

La protección jurídica de las páginas web

FERNANDO PANTALEÓN PRIETO
Catedrático de Derecho Civil UAM
Socio de Garrigues-Andersen

ANA SOLER PRESAS
Profesora Propia de Derecho Civil UPCO
Colaboradora de Garrigues-Andersen

INDICE: I. *Introducción.*—II. *Algunas precisiones técnicas.*—III. *La elaboración de un sitio web.*—IV. *La protección de la página web como «obra de autor»:* 4.1 Requisitos para obtener la protección del derecho de autor. 4.2 La adecuación de la normativa sobre propiedad intelectual al entorno digital. 4.3 La calificación de la página web a efectos de su ubicación en el TRLPI. 4.4 El problema de la autoría de un sitio web.—V. *Propuestas para solucionar los problemas más frecuentes entre «web-masters» y clientes:* 5.1 Incidencias durante la elaboración de la página web. El desistimiento unilateral. 5.2 Terminada la obra: a) ¿Qué defensa tiene el *web-master* frente a un cliente que no paga? b) El derecho de retirada de la obra. c) La pretensión del cliente de cesión de los elementos empleados en la elaboración del sitio. d) La actualización del *web-site*. El derecho de retención. e) La eficacia de la renuncia del *web-master* a los derechos morales sobre su obra.—VI. *La protección del cesionario de los derechos de propiedad intelectual.*—VII. *Conclusiones.*

I. INTRODUCCIÓN

Con la eclosión del uso de (la) Internet, fruto fundamentalmente de su utilización con fines comerciales, ha surgido una nueva industria cuyos intereses, obviamente aún desconocidos por el legislador, han llamado nuestra atención: nos referimos a la elaboración de las páginas web, esto es, a la labor de los que, de forma poco ortodoxa, denominaremos *web-masters*¹. Son éstos los verdaderos arquitectos de la red, quienes crean, estructuran y enlazan los documentos que conforman la *www* y nos permiten «navegar» por ella. Muchos, todavía, trabajan de forma autónoma. Otros se integran en

¹ Después veremos los distintos perfiles profesionales que se cobijan bajo esta denominación tan genérica. *Infra* apartado III.

empresas, cada vez más potentes, encargadas de la implantación de negocios ajenos en la red.

Los problemas derivados de su peculiar actividad han de tener solución jurídica pero ¿cuál es ésta?

Si el conflicto se plantea entre *web-masters* que operan en un mismo mercado, los criterios de solución se encontrarán, probablemente, en el derecho de la competencia. Este tipo de conflictos, con diferencia el más relevante entre los que utilizan la web (y la página web como vehículo) para hacer negocios en la red (entre los clientes, en definitiva, del *web-master*); no suele, sin embargo, ser el más denunciado por los creadores de una página web y aun cuando estuviéramos ante un conflicto propio de este ámbito (*i.e.* cliente se lleva diseño a la competencia), la protección que la citada normativa puede otorgar al *web-master* es, con toda probabilidad, ineficaz².

En la práctica, los principales conflictos con los que se enfrenta el *web-master* los suscita su cliente. Siendo este el caso, el de un conflicto entre dos partes vinculadas por una relación jurídica en cuya virtud una encarga a la otra la elaboración de un determinado producto, la solución habría de buscarse en el derecho de obligaciones y contratos. Sin duda, pero ¿exactamente dónde? ¿cuál es el régimen jurídico que mejor responde a los intereses en juego? En principio, parece que el del contrato de obra pero ¿no se altera sustancialmente este régimen cuando el producto elaborado y, consecuentemente, su creador, merecen la protección del derecho de autor?

Parece que sí, y buena prueba de ello es la remisión que la Ley General de Publicidad (LGP) establece al Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (TRLPI) cuando la creación publicitaria reúna los requisitos necesarios para merecer la protección del derecho de autor, indicando así al operador jurídico el marco normativo donde buscar el régimen jurídico de estas especiales creaciones. En definitiva, siempre que nos encontremos ante un producto elaborado por encargo en el que puedan confluir caracteres estéticos y utilitarios o prácticos se nos planteará el mismo conflicto que, para el caso de las páginas web, está aún pendiente de solución.

