización in consentida realizada por un tercero sea una infracción del derecho *sui generis* habrá de afectar a la totalidad o, por lo menos, a una parte sustancial del contenido de la página web (art. 133.1 LPI, por el que se transpone el art. 7.1 de la Directiva). A contrario se entiende que las partes no sustanciales de dicho contenido quedan, por tanto, a la libre utilización. De ahí que, seguidamente, el art. 134 LPI —con origen en el art. 8.1 de la Directiva— contemple el uso de partes no sustanciales como un derecho del usuario legítimo,¹²⁵ salvo que por su carácter repetido o sistemático equivalgan, en la práctica, a un uso sustancial del contenido de la página web en cuestión (apartado 5º del art. 7 de la Directiva).¹²⁶ En este sentido, y más aún en su aplicación a las páginas web, llama la atención el carácter holgado con el que la jurisprudencia del TJUE configura el requisito de la sistematicidad presente en este art. 7.5 de la Directiva. Basta con que no se trate de unas extracciones accidentales o de unas reutilizaciones aleatorias o fortuitas que no sigan orden alguno.¹²⁷ El hecho de que la finalidad perseguida por el tercero al llevar a cabo

¹²⁴ El legislador europeo en el artículo 7 de la Directiva y su homólogo español en el artículo 133 LPI, optaron por emplear una terminología ajena a la propiedad intelectual, denominando las facultades comprendidas por el derecho *sui generis* «extracción» y «reutilización». Sin embargo, las definiciones de estos dos conceptos contempladas en esos preceptos (apartado 2º del art. 7 de la Directiva y apartado 3º del art. 133 de la ley española) no dejan lugar a duda sobre su extensión: abarcan todas las facultades que, a nivel nacional, se encuadran en los tradicionales derechos de reproducción, comunicación pública, distribución y transformación. Para un análisis de los motivos que llevaron a los legisladores europeo y español a tomar esta decisión, *Vid.* G. MINERO ALEJANDRE, «Protección jurídica de las bases de datos: estudio de la aplicación de la Directiva 96/9/CE tres lustros después de su aprobación y comentario a la primera evaluación realizada por la Comisión europea en 2005», *cit.*, pp. 28 y ss.

¹²⁵ Respecto del concepto de usuario legítimo de una página web, las consideraciones expuestas en sede autoral son perfectamente trasladables aquí.

¹²⁶ En las conclusiones a los asuntos *British Horseracing Board* (párrafos 115-117 y 120), *Fixtures Marketing c. OPAP* (párrafos 136-138 y 141) y *Fixtures Marketing c. Svenska* (párrafos 111-113 y 116), todas ellas de 8 de junio de 2004, de la Abogada General STIX-HACKL, esta llama la atención sobre la similitud entre los términos en que se formula este art. 7.5 de la Directiva y los que configuran el art. 9.2 del Convenio de Berna. Los dos efectos previstos en el art. 7.5 de la Directiva —esto es, el suponer actos contrarios a la explotación de la base de datos y el causar un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del fabricante— reproducen el art. 9.2 del Convenio de Berna, y más concretamente los dos primeros elementos del examen en tres fases previsto en él.

¹²⁷ *Vid.* STJUE de 9 de noviembre de 2004, *Fixtures Marketing v. OPAP*, *cit.*, párrafos 30-31.

dicha utilización sea irrelevante a la hora de subsumir los casos concretos en el supuesto de hecho contemplado en este precepto multiplica, asimismo, su potencial aplicación.¹²⁸ No será necesario, por tanto, que la página web en la que se inserten los contenidos extraídos de la primera sea competidora de esta, ni que tenga un tamaño similar al de la primera.

Por tanto, la determinación del carácter sustancial o no de la parte del contenido concretamente utilizada por el tercero es el primer paso a la hora de calificar el uso bien como una infracción del derecho *sui generis* o bien, por el contrario, como un derecho del usuario legítimo. A pesar de la importancia de este concepto, qué ha de entenderse por parte sustancial es algo que ni la Directiva ni las normas nacionales de transposición explican. De hecho, este es uno de los puntos de la Directiva que más críticas ha generado entre la doctrina.¹²⁹ Las mayores dificultades se presentan en relación con páginas web dinámicas, respecto de las cuales, dado su carácter mutable por definición, puede no estar claro qué deba considerarse como «totalidad del contenido» de esa página web, a la hora de contrastar este con el concreto contenido utilizado para calificar este segundo como parte sustancial o no, ni cuál es el término temporal relevante para realizar dicho análisis.

Asimismo, debe tenerse en cuenta que las páginas web son el mejor ejemplo en el que la doctrina europea establecida en la STJUE *Apis v. Lakorda* puede aplicarse.¹³⁰ De manera que, en relación con aquellas páginas web que, por su tamaño y naturaleza, puedan ser divididas en módulos o subgrupos —lo que en lenguaje informático se califica como «secciones», dentro de una misma página web— de las que algunas o todas, por su fuerte inversión, sean merecedoras, de la protección *sui generis*, de manera autónoma a la protección *sui generis* de la página web en su conjunto, el término de comparación a la hora de determinar el carácter sustancial o no del concreto contenido utilizado no va a ser la página web, sino la concreta sección, módulo o subgrupo en el que dicho contenido particular se ubique. La aplicación de esta doctrina jurisprudencial permite al fabricante asegurarse una tutela fuerte frente a terceros que no pueden englobarse en el supuesto previsto en el artículo 8.1 de la Directiva —134 LPI—.

¹²⁸ Vid. STJUE de 9 de noviembre de 2004, *British Horseracing Board*, cit., párrafos 86-87.

¹²⁹ Vid, entre otros, T. APLIN, «*The EU Database Directive: Taking Stock*», cit., p. 118; C. D. FREEDMAN, «*Should Canada Enact a New Sui Generis Database Right?*», *Fordham Intellectual Property Media & Entertainment Law Journal*, Núm. 13, 2002, p. 97; y P. B. HUGENHOLTZ, «*The New Database Right: Early Case Law from Europe*», cit., p. 2.

¹³⁰ Vid. STJ de 5 de marzo de 2009, *Apis v. Lakorda*, cit., ff. 61-65. En el caso concreto del litigio principal, la infracción alegada por el fabricante de una base de datos jurídica electrónica que se comercializaba en dos módulos —«Derecho Búlgaro» y «Jurisprudencia de los tribunales»— consistió en la extracción y reutilización por un competidor de más del 80% del total de los documentos contenidos en uno de los módulos. Para un interesante análisis de la cuestión, Vid. H. SMITH, «EU Database Rights: interpretation of the terms «extraction» and «substantial part» in relation to infringement», *EIPR*, 2009, núm. 31 (7).

El carácter sustancial de la parte afectada podrá medirse bien en términos cuantitativos, bien desde el punto de vista cualitativo. Eso sí, ambos criterios de evaluación —si bien en mayor medida en el caso del criterio cualitativo— deben ser aplicados en relación con dos parámetros. Uno, la inversión realizada por el fabricante. Y dos, el perjuicio en que, con respecto de dicha inversión —y su consiguiente recuperación—, el concreto acto de utilización no consentida se traduzca. Ello significa que se entenderá por parte sustancial aquella cuya utilización por un tercero suponga un perjuicio en la explotación normal de la página web o los intereses económicos del fabricante. Dicha interpretación es la más equilibrada en relación con el conjunto de intereses en juego.

En cuanto al criterio cuantitativo se refiere al volumen o cantidad de datos extraídos y/o reutilizados, en relación con el total de los datos contenidos en esa página web.¹³¹ Por tanto, se utiliza un criterio relativo, según el cual, a la hora de determinar esta sustancialidad desde el punto de vista cuantitativo se debe efectuar una comparación entre el volumen de datos, obras u otros elementos de que se trate y la totalidad del contenido de la página web en cuestión.¹³² No se tendrá en cuenta, sin embargo, el volumen del contenido del producto —página web o no— en la que los elementos procedentes de la página web protegida por el derecho *sui generis* hayan sido transferidos.¹³³ Esta conclusión es especialmente útil en su aplicación a páginas y sitios web, cuyo tamaño es muy variable, siendo la comparación entre el volumen de contenidos, en muchas ocasiones, muy complicada. De hecho, una interpretación contraria supondría un trato discriminatorio entre aquellas páginas web de contenido voluminoso y aquellas otras de tamaño reducido. En concreto, se daría la paradoja de que el uso de una parte cuantitativamente importante de una página web de reducido tamaño no sea tenido como una reutilización de una «parte sustancial» atendiendo a su inclusión en una página web de mayor tamaño, respecto de la cual esa concreta parte insertada no supone una «parte sustancial». Asimismo, de la jurisprudencia del TJUE se puede deducir un deseo de interpretación y aplicación restringida de este criterio.¹³⁴ La amenaza de omnicompreensión que acompañaría a toda interpretación holgada de este criterio es, en el caso de las

¹³¹ Vid. con carácter general, referido a toda base de datos, la STJUE de 9 de noviembre de 2004, *British Horseracing Board*, cit., párrafo 70.

¹³² Con ello, el TJUE desechara la otra alternativa, esto es, el criterio absoluto, según el cual la sustancialidad de la parte de que se trate debe apreciarse en sí misma, sin comparación alguna con el total de la base de datos. Vid. Conclusiones de la Abogada General Stix-Hackl en el asunto *British Horseracing Board*, párrafos 74-76. Vid, asimismo, T. APLIN, «*The EU Database Directive: Taking Stock*», cit. pp. 118 y 119.

¹³³ Vid. STJUE de 5 de marzo de 2009, *Apis v. Lakorda*, cit., párrafo 60. En contra, M. A. BOUZA LÓPEZ, «La protección jurídica de las bases de datos: nuevos desarrollos», *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, tomo XVII, 1996, pp. 1073-1081.

¹³⁴ Con carácter general se puede afirmar que, en aquellos supuestos en los que el TJUE ha tenido ocasión de aplicar este criterio de evaluación, se ha mostrado bastante reacio a calificar la concreta parte afectada como parte sustancial. Vid. STJUE de 9 de noviembre de 2004, *British Horseracing Board*, cit., párrafo 74.

páginas web de pequeño tamaño —esto es, de páginas web cuyo conjunto total de contenidos no sea voluminoso—, especialmente importante.

Sin embargo, el criterio cualitativo se refiere «a la magnitud de la inversión destinada a la obtención, la verificación o la presentación del contenido del objeto del acto de extracción y/o reutilización».¹³⁵ Esto es, la sustancialidad de la parte de que se trate debe apreciarse en sí misma, sin comparación alguna con respecto del total de la página web concreta. Eso sí, sin que el valor intrínseco de los elementos contenidos en la página web a los que afecta el acto de extracción y/o reutilización pueda constituir un criterio pertinente o relevante a la hora de determinar el carácter sustancial de la parte utilizada.¹³⁶ Por tanto, la conformación de este criterio de medición dada por el máximo órgano jurisdiccional europeo permite tener en cuenta, no ya las peculiaridades de la página web en cuestión, sino los propios caracteres de la parte del contenido de dicha página web efectivamente utilizada. En concreto, la magnitud de la inversión empleada en el tratamiento de esos contenidos específicos utilizados, que puede haber sido muy distinta a los recursos empleados en el procesamiento de otros contenidos que pudieran alojarse en esa misma página web.¹³⁷

Se debe tener en cuenta que estos dos criterios de evaluación no son excluyentes, luego la evaluación cualitativa debe poder realizarse con independencia del carácter cuantitativamente sustancial que el contenido extraído y/o reutilizado pueda tener o no respecto del contenido global de la base de datos protegida de la que forma parte. Por tanto, una parte cuantitativamente insignificante del contenido de una página web va a poder representar, en términos de obtención, de verificación o de presentación, una importante inversión humana, técnica o financiera y, por ello, constituir, desde un punto de vista cualitativo, una parte sustancial del contenido de la base de datos de la que forma parte.¹³⁸

¹³⁵ Vid. SSTJUE de 9 de noviembre de 2004, *British Horseracing Board*, cit., párrafos 71 y 76; y de 5 de marzo de 2009, *Apis v. Lakorda*, cit., párrafos 59 y 66. Para un análisis de esta cuestión, Vid., entre otros, E. DERCLAYE, «Database Sui Generis: What Is A Substantial Investment? A Tentative Definition», IIC, 2005, Vol. 36, p. 2 y M. LEISTNER, «The Protection of Databases», en «Research Handbook of the Future of EU Copyright», E. DERCLAYE (coord.), 2009, p. 439 y «Legal Protection for the Database Maker-Initial Experience from a German Point of View», IIC, 2002, n° 33, pp. 452 y ss.

¹³⁶ Vid. STJUE de 9 de noviembre de 2004, *British Horseracing Board*, cit., párrafos 71, 72 y 76; STJUE de 5 de marzo de 2009, *Apis v. Lakorda*, cit., párrafos 66 y 67. Para un interesante análisis de la cuestión, Vid. M. LEISTNER, «The Protection of Databases», cit., p. 439.

¹³⁷ Así, por ejemplo, el diseño y maquetación de las partes estáticas de una base de datos implican el uso de tecnología CSS y, generalmente, suponen un menor esfuerzo, en términos temporales y humanos, que el diseño de las partes que contienen efectos y caracteres dinámicos, programados en JavaScript o en su versión de jQuery. Asimismo, el esfuerzo, calculado en términos económicos variará según el lenguaje de programación efectivamente empleado en su elaboración haya sido oneroso o no —ASP o PHP—.

¹³⁸ Aplicando este criterio de evaluación, es frecuente que partes pequeñas en el conjunto de la base de datos revistan un carácter sustancial, dada la inversión realizada en ellas para conseguir que figuren en esa base de datos en la manera —sistemática, exacta, etc.— en que lo hacen. Con esta interpretación se superan, por tanto, las desventajas de la aplicación única del criterio cuantitativo. Vid. STJ de 5 de marzo de 2009, *Apis v. Lakorda*, cit., párrafo 68.

El supuesto contrario, si bien menos común, consideramos que también es posible, de manera que también una parte del contenido de la página web que desde un punto de vista cualitativo no pueda ser calificada de sustancial va a poder serlo, sin embargo, recurriendo a un criterio de evaluación cuantitativo.¹³⁹ Generalmente ello se dará cuando la inversión realizada por el fabricante en la elaboración de esa concreta parte no se puede determinar —por ejemplo, aquella parte de una página web en cuya construcción y mantenimiento hayan intervenido varios sujetos, irregularmente y sin un horario preestablecido, cuyo trabajo es imposible de traducir en términos económicos— o bien cuando, determinada, no quepa calificarla de sustancial; pero, por el contrario, sí pueda ser considerada sustancial atendiendo a la proporción cuantitativa que supone con respecto de la totalidad de la página web afectada.

El concepto del perjuicio a la inversión se va a referir tanto a los modos de explotación que hayan sido o sean utilizados de manera efectiva por el fabricante de la página web utilizada como a aquellas modalidades de explotación que pudieran ser utilizadas, de manera objetiva y no meramente potencial, por este. En definitiva, se trata de proteger la explotación de la página web que se lleve o, en su caso, que pueda llevarse a cabo en circunstancias normales. Piénsese, por ejemplo, en el supuesto de una página web protegida por el derecho *sui generis* en la que figure publicidad. El perjuicio producido por el tercero con el uso no autorizado de partes sustanciales del contenido no se limitará a la posible remuneración que el fabricante originario hubiera percibido de haber autorizado la extracción o la reutilización, en caso de ser esta onerosa. La elusión o disminución del número de usuarios o visitas computadas a efectos de ingresos por publicidad constituirá, asimismo, un perjuicio en la explotación normal de la página web, aún cuando la otra página o sitio web en los que posteriormente se inserten dichos contenidos extraídos no se corresponda estrictamente con la concreta modalidad de explotación de los contenidos de la página web originaria. Sin embargo, entendemos que el supuesto contrario, no habría de merecer la misma conclusión. Esto es, aquel fabricante titular de un derecho *sui generis* sobre una página web en la que no se aloja publicidad no podrá reclamar ingresos obtenidos en concepto de publicidad por aquél que, extrayendo y reutilizando partes sustanciales del contenido de la primera página web, crea una segunda página web en la que sí se insertan *banners* publicitarios.

Obviamente, cuando el contenido de la página web cuyo derecho *sui generis* ha sido infringido por un tercero esté conformado por obras o prestaciones que no se encuentren aún en el dominio público, a la citada infracción de la tutela *sui generis* habrá de añadirse la contravención de los correspondientes

¹³⁹ Por tanto, procede desestimar la tesis según la cual para que el uso de una parte sustancial a la luz de un criterio cualitativo suponga una infracción del derecho *sui generis* deberá implicar en todo caso un determinado volumen mínimo desde el punto de vista cuantitativo. *Vid.* párrafo 72 *in fine* de las Conclusiones de la Abogada General en el asunto *British Horseracing Board*, *cit.*

derechos de autor o derechos afines que pudieren recaer sobre las citadas obras o prestaciones protegidas —por aplicación del art. 134.2.b LPI—, cuyos titulares son, por lo general, personas distintas del titular del derecho *sui generis*, salvo que los primeros hubieren cedido al segundo los derechos patrimoniales concernidos con carácter exclusivo.

Las excepciones aplicables al derecho *sui generis* gozan de un enorme parecido con los límites que expusimos en el apartado referido al derecho de autor. Por tanto, el límite de la copia privada, tampoco resulta aplicable a las páginas web protegidas por el derecho *sui generis*, pues el art. 135.1.a) LPI lo limita a las bases de datos no electrónicas. El uso para fines de seguridad pública o a efectos de un procedimiento administrativo o judicial (art. 135.1.c LPI) no plantea diferencia alguna con respecto de lo ya expuesto. En cambio, la excepción para fines ilustrativos de enseñanza o de investigación científica sí merece cierto comentario (art. 135.1.b LPI). El ejercicio de esta excepción exige la cita de la fuente de la que los contenidos proceden. Hasta aquí, ninguna objeción. El problema se plantea por el reducido ámbito de aplicación con el que tanto el legislador europeo como, siguiendo a este, el legislador nacional configuraron las facultades patrimoniales afectadas por este límite: únicamente la extracción, pero no así la reutilización. Restricción que hace inviable la práctica de esta. Si solo se extrae, pero el contenido no extraído no se puede introducir en un libro, en un artículo o en cualquier otra muestra de fin ilustrativo o de investigación, sin el previo consentimiento del titular del derecho *sui generis*, no entendemos qué sentido práctico puede tener esta excepción.

En cuanto al plazo de protección del derecho *sui generis*, como adelantábamos en el anterior apartado, su acomodo a la realidad de las páginas web y, en general, a los productos de las nuevas tecnologías es encomiable y demuestra la maleabilidad y la capacidad de la propiedad intelectual para adaptarse a los nuevos retos de la Sociedad de la Información. El legislador europeo tomó conciencia de la ineptitud de una protección autoral, perdurable durante una franja temporal —la vida del autor más setenta años después de su fallecimiento—, más extensa que la propia vida útil de muchos productos tecnológicos —entre ellos, y de manera especial, las páginas web—, para lograr un equilibrio entre la necesidad de protección y el progreso tecnológico. Razón por la cual se optó por configurar un derecho *sui generis* cuya vigencia fuera solamente de quince años, a contar bien desde la fecha de finalización de la base de datos, bien desde la puesta a disposición de esta (art. 136.1 y 2 LPI, con origen en los apartados 1º y 2º del artículo 10 de la Directiva).¹⁴⁰ En el caso de las páginas

¹⁴⁰ En concreto, dicho plazo de protección se empieza a computar desde el uno de enero del año siguiente a la fecha en que se termine el proceso de elaboración de la página web o desde el uno de enero del año siguiente a la fecha en que la página se pone a disposición del público en Internet por primera vez —esto es, cuando la página se traslada del servidor de pruebas al servidor real, accesible por los usuarios mediante la introducción del URL en la barra de direcciones del navegador—, siempre que dicha puesta a disposición fuera realizada antes de la expiración del

y sitios web, esta reducción del plazo de protección es, si cabe, más loable, dado el carácter limitado, desde el punto de vista temporal, de la subsistencia de estos, a la luz de la sucesión constante de nuevos lenguajes de marcado y programación, entre otros. Un plazo de protección más extenso no promocionaría la actualización de estas, sino que conduciría al resultado contrario, cercano al anquilosamiento.¹⁴¹

Asimismo, para promocionar la actualización, se estableció la posibilidad de proteger las nuevas inversiones empleadas en la modificación sustancial de esas bases de datos mediante un nuevo plazo de protección propio, distinto de aquel que pudiera recaer sobre la base de datos originaria (art. 136.3 LPI, en transposición del apartado 3º del artículo 10 de la Directiva).¹⁴² Apunte que, en relación con las páginas web dinámicas, genera enormes problemas, dado que los constantes reajustes llevados a cabo con la introducción y supresión de contenidos de estas, hacen imposible conocer con seguridad cuál es el contenido que conforma la página web en cada supuesto concreto y, por tanto, cuándo debe otorgarse un nuevo plazo de protección y frente a qué contenidos ha de entenderse expirado el plazo anterior.

V. MISCELÁNEA: CONTRATOS NECESARIOS PARA LA CREACIÓN Y EL FUNCIONAMIENTO DE UNA PÁGINA WEB

Con independencia de cuál fuere la concreta tutela jurídica que la página web reciba, existen una serie de contratos necesarios para el desarrollo y funcionamiento de una página web.

a) Contrato de desarrollo y mantenimiento web, firmado entre la persona física o jurídica y un técnico informático, mediante el cual este segundo se compro-

período de quince años desde la finalización de la elaboración. Con ello se trata de promocionar que las páginas web sean puestas a disposición del público en un breve período de tiempo desde que se finaliza su diseño y programación, bajo la amenaza de perder el derecho *sui generis* cuando dicha puesta a disposición se hace más allá de los quince años desde la elaboración de la página. Si bien la puesta a disposición no es un requisito *sine qua non* para la protección, en el caso de páginas web, obviamente, la falta de esta es sinónimo de la imposibilidad de su explotación y, por tanto, de la inexistencia de terceros frente a quienes ejercitar el derecho *sui generis* del fabricante de la página —no así en el resto de bases de datos que puedan ser explotadas mediante modalidades distintas a la utilización *on-line*—.