Con este artículo pretendemos definir ese marco jurídico básico regulador de las relaciones entre el cliente y el *web-master*. Sólo así podremos anticipar la validez de los pactos que entre ellos quieran

² Porque internet es universal y la normativa sobre competencia difiere sustancialmente de un sistema jurídico a otro.

establecer y, lo que será más frecuente, apuntar la solución a sus conflictos cuando nada hayan previsto al respecto.

Para ello comenzaremos con unas breves y elementales notas sobre Internet y la w.w.w., necesarias para situar al lector en el contexto en que nos movemos (II). Continuaremos detallando cómo se elabora una página web, pues sólo así podremos luego intentar calificarla a efectos de su ubicación normativa (III).

Inmediatamente después, y porque, como decíamos, las dudas sobre el régimen jurídico oportuno nos surgirán cuando la página web sea, además de un producto que cumple fines utilitarios, una «creación intelectual», analizaremos qué requisitos ha de cumplir una página web para merecer la protección del derecho de autor (IV. 4. 1); si nuestra actual normativa de propiedad intelectual se adapta al entorno digital al que pertenece la red (IV. 4. 2); si, visto en qué consiste una página web, podemos ubicarla en el catálogo de obras protegidas del TRLPI a fin de determinar el régimen de los derechos de propiedad intelectual sobre el sitio web (IV. 4. 3), y, con la misma finalidad, si los regímenes de autoría previstos en el TRLPI se ajustan a la realidad de una página web y responden, equilibradamente, a los intereses en juego (IV. 4.4).

Al concluir cada uno de los apartados anteriores, sugeriremos las reformas que, en determinados puntos, pudiera precisar nuestro TRLPI para amparar adecuadamente en su ámbito estas nuevas creaciones de autor.

Sólo entonces, cuando conozcamos las peculiaridades normativas derivadas de la consideración de la obra como objeto de propiedad intelectual, podremos intentar resolver algunos de los problemas que frecuentemente enfrentan a creadores y clientes: los derivados de la decisión de una u otra parte de poner fin a la relación jurídica antes de concluir la página (V. 5. 1); qué defensa tiene el *web-master* cuando, concluida la obra, el cliente no paga (V. 5. 2 a); si la cesión de la titularidad de la obra supone también la de todos los elementos necesarios para su elaboración, de manera que el cliente puede impedir su reutilización en la elaboración de otras páginas web (V. 5.2. c); o, por ejemplo, los derivados de la actualización, posterior, del *web-site* (V. 5.2. d).

Finalmente, y para concluir, apuntaremos el interés que para el cliente-comitente puede tener la cesión de los derechos de propiedad intelectual sobre la página web (VI).

II. ALGUNAS PRECISIONES TÉCNICAS

Como decíamos en la introducción, creemos conveniente precisar algunas nociones técnicas, simplificadas al máximo, para centrar el objeto de nuestro estudio y convenir la terminología³.

Convengamos, pues, que la internet es un conjunto de ordenadores (servidores) comunicados entre sí gracias a un lenguaje común, el protocolo TCP/IP⁴. Estos servidores ofrecen distintos servicios a los ordenadores-clientes de los usuarios, empezando por el de conexión a la red que se operará gracias a la línea telefónica. Para acceder a la red, por tanto, el usuario necesita un ordenador⁵, un módem –que permite conectar el ordenador a la línea telefónica–, y un proveedor de acceso o servidor⁶.

La red ofrece al usuario distintos usos o aplicaciones, siendo el correo electrónico y la World Wide Web, las más conocidas de todas⁷. La w.w.w. es un método dinámico y fácilmente comprensible de conexión de documentos⁸. Cada uno de estos documentos, denominados *web-site*, está a su vez compuesto por una o múltiples páginas web. Para alojarse en la red, el documento ha debido respetar un protocolo añadido al general de internet, el *hyper text transfer protocol* («http»).