¹⁴¹ En este sentido también se ha pronunciado S. CÁMARA LAPUENTE, «El nuevo derecho sui generis sobre las bases de datos», *cit.*, p. 98; así como M. LEHMANN, «La nuova direttiva CE sulle banche dati», *Rivista di Diritto Industriale*, 1997, Vol. I, pp. 116-117. Estos autores destacan la analogía que el derecho *sui generis* presenta con las patentes en lo que a su duración temporal se refiere, más que con el derecho de autor, pues, por lo general, la protección sui generis se produce en vida del autor, y no —o, por lo menos, no en todo caso— *post mortem auctoris*.

¹⁴² El carácter sustancial o no de la inversión empleada en la modificación habrá de determinarse a la luz de los criterios cualitativos o cuantitativos a los que acabamos de hacer alusión, sin que exista diferencia alguna entre el análisis del carácter sustancial de la inversión empleada en la elaboración originaria y el de la inversión destinada a la posterior modificación de la página web.

mete a diseñar y entregar a su cliente una página o sitio web, basándose en los conceptos e instrucciones aportadas por su cliente, a cambio de un precio. En aquellos casos en los que la página web así creada gozara de originalidad y, por tanto, de la protección autoral, la posterior transmisión del diseñador y programador web al cliente de todos o varios de los derechos de explotación en que dicha tutela autoral se descompone hace que, desde el punto de vista contractual, tengamos que calificar el acuerdo de un contrato de encargo de obra, tanto en el sentido civil general como en el sentido específico de la propiedad intelectual.¹⁴³ Contrato cuya naturaleza es mixta, como suma del contrato de encargo de obra regulado en el Código Civil (arts. 1588-1600) y el contrato de cesión de derechos de explotación en que el derecho de autor se descompone, regulado en los arts. 42 y ss. LPI.¹⁴⁴ Por tanto, el citado programador y diseñador web, autor de la página web original, ocupará la posición de contratista y de cedente y, por su parte, el sujeto que le encarga la obra y la cesión de derechos será comitente y cesionario.¹⁴⁵ En ningún caso podrá entenderse que

¹⁴³ Por el contrario, cuando la página web careciese del carácter de creación intelectual hablaríamos únicamente de un contrato de encargo de obra, en el sentido civil general del término. Este contrato también quedaría regulado, por tanto, por los arts. 1588-1600 CC.

¹⁴⁴ Para un análisis acerca de la confluencia de dos contratos coligados o la existencia de un único contrato, de contenido complejo, *Vid.* R. EVANGELIO LLORCA, *El encargo de obra intelectual*, Madrid, Dykinson, 2006, Madrid, pp. 48 y 51; S. DENOIX DE SAINT MARC, *Le contrat de command en droit d'auteur français*, París, Litec, 2000, pp 36-37; y S. DURRANDE, «Contract de commande», *JCI Propriété Litteraire et Artistique*, Fasc. 1342, p. 2.

¹⁴⁵ El mayor problema que este tipo de contratos supone es la determinación de las consecuencias del incumplimiento definitivo de la obligación del contratista. Son tres las opciones barajadas. Una, la indemnización obligatoria del comitente, salvo en el caso de imposibilidad física de crear la página web (art. 1184 CC). Dos, la falta de generación de responsabilidad, ante la alegación por el contratista de la falta de inspiración, al entender que la creación de una obra no puede constituir en ningún caso una obligación jurídica. Y tres, la obligación de indemnización al comitente, excepto incumplimiento involuntario (por falta de inspiración o imposibilidad física), que debe probarse por el comitente que lo alega. Asimismo, el contratista podrá rebatir la afirmación acerca del incumplimiento voluntario con argumentos basados en la existencia de mala fe del comitente, pero esta resulta ser una prueba diabólica. Siendo el incumplimiento culposo o doloso, no hay duda de que el acreedor podrá resolver el contrato, con base al art. 1124 CC, así como la citada indemnización de los daños y perjuicios sufridos *Vid.* R. EVANGELIO LLORCA, *El encargo de obra intelectual, opus cit.*, pp. 74-83; P. MARTÍNEZ ESPÍN, «Comentario al artículo 14», en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual, opus cit.*, 1997, p. 224; A. DE GREGORIO, «Rapporti fra autore ed editori per opere future», *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, 1931, Vol. I, pp. 699-701; y A. MUSATTI, «Obbligazione e ispirazione nel fare dell'autore», *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, 1931, Vol. I, pp. 543 y ss. Un segundo problema es la determinación de las consecuencias del incumplimiento de autor, bien por cumplimiento defectuoso de su labor de realizar la página web, bien por mora de este. En ambos casos, la solución que deba darse dependerá directamente de la calificación que demos a la naturaleza de la obligación contratista, como personalísima —por haber sido elegido en concreto programador y diseñador web *intuitus personae*— o no. En caso de mora, de entenderse que esta carece de dicha naturaleza personalísima, el art. 706 LEC sería plenamente aplicable, de manera que se podría exigir el cumplimiento por un tercero, a costa del ejecutado, o bien el resarcimiento de los daños, a elección del ejecutante. En la práctica, salvo supuestos excepcionales, se está más al perfil o experiencia del informático en cuestión, que a la consideración de su persona y/o su obra anterior. Por el contrario, si en un caso concreto se considera que la obligación es personalísima, por aplicación del art. 709 LEC, se podrá exigir el equivalente pecuniario, debiendo el juez valorar,

la conclusión de este contrato supone la atribución originaria de derechos al comitente. Este será titular derivativo, mientras que la autoría y la titularidad originaria de los derechos patrimoniales seguirá en manos del contratista.

En lo relativo a la determinación del alcance de la responsabilidad del comitente y de las consecuencias jurídicas de su incumplimiento, debemos tener en cuenta que respecto de todo elemento de la página web que careciese de originalidad —respecto del cual el comitente no hubiera exigido tal originalidad—, la obligación asumida por el contratista es de resultado, pues no necesita de inspiración, sino que el empleo de los conocimientos y las facultades exigibles a cualquier profesional medio de la programación y el diseño web basta. Por tanto, en este caso, el citado comitente no podrá alegar el ejercicio de algún derecho moral para negarse a cumplir con las obligaciones dimanadas del contrato de obra. Sin embargo, en todo aquello que se corresponda con la originalidad exigida al comitente por las instrucciones dadas por el contratista, la obligación del primero será únicamente de medios.¹⁴⁶

En este punto debemos reparar en un supuesto especialmente interesante de incumplimiento de la obligación del contratista de entregar la obra: aquel basado en el ejercicio del derecho de divulgación del autor.¹⁴⁷ El programador y diseñador web que, una vez terminada la página web y siendo la estructura de esta original, decida hacer uso de su derecho de inédito, no podrá ser obligado por el comitente a llevar a cabo la entrega de la página web,¹⁴⁸ si bien este último sí podrá exigir al primero la indemnización de los daños y perjuicios que la negativa a la divulgación le hubieren causado. Entre otros, los gastos referidos a la imposibilidad de disfrute de los servicios de *hosting* y registro de

asimismo, la posible aplicación de multas pecuniarias. Por su parte, el incumplimiento defectuoso puede deberse a varias razones, entre ellas el aspecto creativo, por falta de seguimiento de las instrucciones dadas por el comitente acerca de la originalidad del diseño de la página web, y el aspecto técnico, referido a la programación y las funciones de la página web. Para los defectos técnicos entendemos que se podrá exigir la subsanación de los defectos a expensas del contratista o ejercerse la acción de saneamiento por vicios ocultos. Eso sí, en ningún caso será exigible al contratista que deshaga lo mal hecho cuando esto tiene la consideración de obra (art. 1098 CC), pues contradiría de lleno con buena parte de los derechos morales regulados en el art. 14 LPI. *Vid.* R. EVANGELIO LLORCA, *El encargo de obra intelectual, opus cit.*, pp. 78 y ss; y S. DENOIX DE SAINT MARC, *Le contrat de command en droit d'auteur français, opus cit.*, p. 79.

¹⁴⁶ *Vid.* R. EVANGELIO LLORCA, *El encargo de obra intelectual, opus cit.*, p. 81.

¹⁴⁷ En relación con las páginas web no se plantea la discusión acerca de si la obligación de entrega engloba o no la obligación de poner a disposición del contratista el documento HTML del código fuente. Cuestión que sí plantea enormes problemas interpretativos en el entorno de los programas de ordenador. En el caso de las páginas web, tal y como se expuso en el segundo epígrafe de este trabajo, y a diferencia de los programas de ordenador, el código fuente es accesible para cualquier usuario de la página, mediante la opción de visualización de dicho código que toda página web ha de permitir.

¹⁴⁸ Sin embargo, entendemos que esta afirmación tiene, en todo caso, el límite de la mala fe, de manera que el contratista y cedente no podrá alegar el ejercicio de su derecho de inédito para negarse a entregar una página web original a su comitente y cesionario para poder así darle entrega de esta a un tercero que le ofrezca mejores condiciones, tras las correspondientes modificaciones de su contenido.

nombres de dominio que dicho comitente hubiese contratado con un tercero para la efectiva puesta a disposición de su página en Internet.

La recepción de la página web es una de las obligaciones del comitente y, a su vez, marca el momento del cumplimiento general de su otra obligación: el pago del precio, que se llevará a cabo en el momento de la recepción de la obra, salvo pacto en contrario (art. 1599 CC).

Estas mismas consideraciones, sin embargo, no son trasladables sin más a aquel supuesto en el que la página web así creada fuere objeto de la tutela *sui generis* —adicional o no al potencial derecho de autor sobre la estructura de esta—. En este caso habría únicamente un contrato de obra en el sentido del Código Civil, pero no existiría ningún contrato paralelo de cesión de derechos, puesto que, de nacer, la tutela *sui generis* correspondería originariamente a aquel sujeto en el que confluyen los factores de iniciativa más riesgo, esto es, al cliente que encarga el desarrollo de la página web a un técnico en la materia, y no así a este segundo.

La alternativa a este tipo de contratación es la descarga legal por Internet de plantillas de diseño web desde las páginas web dedicadas a la compraventa de estas. Descarga que se llevará a cabo directamente por el propio sujeto interesado en tener una página web. Estas plantillas aparecen prediseñadas y agrupadas por temáticas, si bien permiten su modificación. Se adaptan a todo tipo de contenido, cuya elaboración, obtención, verificación y presentación en el seno de esta plantilla corre a cargo de su comprador. La compra de estas plantillas puede ser exclusiva o no. Si se opta por esta segunda opción, que resulta mucho más económica, el primer comprador no podrá impedir el uso que posteriores compradores hagan de esa misma plantilla para crear sus propias páginas web. Estas plantillas pueden estar protegidas por la propiedad intelectual o no. La respuesta más frecuente es la negativa, dada la sencillez y prácticamente nula originalidad de estas. En caso excepcional de estar efectivamente tuteladas por el derecho de autor, debemos plantearnos la misma cuestión que para el supuesto del contrato de desarrollo web: el autor de la correspondiente plantilla estaría cediendo los derechos patrimoniales de explotación al sujeto que aquí hemos denominado comprador y, en buena parte de los casos, algunas de sus facetas patrimoniales, tales como el derecho de paternidad, cuando no exige al cesionario el reconocimiento de su condición de autor de la obra, o como el derecho a la integridad de la obra, cuando permite la modificación de esta sin imponer límite alguno. Por tales razones, serán de aplicación las consideraciones que más adelante haremos acerca de la transmisión *inter vivos* de los derechos de explotación. Posteriormente analizaremos, asimismo, la tercera opción, consistente en que el creador de la página web sea un trabajador asalariado, que programe y diseñe esta en el seno de la actividad de su empleador.

Volviendo a la primera alternativa señalada, esto es, la firma de los contratos de encargo de obra, es una práctica habitual que el desarrollador web o el estudio

de diseño web pacten, de manera expresa y detallada, con su cliente la cesión a este segundo de la totalidad de los facultades patrimoniales en que se traduzca el derecho de propiedad intelectual que pueda proteger a la página web así creada. Asimismo, debe advertirse que una de las obligaciones capitales del desarrollador web es la obtención de todas las licencias de derechos de propiedad intelectual y autorizaciones que fueren necesarias para el uso o la inserción en la página web por él creada de obras o prestaciones protegidas cuyos derechos no correspondan al cliente que le encargó la realización de la página web. Con todo, la falta de exclusión de la protección por la propiedad intelectual de las obras y prestaciones protegidas creadas en infracción de derechos de propiedad intelectual anteriores en el tiempo conduce al sinsentido de tener que proteger por el derecho de autor y/o por el derecho *sui generis*, en base a criterios de originalidad y/o de inversión sustancial, páginas web en las que se hubieren insertado contenidos protegidos, sin contar con el previo consentimiento de los respectivos titulares de tales derechos anteriores en el tiempo. Sin embargo, la protección efectivamente disfrutada por el titular del derecho de autor y/o derecho afín sobre la estructura y/o el contenido de esa página web quedará proporcionalmente limitada en la medida requerida por la ilicitud de que se trate.¹⁴⁹

Generalmente, la parte técnica se obliga asimismo a una serie de servicios adicionales, tales como la creación de cuentas de correo electrónico que tengan por denominador común el nombre del dominio o de alguno de los dominios asociados al cliente y a la página web elaborada. Además, cada vez es más frecuente la contratación de la gestión integral de la estrategia que defina al cliente en Internet, entre cuyas labores se encuentra el compromiso del desarrollador web de lograr los mejores resultados posibles en el posicionamiento de la página web creada en los buscadores web, mediante técnicas alternativas a los sistemas de pago por publicidad o mejora de la visibilidad en buscadores.

Respecto de la transmisión *inter vivos* de derechos de explotación sobre la página web original, el apartado primero del art. 43 LPI tiene especial importancia, por ser el formato web el paradigma de la aplicación de la mayoría de los incisos problemáticos que en dicho precepto se regulan y por carecer con bastante habitualidad los contratos firmados de una concreción y claridad en sus términos.¹⁵⁰ Disposición que, por el contrario, no se entenderá aplicable en los casos en los que la página web elaborada no goce de la tutela autoral, pero sí de la *sui generis*.¹⁵¹ Por su parte, en aquel supuesto en el que una misma

¹⁴⁹ Vid. R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, «Comentario al artículo 10.1», en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual, opus cit.*, 2007, p. 164.

¹⁵⁰ En aquellos casos en los que no existe un contrato físico, el art. 45 LPI cobra importancia, si bien con el mero carácter *ad probationem* que la imposición de la forma escrita prevista en este precepto entendemos que tiene.

¹⁵¹ Dada la voluntaria falta de referencia a esta norma en los arts. 133-137 LPI. Vid. R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, «Comentario al Título VIII», y «Comentario al artículo 133», en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual, opus cit.*, 2007, pp. 1649 y 1654.

página web fuere protegible tanto por el derecho de autor como por el derecho *sui generis*, la eficacia de las previsiones contenidas en este precepto habrá de limitarse al objeto protegido por el derecho de autor, excluyéndose con ello las potestades patrimoniales en las que el derecho *sui generis* se traduce.¹⁵² A pesar de la inquietud que este hecho, unido a la falta de regulación de la transmisión *inter vivos* de los derechos de explotación asociados a una página web protegida por el derecho *sui generis*,¹⁵³ el análisis detenido de los supuestos prácticos del concreto bien jurídico protegido en los que una página web resulta tutelada por el derecho *sui generis* no hace sino reafirmar el acierto del legislador en su supuesta laguna legal. Teniendo en cuenta el carácter dinámico de este tipo de páginas web y, por tanto, la llevanza de las labores de obtención, verificación y presentación de los contenidos por el sujeto que aquí hemos dado en llamar cliente o comitente —y no por el originario programador y diseñador web—, poca utilidad práctica tendría la posible regulación teórica de la transmisión de las facultades de explotación del derecho *sui generis*. Es ese sujeto el único, en cuya persona se reúnen los requisitos de la iniciativa y la inversión el titular originario del derecho *sui generis*, el titular originario del derecho *sui generis* sobre el contenido conformado por el programador, pero también, posteriormente, de la posible tutela *sui generis* que surja autónomamente sobre las actualizaciones que de dicho contenido este sujeto pueda llevar a cabo.¹⁵⁴ Por los mismos motivos, la autorización del uso de los contenidos de la página web *sui generis* se lleva a cabo mediante la contratación de licencias de uso entre el titular de la página —y del derecho *sui generis* que protege esta— y el usuario de dicho contenido.¹⁵⁵

¹⁵² Nótese que el art. 43 LPI habla de los derechos de explotación de la obra. Literalidad que resulta acorde con la ubicación de esta disposición en el Libro I de la Ley. Asimismo, se ha de destacar la ausencia de remisión a este precepto —o a cualquier otro de los contenidos en el Libro I— en el Título VIII del Libro II de la Ley, en el que el derecho *sui generis* se regula y la imposibilidad de aplicarse a este las disposiciones comunes contenidas en el Título VII del Libro II a los otros derechos de propiedad intelectual, en cuyos dos únicos artículos, por otra parte, tampoco se contiene una remisión expresa a los arts. 43 y ss del Libro I. Sobre la exclusión del derecho *sui generis* del ámbito de aplicación del art. 43 LPI, *Vid.* M. C. GETE-ALONSO Y CALERA, «Comentario al artículo 43», en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual, opus cit.*, 2007, p. 757. *Vid.*, asimismo, R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, «Comentario al Título VIII del Libro II», en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual, opus cit.*, 2007, p. 1649.

¹⁵³ El art. 133.1, párrafo segundo, *in fine*, LPI, en transposición del art. 7.3º de la Directiva se limita a señalar lo siguiente: «Este derecho podrá transferirse, cederse o darse en licencia contractual».

¹⁵⁴ Recordemos que la Directiva excluye del concepto de fabricante «a los subcontratistas» (considerando 41º, carente de transposición en el ordenamiento español, pero plenamente aplicable a efectos interpretativos), así como a todos aquellos que contribuyan a la producción de una base de datos sin asumir iniciativa y riesgo, como es el caso del programador y diseñador web contratados por el cliente. En este sentido, *Vid.*, R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, «Comentario al Título VIII del Libro II», en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual, opus cit.*, 2007, p. 1652.

¹⁵⁵ El modo de explotación habitual del contenido de las bases de datos electrónicas en general no dista de parecerse a aquél que caracteriza la explotación de los programas de ordenador: la licencia de uso. Hecho que, como ya hemos señalado, aparece contemplado en el art. 7.3 de la Directiva y ha pasado al segundo párrafo *in fine* del art. 133. 1 LPI. Al igual que en el caso de los programas de ordenador, la licencia de uso del contenido de una página web se entenderá, salvo prueba en contrario, con un carácter exclusivo e intransferible, presumiéndose que se realiza para satisfacer las necesidades del usuario (último párrafo del art. 99 LPI).

La limitación de la cesión «*al derecho o derechos cedidos*» es la única que, contenida en este art. 43 LPI, no plantea mayor problema, pues frecuentemente se pacta de manera expresa la transmisión de todas las facultades de explotación referidas al ámbito *on-line*, así como, en ocasiones, otras ajenas al contexto web, cuando se estima que vaya a producirse una utilización especial de esta. Las modalidades de explotación pueden o no estar expresadas en el contrato que se firme. En caso afirmativo, se seguirá la limitación explícitamente pactada. En caso negativo, será de aplicación la previsión contenida en la segunda frase del apartado segundo de este art. 43 LPI, de manera que «*la cesión quedará limitada a aquella que se deduzca necesariamente del propio contrato y sea indispensable para cumplir la finalidad del mismo*». Por tanto, dada la utilidad común de las páginas web, la falta de concreción de las modalidades de explotación cedidas suponen la restricción de la transmisión a los actos contemplados en el art. 20.2.i) LPI y, dentro de estos, a la puesta a disposición del público en Internet, así como a las reproducciones necesarias para el funcionamiento de la página web, con independencia de que buena parte de ellas pudieran englobarse en la excepción prevista en el art. 31.1 LPI.

Otro de los principales problemas que rodea a la transmisión de derechos en el entorno web es el referido al tiempo por el que dichas facultades patrimoniales se entienden cedidas. El término temporal más común es aquel que abarca la totalidad de la vida útil de la página web. La falta de concreción de este implica la necesaria aplicación de la limitación temporal contemplada en el segundo apartado del art. 43 LPI: un quinquenio. Ciertamente, en la práctica actual, lo que en un entorno *off-line* puede ser entendido como una excesiva restricción temporal, en el ámbito web coincide con el referido lapso temporal de la vida útil de una página web. Con todo, se debe tener en cuenta que la explotación de una página web en Internet va a depender directamente de la vigencia del contrato de *hosting*, así como del mantenimiento del nombre de dominio, sobre el que se volverá más adelante. Concluido el período temporal en el que ambos servicios fueron pactados, sin haberse previsto una posible prórroga, los usuarios de Internet no podrán acceder a la página web en cuestión.¹⁵⁶

Otro escollo interpretativo es el relativo al ámbito territorial de la cesión. Obviamente, Internet es un vehículo de transmisión de la información mundial, luego la expresa limitación geográfica de la transmisión de derechos al territorio del Estado de nacionalidad, residencia habitual o centro de negocios del cliente y/o del desarrollador web carece de toda lógica y, por ello, es inexistente en la práctica. Sin embargo, el pacto explícito de la extensión geográfica de

¹⁵⁶ Ello significa la pérdida inmediata de la página web creada, salvo que se guardara una copia de esta en algún otro servidor distinto al del proveedor del *hosting*, como puede ser aquél que el diseñador y programador o web que creó dicha página tuviere contratado para uso propio. En tal caso, la recuperación de la parte estática de la página web es una labor sencilla, a diferencia de la parte dinámica de esta, que puede no ser recuperable si este no hubiese diseñado un sistema de volcado de contenidos.

la cesión resulta ser absolutamente necesario en este contexto, más que en ningún otro, dada la consecuencia prevista en el apartado segundo del art. 43 LPI para la falta de mención de dicho ámbito en el contrato: la limitación del ámbito territorial de la transmisión «*al país en el que se realiza la cesión*». La inoperatividad de esta restricción geográfica regulada por el legislador puede ser entendida, al igual que este art. 43 LPI en su conjunto, como el mejor incentivo de las partes cedente y cesionaria para especificar y detallar de la manera más precisa posible las condiciones de la cesión.