Se trata, pues, de un sistema integrado de documentos hipertextuales⁹, que pueden consultarse aisladamente (tecleando su direc-

³ Una exposición algo más detallada de cada uno de los conceptos técnicos que aquí vamos a manejar puede verse en P. A. de Miguel Asensio, *Derecho privado de Internet*, Madrid, 2000.

⁴ Un protocolo es una serie de reglas comunmente acordadas o un procedimiento formalizado a seguir para recibir y transmitir datos. El protocolo general de internet es el *Transmission Control Protocol* (que se encarga de dividir la información que se pretende transmitir en unidades menores)/*Internet Protocol* (que señala la información que quiere transmitirse con el número IP que identifica al destinatario de la misma), al que se añade otro específico para cada una de las aplicaciones de internet («http» para la www; «mailto» para el correo electrónico; «ftp» para copiar y recuperar archivos de un ordenador remoto etc.).

⁵ Dotado con el necesario *software*, denominado «navegador» o programa cliente, que permite acceder a los documentos alojados en la www y alberga el *e-mail*. Este *software* lo proporcionan normalmente los servidores, pudiéndose obtener, también gratuitamente, *on-line* o con la compra de revistas de informática o de programas de ordenador. Los más conocidos son *Microsoft Internet Explorer* y *Netscape Navigator*.

⁶ Plataformas de acceso a internet o servidores, son, en España, por ejemplo, Airtelnet, Infovía-Plus, Interpista, Jazztel, Retenet, o Uni2.

⁷ Aunque los *chats* (foros de conversación) y los foros de discusión (sobre temas determinados, donde se participa enviando mensajes o documentos que serán contestados de forma estructurada) les siguen de cerca. Otras aplicaciones son telnet (permite conectar con ordenadores remotos para consultar los recursos de una determinada organización o institución); el sistema de transferencia de archivos (que permite recuperar archivos ofrecidos por un ordenador remoto) y gopher (versión anterior y más limitada de la actual www).

⁸ En palabras de su impulsor, Tim Berners-Lee, es un sistema universal, abierto y no jerárquico de compartir información.

⁹ Entendiendo por tales aquellos que permiten ser consultados de forma no secuencial, de acuerdo con el interés, arbitrario, del visitante.

ción electrónica en la barra de direcciones que ofrece el navegador) ¹⁰ o accediendo a través de otros documentos con los que guarden relación, temática o de otra índole, mediante la activación con el cursor de los vínculos que les ligan ¹¹.

¿Cómo se aloja el documento en la red? Normalmente, remitiéndolo a un ordenador-anfitrión que ofrezca este servicio («hosting») y cuyo código numérico de identificación en la red conformará la base de la dirección electrónica del documento. Para que la página web sea visitada, conviene enlazarla con algún buscador, que la introducirá en su base de datos de forma gratuita o muy barata ¹², clasificándola según los temas que aparecen en su cabecera. Y, para mayor difusión, no está de más incluirla en algún portal específico ¹³.

Si tuviéramos que ubicar la w.w.w. en alguna categoría conocida, diríamos que es un nuevo medio de comunicación, pero para inmediatamente advertir que su utilización comercial la ha convertido en algo más: es un mercado en sí misma, y que, cuando no están presentes dichos intereses comerciales ¹⁴, la red es un canal de comunicación absolutamente privilegiado, porque permite consultar una ingente cantidad de información, seleccionar únicamente lo que al usuario le interese y opinar, públicamente, sin (apenas) coste ni censura, sobre cualquier tema.

Una vez situados en el contexto apropiado, pasamos a analizar, brevemente, qué es un sitio web: cómo se elabora, quiénes intervienen y cómo se organiza el trabajo para dar con el resultado perseguido.