Finalmente, en lo que respecta al art. 43 LPI, se debe recalcar la importancia práctica de la que goza el apartado quinto en el entorno web. Esta disposición declara que «*la transmisión de los derechos de explotación no alcanza a las modalidades de utilización o medios de difusión existentes o desconocidos al tiempo de la cesión*». ¹⁵⁷ Por tanto, el supuesto regulado en este último apartado es distinto a aquél previsto en el mencionado apartado segundo de este precepto, pues la eficacia del quinto apartado no se limita a aquellos supuestos en los que las modalidades de explotación no hubieren sido expresamente pactadas en el contrato de cesión. Todo lo contrario, dicho precepto se aplica asimismo a aquellos casos en los que las modalidades estuvieren especificadas también en el citado contrato, en cuyo caso la naturaleza imperativa de este apartado quinto supone un límite legal a la autonomía de la voluntad de las partes contemplada en el art. 1255 CC, dejando sin efecto el potencial acuerdo de cesión de modalidades de explotación de la obra que o bien no existieran en el momento de la contratación o bien, existiendo entonces, fueren absolutamente desconocidas por las partes contratantes. Entendiendo que el art. 43.5 LPI es una traslación al campo de la propiedad intelectual de la exigencia general del consentimiento y el objeto como requisitos esenciales —junto a la causa— de todo contrato prevista en el art. 1261 CC, ¹⁵⁸ consideramos que basta la falta de

¹⁵⁷ El supuesto de hecho, a modo de ejemplo, puede ser el siguiente: un determinado diseñador web crea una página hace cuatro años. La modalidad de explotación habitual en aquel momento era el acceso y utilización de una página web en los ordenadores de sobremesa y/o portátiles. Sin embargo, ya entonces se empezaban a desarrollar las tecnologías necesarias para la visualización y acceso a páginas web desde los terminales o dispositivos móviles instalados en los teléfonos que eran en aquel tiempo de última generación. El concreto desarrollador web podía o no conocer de la existencia de esta nueva modalidad de explotación de la página que en ese momento creaba. Prueba de dicho conocimiento sería, indudablemente, el uso en el desarrollo de su página web de una concreta tecnología que permitiera y/o mejorara el acceso a la página por medio de dicha nueva modalidad de explotación. Por su parte, el desconocimiento del cliente medio de esa incipiente forma de uso de su página sería más que probable. La pregunta que cabe hacerse es la siguiente: una vez desarrollada la tecnología web necesaria para el correcto acceso a las páginas desde dispositivos telefónicos móviles ¿se entiende automáticamente cedida esta modalidad de explotación en relación a una página creada y entregada en un momento temporal en el que esta modalidad no era sino un proyecto de futuro?

¹⁵⁸ Y, en concreto, de la presunción contractual que tiene ambos contratantes al pactar la cesión y establecer las prestaciones y las contraprestaciones, tal y como se prevé en el art. 1283 CC. Según este precepto, aún cuando el contrato sea abierto o genérico, «*no deberán entenderse comprendidos en él cosas distintas y casos diferentes de aquellos sobre que los interesados se propusieron contratar*».

consentimiento —en el sentido de conocimiento, pues nadie puede consentir aquello cuya existencia ni siquiera conoce— de una sola de las partes contratantes para que se pueda entender no comprendida en la cesión la concreta modalidad no conocida por dicha parte contratante.¹⁵⁹

Ciertamente, no puede ser otra la interpretación si defendemos que el objetivo legislativo buscado por este art. 43.5 LPI es proteger a ambas partes contratantes —y no solo al cedente— frente a la cesión amplia de derechos, incluyendo modalidades de explotación cuya relevancia económica es desconocida para una de ellas o para las dos. Obviamente, la posición y, por tanto, la posibilidad de conocer la realidad técnica presente —y, con ello, las concretas modalidades de explotación ya existentes— es distinta para cada una de las dos partes contratantes, pues en el encargo de una página web se presume el conocimiento o la pericia del desarrollador web. Sin embargo, ello no implica que el análisis del conocimiento o la falta de este tenga que ser objetivo para el citado desarrollador o programador web, sobre el estado real y actual de la técnica, como si de patentes se tratara. Por el contrario, entendemos que dicho análisis ha de ser, al igual que para el cliente, subjetivo, sobre la base de la información de que disponen cada uno de los contratantes. Por tanto, en aquellos supuestos en los que este precepto es de aplicación, el informático contratista —o bien los sucesores *mortis causa* de este— adquirirá el derecho de explotación de los nuevos usos o medios no especificados en el contrato de cesión de derechos, cuando estos surjan o sean de su conocimiento, incluso aunque originariamente hubiese cedido contractualmente tal derecho en su totalidad, de manera abierta y ciertamente indeterminada. El único límite a esta regla se corresponde con el deber de conocimiento del profesional medio. En otras palabras, aquel programador y desarrollador web que hubiere pactado con su comitente la cesión de la totalidad de los derechos patrimoniales sobre todas las modalidades de explotación de la página web creada por el primero habrá de soportar la cesión de aquellas concretas modalidades que, existiendo en la fecha de la firma del contrato y siendo de conocimiento común entre el sector profesional al que pertenece, este afirmara no conocer.

También los arts. 48 y 49 LPI cobran un carácter fundamental, teniendo en cuenta que, en la práctica, la cesión de los derechos de explotación que corresponden originariamente al desarrollador web, necesarios para la utilización *on-line* de la página, siempre se lleva a cabo con carácter exclusivo en favor del cliente, dado el desinterés del citado técnico en conservarlos.¹⁶⁰ Es

¹⁵⁹ En este sentido también se han pronunciado J. M. RODRÍGUEZ TAPIA y F. BONDÍA ROMÁN, *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Madrid, Cívitas, 1997, pp. 209-210. *Vid.*, asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 9 de diciembre de 1993, AC 1993/2550.

¹⁶⁰ Eso sí, el desarrollador web sí podrá conservar aquellas otras potestades patrimoniales que no fueren necesarias para la explotación de la página web por el cliente cesionario y que, por tanto, no se podrán entender cedidas, ni en exclusiva (dada la exigencia de transmisión expresa con este carácter; exigida por el art. 48.1 LPI), ni no exclusiva (por aplicación del art. 43.2 LPI). Así,

más, esta misma falta de interés conduce al dicho técnico a renunciar a la posibilidad de otorgar autorizaciones no exclusivas a terceros. De ahí la plena aplicación de la obligación que el párrafo segundo del art. 48 LPI contempla a cargo del cedente, y que en el entorno web se traduce en la necesidad de comunicar al cliente cesionario las contraseñas para el manejo de la página web y la gestión de los contenidos de esta y del resto de «*los medios necesarios para la efectividad de la explotación concedida (...) según los usos vigentes en la actividad*».

Respecto de la remuneración a pagar al autor de la página web por la cesión de sus derechos de explotación en favor de su cliente, ha de advertirse que la práctica habitual supone un claro incumplimiento de las reglas establecidas en el art. 46 LPI, que quedan derogadas por expreso deseo del acuerdo de la autonomía de la voluntad de las partes. No es sino excepcional el pacto de la participación proporcional del cedente de los derechos patrimoniales en los ingresos de la explotación de la página web original conseguidos por el cesionario de estos. Concretamente, este pacto de participación proporcional en los ingresos únicamente suele existir en aquellas páginas web referidas a tiendas *on-line*, sistemas de reservas y otras de naturaleza similar, en las que el programador web de la base de datos —en el sentido informático del término— asociada a dicho sistema de reservas y/o de compra sí dispone de los medios técnicos necesarios para conocer de manera automática y objetiva la explotación dada a la página web por su cliente —o por los usuarios de la página web de su cliente—. En todos los demás casos, la remuneración se suele pactar a tanto alzado,¹⁶¹ si bien no puede subsumirse en ninguno de los cuatro supuestos enumerados con carácter taxativo en el apartado segundo de este art. 46 LPI. Con todo, ha de advertirse que el cedente conservará a su favor la acción de revisión por remuneración no equitativa regulada en el art. 47 LPI en todos aquellos casos en los que exista un desequilibrio sobrevenido de las prestaciones. Esto es, cuando de manera sobrevenida se ponga de manifiesto una excesiva onerosidad para el cedente de los derechos, pues su remuneración fija parece insignificante ante los beneficios que produce la explotación de la página web creada, cuyos derechos patrimoniales fueron cedidos.¹⁶² El plazo

por ejemplo, es bastante frecuente que el programador web inserte en su propia página web una reproducción estática de la portada de la página web cuyo derecho de puesta a disposición cedió a su cliente. También es habitual que los programadores y diseñadores web reconocidos o pertenecientes al ámbito más académico se reserven la posibilidad de reproducir bidimensionalmente partes de las páginas web originales que hubieren creado en el texto de libros sobre programación y diseño web para los que pudieren haber realizado aportaciones.

¹⁶¹ Sin perjuicio del cobro de una cantidad periódica por parte del diseñador web contratista, en concepto de mantenimiento y gestión de la página.

¹⁶² No se trata, por tanto, de una lesión inicial que daría lugar a la rescisión del contrato. *Vid.* J. M. RODRÍGUEZ TAPIA y F. BONDÍA ROMÁN, *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Civitas, *opus cit.*, p. 218. *Vid.*, asimismo, la STS (Sala Primera) de 29 de marzo de 2001 (RJ 2002/10216), F. J. 6º.

previsto para el ejercicio de esta acción, los diez años siguientes a la cesión, se considera más que suficiente en lo que a una página web se refiere.¹⁶³

b) Página web creada por trabajadores asalariados. En las empresas que hacen de Internet su único —o cuasi-único— medio para la llevanza de su actividad social —y no solo su principal vía publicitaria—, esta alternativa suele ser la elegida, en detrimento de las opciones hasta ahora expuestas. Se trata, por tanto, de páginas web eminentemente dinámicas.

En este tipo de supuestos cobra una especial importancia la eterna discusión acerca la frontera entre el concepto de base de datos y el de programa de ordenador. Aquellas partes de la página web que quepa calificar como programas de ordenador estarán sometidas, en lo referido a la transmisión de sus derechos de explotación, al art. 97 LPI, que dispone que la titularidad de todos los derechos patrimoniales correspondientes al programa de ordenador «*corresponderá, exclusivamente, al empresario, salvo pacto en contrario*».¹⁶⁴ En todo lo demás, a falta de pacto escrito sobre las condiciones de la transmisión de los derechos, independiente o no del contrato de trabajo —y posterior o no a este—, la determinación de los derechos patrimoniales sobre la página web correspondientes al empresario se regirá por la regulación contenida en el art. 51 LPI y, subsidiariamente, por las demás disposiciones de la LPI.¹⁶⁵

Con todo, la previsión expresa de la cesión de los derechos de explotación sobre la página web creada suele tratarse de una cláusula más del contrato laboral que vincula a ambas partes. Pues bien, para todos aquellos supuestos en los que dicho pacto no existiera, el apartado 2º de este art. 51 LPI presume la cesión con carácter exclusivo al empresario de los derechos de explotación sobre la página web original creada en virtud de la relación laboral, esto es, en el desempeño de las funciones que le han sido encomendadas a ese trabajador durante la vida del contrato de trabajo. Cesión cuyo alcance se limita únicamente a lo necesario para el ejercicio de la actividad habitual del empresario en el momento de la entrega de la obra realizada en virtud de esa relación

¹⁶³ Es más, teniendo en cuenta el periodo de vida útil de las páginas web, mucho más reducido, por lo general, que el de muchos de los otros tipos bases de datos —y, por descontado, considerablemente menor que el del resto de obras y prestaciones protegidas por los derechos de propiedad intelectual—, este puede resultar, incluso, excesivo, tomando en consideración el hecho de que, pasado un tiempo relativamente largo, el éxito de una página web puede deberse a los más diversos factores —frecuentemente, el éxito comercial de la marca—, y no solo a caracteres inherentes a la propia página web.

¹⁶⁴ Por remisión del art. 51.5 LPI.

¹⁶⁵ Para un estudio comparado del régimen jurídico del autor asalariado, *Vid.* A. LUCAS-SCHLOETTER, «La création salariée et le droit contractuel d'auteur. Étude de droit comparé», *Revista de propiedad intelectual (pe. i.)*, nº 21, 2005, pp. 21 y ss. Tal y como ya señalaba P. CÁMARA ÁGUILA en el resumen de este trabajo, resulta ciertamente llamativo el hecho de que, a pesar del protagonismo actual del contrato laboral como vía para la creación, existan aún hoy muy pocos estudios doctrinales dedicados a la materia (p. 15).

laboral.¹⁶⁶ En todo sector, pero más aún en el ámbito de la programación web, resulta evidente que para que este precepto sea aplicable no va a ser necesario que el empleador haya dado instrucciones precisas sobre la ejecución de la obra creada, sino únicamente directrices sobre la función técnica a conseguir por sus trabajadores.¹⁶⁷

Una última especialidad es la referida al alcance territorial de la cesión contemplada en la norma que se comenta, pero que carece de regulación explícita en esta. Por motivos obvios, la cesión de los derechos de explotación de una página web se presume mundial, pues este es el fin de toda página web, luego, a nuestro juicio, no se puede entender limitada únicamente a aquel país o países en que habitualmente el empleador desarrolle actividades empresariales en el momento de la creación de esta por el trabajador asalariado.

Al igual que en la primera alternativa de contratación anteriormente analizada, también en este caso son dos las acciones a las que el trabajador asalariado se obliga. Una, crear la página web. Dos, ceder al empresario los derechos de explotación sobre esta. Prueba de ello es el hecho habitual de que en el contrato de trabajo se especifiquen las diferentes partidas que remuneran cada uno de los conceptos. La de actividad laboral, por un lado; y la de cesión de derechos de explotación, por otro.¹⁶⁸ Fraccionamiento que refleja claramente la dualidad y autonomía de ambas deudas del empleador para con su trabajador y titular originario de los derechos de propiedad intelectual.¹⁶⁹ Eso sí, ello no implica que ambas percepciones no puedan ser consideradas como salario.¹⁷⁰

¹⁶⁶ Actividad habitual que ha de entenderse en un sentido amplio, hasta el límite previsto en el apartado 3º de este art. 51 LPI: el empresario no podrá utilizar la página web para un sentido o fines diferentes al de su actividad habitual. La actividad no habitual del empresario al momento de entregar la obra creada en virtud de la relación laboral, queda fuera de la cesión presunta del apartado 2º de este precepto, por razones que no se apartan demasiado a las que justifican el art. 43.5 LPI, y que ya expusimos con anterioridad. El cedente —trabajador asalariado—, al tiempo de la cesión, desconoce que el cesionario —empleador— va a explotar la obra de una forma distinta, por no ser actividad habitual de la empresa. La referencia al momento de la entrega de la obra contenida en el art. 51.2 LPI hace pensar que si se ha ampliado la actividad habitual del empresario durante la relación laboral, el art. 51 LPI se aplicará también a las obras creadas en virtud de esa nueva actividad. Asimismo, la eficacia de este precepto también se extenderá a todas aquellas actividades que, si bien no eran llevadas a cabo por la empresa en ese preciso momento, sí estaban proyectadas entre los planes de esta en el momento de la firma del contrato laboral. *Vid.* J. M. RODRÍGUEZ TAPIA, «Comentario al artículo 51», en R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Tecnos, 2007, p. 840.

¹⁶⁷ En un sentido similar también se han pronunciado J. M. RODRÍGUEZ TAPIA y F. BONDÍA ROMÁN, *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Civitas, *opus cit.*, p. 229.

¹⁶⁸ Otro supuesto bastante frecuente es aquel contrato laboral en el que se especifique que la remuneración global pactada incluye la remuneración en concepto de cesión de derechos de explotación.

¹⁶⁹ De hecho, esta partición es coherente con la regla general de la remuneración proporcional prevista en el art. 46 LPI, a la que anteriormente hicimos referencia.

¹⁷⁰ En este sentido se ha pronunciado el Tribunal Supremo (Sala de lo Social), en su sentencia de 12 de febrero de 1985 (RJ 1985/636), en relación con varios contratos de trabajo de actores de una serie de televisión, en los que se pactó la cesión de los derechos de explotación de sus prestaciones protegidas por un ente de radiodifusión. No parece sostener lo mismo, sin embargo,

Por los mismos motivos que alegamos en el apartado a) de este epígrafe, tampoco las consideraciones ahora expuestas se pueden entender aplicables para la cesión de las potestades patrimoniales en las que el derecho *sui generis* se traduce. Ello, unido a la exclusión de la aplicación subsidiaria del art. 51 LPI que se deriva de una interpretación conjunta y a contrario de los arts. 131 y 132 y 133 a 137 LPI, no supone, ni mucho menos, una laguna normativa. Simplemente, la regulación de esta cuestión resulta innecesaria, toda vez que, aún cuando en este caso son los trabajadores asalariados los que generalmente se encargan de mantener al día —o al minuto— el contenido de la página web en cuestión e, incluso, los que tienen cierta capacidad de decisión sobre este, la iniciativa de la realización de esa continua actualización y el riesgo empresarial que ello conlleva es asumido única y exclusivamente por el empleador; luego, por mor del art. 133 LPI, también será este último el titular originario de dicho derecho *sui generis*, y no sus empleados.

c) Contrato de *hosting* o alojamiento web y de registro del o los dominios, que une al proveedor directamente con el cliente, que no con el desarrollador web, aún cuando es este segundo quien habitualmente aconseja a dicho cliente —que coincide su comitente en el contrato de desarrollo web— acerca de las necesidades de *hosting* y de registro de dominio que la página web, aún en estado *nasciturus*, va a requerir para su correcto funcionamiento.¹⁷¹

Si bien en el plano teórico se podría pensar que el encargo de cada una de estas dos acciones —el *hosting*, por un lado, y el registro del nombre de dominio, por otro— ha de corresponder a sujetos distintos, en la práctica tanto el alojamiento como el registro del nombre de dominio se suelen pactar en un mismo contrato, a cargo de un sujeto comúnmente conocido como proveedor, a cambio de un precio. Dicho proveedor da a conocer a su cliente la disponibilidad del o los nombres de dominio seleccionados por el cliente, así como las específicas condiciones para la asignación de estos y, en caso afirmativo, lleva a cabo la inscripción de estos en el Sistema de Nombres de Dominio (*Domain Name System, DNS*), permitiendo conectar el nombre a una Dirección Numérica de Protocolo de Internet (*IP Adress*) de cualquier servidor conectado a la red de Internet.

J. M. RODRÍGUEZ TAPIA, «Comentario al artículo 51», en R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Tecnos, 2007, p. 842.

¹⁷¹ En todo contrato de *hosting* se especifican y detallan los recursos de almacenamiento y tecnologías contratados y las consecuencias para el cliente del empleo de recursos excesivos. Por tanto, el proveedor no garantiza que el servicio de alojamiento de los contenidos o la conectividad de red puedan proporcionar capacidad suficiente para responder a picos de demanda que aumenten significativamente los volúmenes estimados por el cliente en el momento del contrato. Este servicio de *hosting* guarda total autonomía con respeto del hospedaje web que el mencionado programador y diseñador web tenga contratado, de manera que va a ser independiente del hecho de que, en fase de desarrollo o creación, la capacidad de alojamiento consumida por la futura página web se corresponda con aquella contratada directamente por tal desarrollador web, para consumo —profesional o no— propio.

Por razones obvias, el registro del nombre de dominio para un determinado portal de Internet es uno de los primeros —cuando no el primer— paso a dar para poner en marcha un proyecto de página web. En este sentido, dependiendo de cuál sea la estrategia comercial a seguir, se debe tener en cuenta que existen diversos tipos o niveles de nombres de dominio. En primer lugar, los denominados dominios de primer nivel o *GTLD* (*Generic Top Level Domain*), como son el *.com*, *.net*, *.org*, etc. En un segundo nivel están los *ccTLD* (*Country Code Top Level Domain*), por ejemplo, el *.es*,¹⁷² *.fr*, *.uk*, etc. Asimismo, y desde diciembre de 2003, está abierta la posibilidad de registro de los denominados dominios de tercer nivel, combinación de los dos primeros, como son, a modo de ejemplo, el *.com.es*, *edu.es*, *org.fr*, etc.¹⁷³ A la hora de contratar sus servicios, la empresa de *hosting* y registro de dominios suele aconsejar sobre cuál es la traducción técnica de los recursos que su cliente, en función de las características y necesidades que este le hubiere exteriorizado o del resto de servicios web adicionales contratos. El tamaño real o potencial de la empresa o la dimensión de la presencia *on-line* cuyo desarrollo se encarga a dicho proveedor serán factores clave a la hora de determinar el soporte de dominios y subdominios.¹⁷⁴

Teniendo en cuenta la inexistencia de una suerte de derecho preferente para la obtención o utilización de un nombre de dominio concreto en favor del titular de determinados derechos, como pueden ser, entre otros, los derechos de propiedad intelectual e industrial,¹⁷⁵ es ciertamente recomendable registrar el dominio bajo más de uno de los tipos mencionados, para evitar que, ante el crecimiento del valor de mercado del único dominio registrado, terceros pretendan aprovechar la coyuntura para registrar cualquiera de los otros niveles de dominio disponibles, con los consiguientes problemas de imagen y negocio que

¹⁷² En el caso español, según la disposición adicional sexta de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información —en adelante, LSSI— y la disposición adicional sexta de la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones, la entidad pública empresarial *Red.es* es la autoridad de asignación, a la que corresponde la gestión del registro de nombres de dominio de Internet bajo el *.es*. Entre las condiciones exigidas para el otorgamiento de un dominio bajo el *.es* se encuentra la tenencia de intereses o el mantenimiento de vínculos con el territorio español.

¹⁷³ Asimismo, se debe tener en cuenta la posibilidad de crear por parte del desarrollador web una serie de subdominios, adheridos a un único dominio, para dar respuesta a exigencias o funciones organizativas o administrativas y que se componen de una serie de caracteres o palabras que se escriben antes que el dominio. Un subdominio se representa, por tanto, de la siguiente forma: http://www.subdominio.dominio_principal.com/. A modo de ejemplo se puede citar el subdominio http://portal.uam.es/portal/page/portal/UAM_ORGANIZATIVO/FacultadesEscuelas/FacultadDerecho/Posgrado/folletos/mpi.pdf, en donde se encuentra el folleto del Máster de Propiedad Intelectual impartido en la Universidad Autónoma de Madrid, que constituye un subdominio del dominio <http://uam.es>.

¹⁷⁴ Así, en las distintas modalidades de contratación vigentes en el mercado actual, con carácter general el paquete ofertado a las empresas de mediano y gran tamaño implica un soporte de dominios mucho mayor que el destinado a la pequeña empresa, acompañado de un soporte de subdominios que suele ser ilimitado.