III. LA ELABORACIÓN DE UN SITIO WEB ¹⁵

Hemos dicho antes que un sitio web es uno, de los tantos, documentos que integran la w.w.w. Cada documento estará, a su vez,

¹⁰ Dirección electrónica o URL (*Unified Resources Locator*), única y exclusiva para cada documento web. En la misma se especifica la aplicación electrónica deseada, mediante el protocolo correspondiente (en nuestro caso, «http»), la dirección concreta del ordenador con el que se quiere conectar y la referencia al documento concreto que se quiere consultar.

¹¹ Es la forma más común de acceder a los documentos y la que da significado al término «navegar» por la red. Otra forma eficaz de localizar un documento consiste en recurrir a buscadores o directorios, lo que no excluye que, una vez localizados sitios web relacionados con la consulta cursada por el usuario, se desplace éste de unos a otros y dentro de cada uno activando los vínculos que estructuran el documento y lo relacionan con otros.

¹² Véase, por ejemplo, la lista que facilita *buscopio*, en www.inicia.es.

¹³ Un portal es una internet en pequeño. Son webs con grandes volúmenes de información que se organizan por canales temáticos.

¹⁴ Porque se trate de *web-sites* que sólo pretendan la difusión de conocimientos o el intercambio de información sobre los temas más variados: educativos, científicos, ocio y esparcimiento, etc.

¹⁵ Este apartado ha sido redactado según las explicaciones y (paciente) supervisión de un experto en la materia: Francisco Domínguez, ingeniero-consultor de internet en «Information Republic, S. L.».

compuesto de una o varias páginas web, razón por la que habitualmente se utilizan ambos términos como sinónimos.

Pues bien, cada página web, una vez pensada y estructurada, se redacta, normalmente, en un lenguaje especial: el *hyper text markup language* (HTML). Se trata de un lenguaje altamente comprensible por el hombre que encierra las instrucciones entre corchetes o marcadores (*tags*), de manera que un ordenador dotado con un programa especial (*browser*) pueda interpretarlas y ejecutarlas.

Veamos un ejemplo: la mayoría de las instrucciones van por parejas, de manera que para indicar al ordenador que lo ofrecido es el encabezado de la página, se tecleará

```
<HTML>
<HEAD> (comienzo del encabezado)
<TITLE> LA PROTECCIÓN JURÍDICA DEL WEB-SITE </TITLE>
</HEAD> (fin del encabezado)
<HR> (horizontal rule = línea en blanco)
<P> (párrafo)
```

Decíamos que normalmente se utilizará el lenguaje html por que es el básico. Ahora bien, si se quiere o precisa un *web-site* más sofisticado, se incluirán en su código aplicaciones informáticas como los *applets* de java o los *active x*, por poner ejemplos, que permiten realizar cálculos matemáticos, personalizar la página web según quién sea el visitante, darle acceso a bases de datos, incluir animaciones, etc.¹⁶

Para elaborar una página web no hace falta ser un especialista. Ni siquiera son precisos conocimientos informáticos. Muchos portales o directorios ofrecen modelos estandarizados para que el usuario se construya su página. Si se quiere ser más original, encontramos en la red (o incluyen los mismos navegadores), de forma gratuita, programas que con unas mínimas y sencillas instrucciones redactan y editan el código html de la página. Y, lo que viene a ser más habitual, podemos limitarnos a copiar el código de una página que nos guste¹⁷ para reproducirla de forma más o menos fiel¹⁸.

¹⁶ Muchos de estos pequeños programas se ofrecen gratuitamente *on-line*, por ejemplo en *La Agenda; Es gratis* o *Maestros del web*.

¹⁷ Si el navegador es Netscape, basta con abrir el comando «código página» del menú «ver»; si es Microsoft Explorer, abrir «código fuente» en el menú «ver». En ambos podemos seleccionar «guardar como-archivo html» del menú «archivo» para almacenar en el disco duro el código html de la página

¹⁸ Es difícil que la copia sea exacta porque la operación antes indicada no permite copiar las imágenes ni los archivos asociados al código (básico) en html.