¹⁷⁵ Tal y como establece el segundo párrafo del apartado cuarto de la disposición adicional sexta de la LSSI.

de ello derivan.¹⁷⁶ Otro supuesto problemático que se da con relativa frecuencia es aquel en el que el nombre de dominio elegido por un sujeto ya esté registrado con anterioridad por otro sujeto, pero el segundo en el tiempo considere tener mejor derecho para poseer dicho dominio que el primero. En tal caso es posible acudir o bien a alguno de los proveedores de servicios de solución de controversias acreditados por la Corporación de Asignación de Nombres y Números de Internet (*ICANN, Internet Corporation for Assigned Names and Numbers*) o bien a la vía judicial. Esta segunda alternativa es más costosa y más lenta que la primera, pero puede emprenderse en todo caso, con independencia del uso que haya podido realizar de la vía mediadora o arbitral.¹⁷⁷

En referencia al contrato de *hosting* o alojamiento, ha de tenerse en cuenta que, si bien originariamente este tenía como fin único la prestación de un servicio de alojamiento de los contenidos del cliente en alguno de los discos duros de los servidores web del proveedor, a cambio de un precio a pagar por el cliente, de un tiempo a esta parte, sin embargo, a día de hoy, el número de servicios adicionales presentes con bastante habitualidad en los contratos firmados se ha visto incrementado de manera considerable. Así, es común la contratación de asistencia técnica —en la jerga, *Help Desk*—, así como la provisión de las herramientas necesarias para que el cliente pueda tener acceso al análisis estadístico de los accesos a las páginas web del cliente, realizado sobre los archivos de *log* del servidor web.¹⁷⁸ A día de hoy, también es bastante frecuente la contratación de un sistema de mantenimiento o administración de usuarios, por el que el proveedor se compromete a las tareas de (i) crear, mantener y borrar usuarios y contraseñas del sistema operativo; y (ii) crear, mantener y borrar los scripts de *log-in* y *log-on* de los usuarios de dicho sistema. Asimismo, muchas de las grandes compañías de *hosting* ofrecen a sus clientes la posibilidad de contratar

¹⁷⁶ Con todo, ha de tenerse en cuenta que la verificación por parte de la autoridad de asignación de la falta de mantenimiento en el tiempo de un nombre de dominio registrado por ese tercero puede dar lugar a la cancelación de este, previa tramitación del procedimiento que en cada caso se determine (párrafo tercero del apartado cuarto de la disposición adicional sexta de la LSSI).

¹⁷⁷ Vid. J. J. MARÍN LÓPEZ, «Nombre civil, denominación social y nombres de dominio», *Revista de propiedad intelectual (pe. i.)*, n° 10, 2002, pp. 9 y ss; E. FERNÁNDEZ MASÍA, «Privatización de la resolución de controversias en materia de nombres de dominio: un paso hacia delante aunque no tan decisivo», *Revista de propiedad intelectual (pe. i.)*, n° 12, 2002, pp. 53 y ss; y P. SOLER MASOTA, «Conflicto sobre nombres de dominio. Últimas tendencias en las decisiones OMPI», *Revista de propiedad intelectual (pe. i.)*, n° 17, 2004, pp. 55 y ss.

¹⁷⁸ Lo que en la jerga se denomina analizadores de ficheros *log* son programas de ordenador creados para examinar los *logs* de los servidores web, proporcionando información sobre quién —esto es, qué dirección IP—, cuándo y cómo los visita. Este servicio analítico es cada vez más frecuente, pues supone altas ventajas competitivas para el cliente, ya que produce un fiable y detallado estudio de mercado, con indudables utilidades de marketing y publicidad, y, a su vez, prácticamente no implica esfuerzos adicionales para el proveedor, toda vez que los servidores producen este tipo de información sobre la totalidad de acceso a la página de manera automática y en formato estandarizado, lo que facilita la migración de unas herramientas a otras. Con todo, los ficheros *log* plantean algunos problemas, pues computan las visitas de los sistemas de rastreo web, que no se corresponden con las visitas de los usuarios personas físicas.

un soporte técnico especializado que cubra de manera integral la presencia en Internet de estos.

En relación con los contenidos alojados en los servidores web del proveedor, en la totalidad de los contratos de *hosting* que se firman a día de hoy se prevé el deber de control a cargo del cliente y la falta de responsabilidad de los prestadores de servicios de alojamiento. Con todo, dicho pacto expreso no podrá derogar la eficacia de la regulación de la responsabilidad de las empresas de *hosting* que el art. 16 LSSI prevé con carácter imperativo.¹⁷⁹

VI. CONCLUSIONES

La necesidad acuciante de la adaptación de los derechos de propiedad intelectual a las exigencias de la Sociedad de la Información y los nuevos productos culturales derivados de esta ha sido puesta en evidencia recientemente por el Director General de la OMPI.¹⁸⁰ En el caso de las páginas web, teniendo en cuenta el protagonismo alcanzado por estas en el funcionamiento de las prácticas sociales y de comunicación actuales y el carácter temporalmente limitado de su vida útil habitual —mucho menos longevo que el de cualquier otro tipo de obra o prestación protegida y solo comparable en este punto, en algunos casos, con los programas de ordenador—, dicha exigencia de aclimatación se predica aún más acuciante.

A falta de una normativa que, a nivel nacional, regional o mundial, tenga en cuenta las peculiaridades que caracterizan a las páginas y sitios webs, son varias las alternativas que se pueden encontrar para proteger estos productos. El punto de partida de este trabajo es el cumplimiento por la generalidad de páginas web actuales de todos y cada uno de los requisitos exigidos a nivel europeo en la definición del concepto de base de datos. Ninguna dificultad plantea este análisis. Aspecto que llama la atención, en comparación con los obstáculos que existen, en muchas ocasiones, cuando se trata de subsumir en este concepto otro tipo de productos de cuya calificación como base de datos nadie pone hoy en duda —como son, entre otros, los directorios telefónicos—.

¹⁷⁹ Para un análisis detallado de la cuestión, *Vid.* J. MASSAGUER, «La responsabilidad de los prestadores de servicios en línea por las infracciones al derecho de autor y los derechos conexos en el ámbito digital. El Tratado de la OMPI sobre el Derecho de Autor (WCT) y el Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (WPPT)», *Revista de propiedad intelectual (pe. i.)*, n.º 13, 2003, pp. 11 y ss; e I. GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, «Acciones civiles contra los prestadores de servicios de intermediación en relación con la actividad de las plataformas P2P. Su regulación en la Ley 34/2002 y en la Ley de Propiedad Intelectual», *Revista de propiedad intelectual (pe. i.)*, n.º 16, 2004, pp. 55 y ss; y, de este mismo autor, «La responsabilidad de los prestadores de servicios en línea», *Revista de Propiedad Intelectual (pe. i.)*, n.º. 6, 2000, pp. 9 y ss.

¹⁸⁰ Discurso pronunciado por F. GURRY, Director General de la OMPI en la University of Technology de Queensland (Australia) el 25 de febrero de 2011. Documento PR/2011/679, disponible en http://www.wipo.int/pressroom/es/articles/2011/article_0005.html.

La satisfacción de este primer estadio lleva a afirmar que las dos formas de tutela previstas en la Directiva que regula la protección jurídica de las bases de datos son perfectamente aplicables, por separado o conjuntamente, a las páginas y sitios web, siempre que se cumplan una serie de requerimientos adicionales. Dicha tutela de la página web será independiente en todo caso de las posibles formas de protección que, de manera autónoma, pudieran recaer sobre los contenidos alojados en tales páginas.

El derecho de autor es una de estas opciones. En concreto, esta tutela se limita a proteger la interfaz gráfica de usuario de la página web, que permite la organización de los contenidos de esta, siempre y cuando tal interfaz sea original, y se extiende durante un plazo equivalente a la vida del autor más setenta años después de su muerte. Plazo que excede con creces el período medio de explotación de una página web y es por ello bastante criticable. Las páginas web son el mejor ejemplo para comprender cómo el peso actual de cada uno de los cuatro derechos patrimoniales está lejos de parecerse a lo que antaño regía. El derecho de puesta a disposición, en tándem con el de reproducción, gozan de un claro protagonismo, en claro detrimento del resto de potestades. Sin embargo, ello conduce también a que cada vez sea más difícil marcar el lugar en el que ha de colocarse la fina línea fronteriza que separa a ambos. Respecto de estos derechos, el acomodo de la regulación de su transmisión *inter vivos* y de la remuneración por esta, presentes en los arts. 43 y 46 LPI a la práctica habitual en el entorno web necesita de ciertas correcciones. Tampoco puede pasarse por alto el análisis de las prácticas llevadas a cabo en relación con los derechos morales, la falta de aplicación del derecho de acceso a la obra única o rara y la necesidad de acomodo de los derechos de paternidad y de divulgación a los requerimientos del comitente del contrato de encargo de obra.

El derecho *sui generis*, creación única del ordenamiento europeo, es la segunda alternativa, igualmente apropiada y eficaz para tutelar la inversión realizada en el tratamiento del contenido presente en la página web. Su plazo temporal de protección mucho más limitado, pero con posibilidad de renovación, siempre y cuando se lleven a cabo nuevas inversiones merecedoras de protección en la página web originaria. Con ello se consigue una promoción eficaz del proceso de renovación y actualización de los contenidos de las páginas y sitios web. Asimismo, el acomodo de este tipo de tutela al entorno web viene de la mano de las facultades en que se traduce el derecho *sui generis*, con un carácter puramente económico, alejándose, por tanto, de la vertiente moral inherente a todo derecho de autor.

El atractivo que presenta el derecho *sui generis* en el entorno web, junto con la insuficiencia del derecho de autor a la hora de proteger el conjunto del contenido de una página web —más allá de la posible tutela individual que pudiera recaer sobre cada uno de los elementos de este contenido—, parece consolidar la depreciación del requisito tradicional de la originalidad y facilitar un acer-

camiento al criterio del *skill and labour* y del *sweat of the brow* anglosajones. Las bases de datos son el único producto cultural cuya protección pasa por ser integral, tanto en lo original como en lo económico.

Las expectativas de éxito de este nuevo derecho llevaron en su día a la Comisión europea a plantearse la extensión del derecho *sui generis* a futuros productos culturales de la Sociedad de la Información. Observación que llegó a plasmarse en el texto del Libro Verde sobre los derechos de autor y derechos afines en la Sociedad de la Información, de 1995.¹⁸¹ Veremos si la constatada adecuación de esta tutela al actual entorno web sirve en el futuro próximo de aliciente para su extensión a otros productos tecnológicos de reducida originalidad —*kleine Münze*—.¹⁸²

El acomodo, en términos generales, de la protección autoral y, en mayor medida, de la tutela *sui generis*, a las peculiaridades de las páginas y sitios web es prueba del cumplimiento del principio de neutralidad tecnológica que debe guiar la labor del legislador. En definitiva, la eficiencia y utilidad de las normas reguladoras de la materia radica en su aptitud para servir a todas y cada una de las técnicas de producción y utilización de obras intelectuales y prestaciones protegidas, con independencia de las tecnologías empleadas para ello. Solo así la normativa sobre propiedad intelectual logrará ser un auténtico incentivo para el dinamismo cultural, y no un freno a este.¹⁸³ La opinión sostenida en el presente trabajo toma en cuenta estas consideraciones y aboga no ya por regular una protección específica para las páginas y sitios web, sino todo lo contrario. La protección actual se predica plenamente válida, si bien los órga-

¹⁸¹ En el que se decía que este nuevo derecho constituirá el punto de partida de cualquier iniciativa complementaria que se adopte en el futuro en materia de derechos de autor y derechos afines vinculados con la Sociedad de la Información. Libro Verde de la Comisión Europea, de 27 de julio de 1995, sobre los derechos de autor y los derechos afines en la Sociedad de la Información (COM (95) 382 final. No publicado en el Diario Oficial). Disponible en http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:MhHudF_dt8gJ:europa.eu/legislation_summaries/internal_market/businesses/intellectual_property/124152_es.htm+Libro+Verde+sobre+los+derechos+de+autor+y+de+rechos+afines+en+la+sociedad+de+la+informaci%C3%B3n,+de+1995&cd=1&hl=es&ct=clnk&gl=es&source=www.google.es

¹⁸² La proyectada digitalización del patrimonio cultural europeo de las instituciones culturales de la Unión será una buena ocasión para comprobarlo. *Vid.* pp. 16-17 de la citada Comunicación de 24 de mayo de 2011 de la Comisión Europea, COM (2011) 287 final, A Single Market for Intellectual Property Rights. *Vid.* F. GOTZEN y G. MINERO ALEJANDRE, «Comentario a la estrategia de la Comisión Europea para 2011-2014 en materia de propiedad intelectual, «Un mercado común para los derechos de propiedad intelectual», *Revista de Propiedad Intelectual* (pe. i.), núm. 38, 2011, pp. 131-132.