Esta actividad está considerada, entre los *web-masters*, como un uso perfectamente lícito de la página ¹⁹. Semejante opinión escandalizará, probablemente, a una mente jurídica, pero una vez meditada resulta perfectamente razonable: bastará con recordar que mediante este procedimiento se pueden «copiar» solamente páginas sencillas y, por tanto, rara vez originales, y que, en todo caso, la copia resultante, al no poderse reproducir fácilmente los elementos más significativos de la original, diferirá sustancialmente de ésta ²⁰.

A pesar de todas estas posibilidades técnicas, el *amateur* que se lanza a construir una página web conseguirá, en la práctica totalidad de los casos, elaborar únicamente un sitio estático y de apariencia estandarizada ²¹. Si quiere algo más, y lo querrá si se trata de un empresario que quiere implantarse en la red, deberá acudir a un profesional.

Éstos pueden limitarse a dotar al sitio web estático de mayor vistosidad, a guiar la elección de un dominio de primer nivel y a elegir un servidor fiable. Para todo ello, basta con tener un pequeño «taller» de impresión gráfica y cierta experiencia.

Pero es más frecuente que se les requiera para elaborar sitios verdaderamente complejos, como son los llamados dinámicos o los (también dinámicos) «ultra-conectados». Ambos brindan la posibilidad de interactuar con el usuario, esto es, permiten realizar algún tipo de función en virtud de los datos que, a través de internet, introduzcamos. Para ello, el servidor donde se encuentra alojado el sitio debe estar conectado con un mecanismo capaz de realizar con los datos introducidos por el usuario las tareas descritas, generando así páginas web *ad-hoc*. El concepto de página, como vemos, varía, pues deja de ser un elemento estático para aproximarse a una suerte de plantilla.

Si este sitio dinámico se completa con módulos de comercio electrónico, obtendremos lo que en el *argot* de la web se conoce

¹⁹ «A pesar de los argumentos técnicos en contrario que ofrece el *copyright*, debe admitirse que la cultura de la web y su desarrollo ha propiciado el acceso y préstamo de los códigos en html que forman la base de los web-sites. Los usos y la práctica de la web constituyen un sólido argumento a favor de la tesis que sostiene la existencia de una licencia implícita que permite la visualización, copia y uso de los códigos html encontrados en los sitios de la web». Así se expresa un experto en la materia, J. ROSENOER, en *Cyberlaw. The Law of the Internet*, p. 9.

²⁰ Es importante precisar aquí que lo permitido es la reproducción (copia) del código básico no, obviamente, la alteración de la página copiada, que permanece intacta en su URL.

²¹ Se denomina «estático» al sitio web que no puede actualizarse o modificarse de forma automática; que para modificarse hay que acceder al servidor y cambiar la página.

como sitio «ultra conectado» que requiere, sin excepción, la intervención de profesionales altamente cualificados.

Los módulos a los que nos referimos son los que sirven para realizar, entre otras, las siguientes tareas:

- Las identificaciones electrónicas para pagos a través de la red.
- La automatización del correo electrónico recibido por el sitio (*Mail management system*), que evita descuidar la atención al usuario.
- La recogida de datos sobre el usuario (*Tracking systems*), que permite obtener valiosa información sobre la localización del usuario y el uso que hace del sistema, de cara a su mejora técnica o de contenidos.
- La conexión a redes internas (intranets) y/o a los sistemas de administración de empresas, para mantener coordinada la actividad de la empresa con la información que se ofrece en el sitio.
- El sistema de seguridad: barreras, sistemas de refuerzo, servidores seguros, etc.

El proceso de elaboración de un sitio web comienza con la determinación del tipo de sitio requerido por el cliente. Para ello, ha de concretarse la actividad que el mismo quiera desarrollar en la red y diseñarse una estrategia de implantación, progresiva, en la misma. Es esta una labor típica de consultoría, aunque aplicada al mercado virtual. Con esta estrategia en la mano, el Director del Proyecto decidirá qué recursos, tanto humanos como técnico-económicos, son necesarios, determinará los puntos clave y el calendario y coordinará la labor de todo el equipo. En definitiva, asumirá el rol del cliente en el proceso de elaboración, pues a él le corresponde rendirle cuentas sobre la marcha del proyecto.

Comienza entonces la labor de los creativos y de los técnicos. Entre ellos, destaca el denominado Arquitecto de la Información, un perfil profesional a caballo entre unos y otros que se ocupa, fundamentalmente, de defender los intereses del usuario a lo largo de todo el proceso de construcción del sitio. Se encarga, por tanto, de que los contenidos y la funcionalidad del sitio se presenten al usuario de forma coherente y atractiva. El resultado de su trabajo es un mapa del sitio web donde, esquemáticamente, se presentan sus distintas secciones, la ubicación y presentación de los contenidos, el desglose y manejo de las distintas funciones y los enlaces internos y externos del documento.

Sólo queda, alcanzado este punto, que el equipo creativo y técnico desarrolle el trabajo del AI. Los creativos darán forma a sus ideas respetando, siempre, las limitaciones impuestas por la técnica (del propio lenguaje de programación y del ancho de banda). Los técnicos deberán sacar el máximo partido posible al código y crear la

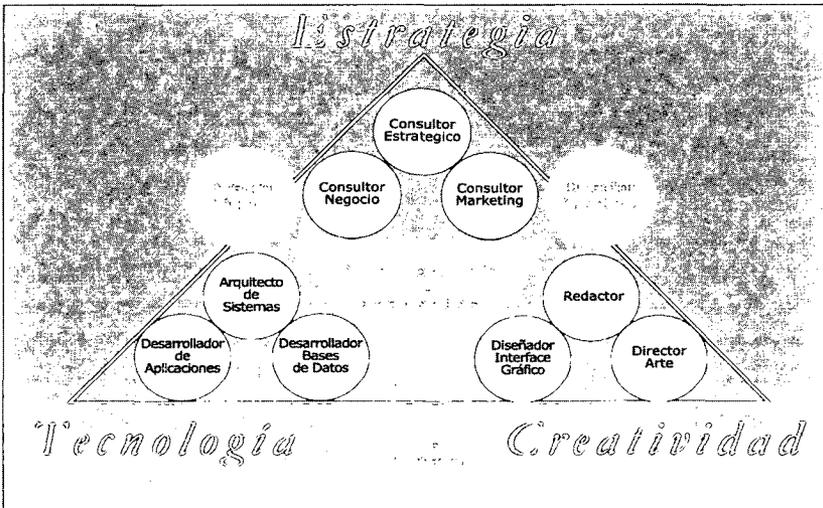
programación necesaria que soporte la funcionalidad del sitio. El trabajo de unos y otros es minuciosamente supervisado por el AI y por el Director del Proyecto quien, finalmente, lo presenta al cliente.

A continuación incluimos dos cuadros donde pueden apreciarse las distintas fases en la elaboración de un sitio web y los distintos perfiles profesionales involucrados en el proceso ²².

FASES Y PROCESOS

		Contratación Servicio	Fase I	Fase II	Fase III	Fase IV	Fase V	
DISCIPLINAS	Desarrollo Negocio							
	Gestión Clientes							
	Gestión Proyectos							
	Estrategas/ Consultores		Definición del negocio	Análisis de contenidos	Requisitos tecnológicos	Especificaciones detalladas	Pre-Desarrollo	Desarrollo
	Consultores Marketing		Estrategia de negocio	Análisis de contenidos	Requisitos tecnológicos	Especificaciones detalladas	Pre-Desarrollo	Desarrollo
	Arquitectos Información							
	Creatividad Diseño Gráfico							
	Ingeniería/Sistemas							
	Control de Calidad							
	Conocimientos Acumulados		Definición Estratégica	Definición Tecnológica	Definición Especificaciones			Desarrollo On-Line

EQUIPOS DE TRABAJO (ROLES) Y RELACIONES



²² Ambos cuadros han sido realizados y amablemente cedidos por Francisco Domínguez.