¹⁸³ Este problema no es nuevo. A lo largo de la historia, la noción de propiedad intelectual, su objeto y extensión ha variado, a medida que se producían cambios sociales que introducían variaciones en su justificación antropológica y social. Así, la propia imprenta supuso en su día un fuerte cuestionamiento de la propiedad de los manuscritos donde se acumulaba el saber cultural. La democratización del acceso a las fuentes de conocimiento y la reacción, más allá de la posesión del escrito originario o de sus pocas copias manuales, fue considerada en su día poco menos que una creación diabólica. Ese mismo paradigma se puede apreciar en la revolución tecnológica actual y su consiguiente desmaterialización de las creaciones culturales.

nos jurisdiccionales españoles han de tomar de en consideración algunas de las interesantes teorías que ya rigen en la doctrina jurisprudencial de varios de nuestros socios europeos.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- T. APLIN, «The EU Database Directive: Taking Stock», en *New Directions in Copyright Law*. Volume 2, F. MACMILLAN (coord.), Edward Elgar, Massachusetts, 2006.
- T. BALLARINO, «Banche dati, diritto internazionale privato e trattamento dello straniero», *AIDA*, VI, 1997.
- E. BATALLER RUIZ, *El derecho sui generis sobre bases de datos. Génesis, evolución y perspectivas*, Navarra, Aranzadi, 2009.
- «Últimas sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas sobre el derecho *sui generis* sobre las bases de datos», *Revista de Derecho y nuevas tecnologías*, n° 20, 2009 (3).
- R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, «Título VIII. Derecho *sui generis* sobre las bases de datos», en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), 3ª edición, Tecnos, Madrid, 2007.
- «Comentario al Título VIII», en R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Tecnos, 2007.
- «Comentario al artículo 133», en R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Tecnos, 2007.
- «La protección jurídica de las bases de datos», *Revista de propiedad intelectual (pe. i.)*, n° 1, 1999.
- J.-M. BRUGUIÈRE, «Commentaire a les arrêts de la Cour de Cassation, 1re civile, de 12 de mayo de 2011 et n° 09-12536 y n° 10-17852», *Propriétés Intellectuelles*, 2011, julio, n° 40.
- P. CÁMARA ÁGUILA, *El derecho moral de autor. Con especial referencia a su configuración y ejercicio tras la muerte del autor*, Comares, Granada, 1998.
- S. CÁMARA LAPUENTE, «Últimas orientaciones internacionales sobre la protección jurídica de las bases de datos», *Autor y Derecho, Ciberrevista sobre propiedad intelectual*, vol. 1, 2000-2001.
- «El nuevo derecho *sui generis* sobre bases de datos», en *Actualidad Civil*, n° 3, 1999.
- R. CASAS VALLÉS, «The requirement of originality», en *Research Handbook on the Future of EU Copyright*, Research Handbooks in Intellectual Property, ed. E. DERCLAYE, Edward Elgar, Cheltenham, UK, 2009.
- P. CERINA, «The Originality Requirement in the Protection of Databases in Europe and in the United States», en *IIC*, 1993, Vol. 5.
- S. CHALTON, «The effect of the EC Database Directive on the United Kingdom Copyright Law in relation to databases. A comparison of features», *EIPR*, 1997, Vol. 19.
- A. COBO, P. GÓMEZ, D. PÉREZ, R. ROCHA, *PHP y MySQL, Tecnologías para el desarrollo de aplicaciones web*, Ediciones Díaz de Santos, Madrid, 2005.
- M. J. DAVISON, *The legal protection of databases*, Cambridge Studies in Intellectual Property Rights, Cambridge University Press, 2003.
- E. DE ARESTI GUTIÉRREZ, «La protección jurídica de las bases de datos en la Comunidad Europea», en AA.VV., *La armonización de los derechos de propiedad intelectual en la Comunidad Europea*, Ministerio de Cultura, Madrid, 1993.

- S. DENOIX DE SAINT MARC, *Le contrat de command en droit d'auteur français*, París, Litec, 2000.
- E. DERCLAYE, «Intellectual Property Rights on Information and Market Power: Comparing the European and American Protections of Databases», *IIC*, 2007, n° 3.
- «Database Sui Generis: What Is A Substantial Investment? A Tentative Definition», *IIC*, 2005, Vol. 36.
- «What is a Database? A Critical Analysis of the Definition of a Database in the European Database Directive and Suggestions for an International Definition», *The Journal of World Intellectual Property Organization*, 2001.
- R. EVANGELIO LLORCA, *El encargo de obra intelectual*, Madrid, Dykinson, 2006, Madrid.
- I. GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, «Comentario al artículo 160 LPI», en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), Tecnos, 2007.
- A. GONZÁLEZ GOZALO, «La protección de las páginas y sitios web a través de la propiedad intelectual», *Revista de Propiedad Intelectual (pe. i.)*, núm. 8, 2001, p. 82.
- J. GASTER, «Zur anstehenden Umsetzung der EG-Datenbankrichtlinie (II)», *Computer und Recht*, 1997.
- M. C. GETE-ALONSO Y CALERA, «Comentario al artículo 43», en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual, opus cit.*, 2007.
- C. GIELEN, «Netherlands: Database Rights: Unlicensed Data Mining», *European Intellectual Property Review*, 2002, 24 (8).
- J. GINSBURG, «The US initiatives to protect Works of low authorship», en R. COOPER DREYFURR, D. LEENHEER ZIMMERMAN y H. D. FIRST (eds.), *Innovation Policy for the Knowledge Society*, New York, Oxford University Press, 2001.
- «No “Sweat”? Copyright and Other Protection of Works of Information after Feist v. Rural Telephone», en *Columbia Law Review*, 1992.
- F. GOTZEN, «The Industrial Property Right Protection of the Producer of a Database. Some Reflections in the Future of European and Japanese Protection Schemes», *Institute for Intellectual Property Bulletin*, 2007, Tokyo.
- P. B. HUGENHOLTZ, *Program Schedules, Event Data and Telephone Subscriber Listings under the Database Directive. The Spin-Off Doctrine in the Netherlands and elsewhere in Europe*, Fordham University School of Law, Eleventh Annual Conference on International IP Law & Policy, New York, 2003.
- *The New Database Right: Early Case Law from Europe*, Fordham University School of Law, Ninth Annual Conference on International IP Law & Policy, New York, 2001.
- P. KARIMA, «Portée de la protection par *copyright* de l'interface d'un logiciel», *Communication-Commerce Electronique*, febrero 2005, n° 2.
- G. KOUMANTOS, «Les bases de données dans la directive communautaire», *RIDA*, n° 171, 1997.
- A. KUR, R. M. HILTY, C. GEIGER & M. LEISTNER, «First Evaluation of Directive 96/9/EC on the Legal Protection of Databases», *Comment by Max Planck Institut for Intellectual Property, Competition and Tax Law*, *IIC*, 2006, n° 37.
- M. LEHMANN, *Internet— und Multimediarecht (Cyberlaw)*, Stuttgart, Schäffer/Poeschel Verlag, 1997.
- M. LEISTNER, «The Protection of Databases», en *Research Handbook on the Future of the EU Copyright, Research Handbooks in Intellectual Property*, E. DERCLAYE (COORD.), Edward Elgar, UK, 2009.
- «Legal Protection for the Database Maker-Initial Experience from a German Point of View», *IIC*, 2002, n° 33.

- «*Der Rechtsschutz von Datenbanken im deutschen und europäischen Recht*», Múnich, 2000, Ed. C. H. Beck.
- I. J. LLOYD, *Information Technology Law*, Oxford, Oxford University Press, 2011, 6ª ed.
- E.-J. LOUWERS y S. T. CHOW, *International Computer Law. A practical Guide to International Information Technology Law*, Lexis Nexis, 2009.
- A. LUCAS, *Droit d'auteur et numérique*, Litec, París, 1998.
- A. LUCAS-SCHLOETTER, «La creación salaríada et le droit contractuel d'auteur. Étude de droit comparé», *Revista de propiedad intelectual (pe. i.)*, nº 21, 2005.
- J. J. MARÍN LÓPEZ, *La protección de las bases de datos por el derecho de propiedad intelectual en la praxis reciente del Tribunal Supremo*, Comunicaciones en Propiedad Industrial y Derecho de la Competencia, nº 53, marzo de 2009.
- H. MACQUEEN, «Copyright and the Internet», en *Law and the Internet: A Framework for Electronic Commerce*, L. EDWARDS y T. WAELDE (dir.), Hart Publishing, Oxford, 2000.
- P. MARTÍNEZ ESPÍN, «Comentario al artículo 14», en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual, opus cit.*, 1997.
- G. MINERO ALEJANDRE, «Protección jurídica de las bases de datos: estudio de la aplicación de la Directiva 96/9/CE tres lustros después de su aprobación y comentario a la primera evaluación realizada por la Comisión europea en 2005», *Revista de propiedad intelectual (pe. i.)*, nº 37, 2011.
- «Protección jurídica de las páginas web. ¿Aplicación de la regulación de la tutela de las bases de datos?», *CEF Legal*, nº 129, 2011.
- A. MUSATTI, «Obbligazione e ispirazione nel fare dell'autore», *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, 1931, Vol. I.
- J. H. REICHMANN, «La guerra delle banche dati. Riflessioni sulla situazione americana», en *Annali Italiani del Diritto d'Autore, della cultura e dello spettacolo*, núm. VI, 1997.
- J. M. RODRÍGUEZ TAPIA, «Comentario al artículo 51», en R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Tecnos, 2007.
- F. BONDÍA ROMÁN, *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Madrid, Civitas, 1997.
- G. SCHRICKER, *Urheberrecht, Kommentar*, 2ª edición, C.H. Beck, Munich, 1999.
- P. SIRINELLI, «Commentaire a l'arrêt de la Cour de Justice de l'Union Européenne (3^{ème} chambre) su 22 décembre 2010», *RIDA*, 2011, janvier, nº 227.
- A. STROWEL y E. DERCLAYE, *Droit d'auteur et numérique*, Bruylant, Bruselas, 2001.
- S. VON LEWINSKI, «Database Directive», en «*European Copyright Law. A Commentary*», Oxford University Press, New York, 2010.