De la descripción del proceso de elaboración del sitio concluimos que es el Arquitecto de la Información quien, con las limitaciones impuestas por la estrategia y por la tecnología, idea y supervisa el desarrollo del sitio web. Es, pues, el profesional que aquí nos interesa y al que hemos denominado *web-master*. Somos conscientes de que es esta una categoría muy general, que puede utilizarse para designar a quienes realizan tareas muy alejadas de las que nos preocupan en este trabajo (*i.e.* mantenimiento puntual de la conexión del sitio con el servidor; actualización rutinaria de contenidos, etc.). Pero una vez aclarada la labor profesional a la que nos estamos refiriendo, nos parece el de *web-master* un término menos equívoco que el de Arquitecto de la Información, porque esta figura, como tal, sólo existirá en empresas de grandes dimensiones: en otras muchas, las tareas propias del AI las realizará el mismo Director del Proyecto o, por qué no, el Director de Arte.

Pues bien, el mapa del sitio presentado por el AI es ya, como vemos, un producto utilitario, sí, pero también indiscutiblemente creativo. Cuanto más lo será el sitio web una vez desarrollado. ¿Podemos protegerlo, pues, con el derecho de autor? De ello nos ocupamos inmediatamente.

IV. LA PROTECCIÓN DE LA PÁGINA WEB COMO «OBRA DE AUTOR»

4.1 Requisitos para obtener la protección del derecho de autor

Un *web-site*, como toda obra que aspire a este tipo de protección, sólo ha de reunir un requisito para merecer la protección del derecho de autor: ha de ser una creación intelectual *original*²³.

La originalidad exigida en nuestro sistema de derecho de autor (y en todos los estudiados, salvo el japonés²⁴), es meramente subjetiva: no se exige que la obra sea novedosa, como requeriría la legislación sobre propiedad industrial; ni, tampoco, un mérito artístico o altura creativa (que sería muy difícil juzgar)²⁵. Basta con que

²³ No precisa ni mención de reserva de derechos ni registro, aunque sean herramientas muy útiles para asentar la prueba de la titularidad de la obra.

²⁴ Sobre el mismo, *vid.* M. J. BASTIAN, «Protection of “non-creative” databases: harmonization of the United States foreign and international law», 22, *Boston College of International & Comparative Law Review* (1999), pp. 425 ss.

²⁵ La jurisprudencia alemana exigió, en un principio, un alto nivel creativo para considerar que un producto utilitario, como es un programa de ordenador, pueda ser también una «obra» susceptible de ser protegida por el derecho de autor. En el famoso caso *Inkasso-*

sea una creación propia de su autor: que sea el resultado de su esfuerzo creativo, no del plagio de las obras de otros ²⁶.

Original será, pues, toda obra que refleje la subjetividad de su autor. Con todo, casi ninguna es absolutamente original: en la práctica totalidad de los casos apreciaremos sólo algún elemento que personalice la obra; los demás obedecerán a imperativos externos, como puedan ser, en nuestro caso, los tecnológicos o los devenidos estándar en el tratamiento de un asunto (*scenes à faire*) ²⁷.

Si de lo que se trata es de apreciar si la obra ha sido plagiada, tendrá el juzgador que suprimir, mentalmente, todos esos elementos impuestos que el creador no ha podido seleccionar al integrarlos en su obra para aislar así aquello que de original pueda tener el producto ²⁸. Corresponde al demandante acreditar que precisamente

programm (87, GRUR 1985, p. 1041) requirió, en concreto, que se demostrara que el programador había empleado en el desarrollo del producto unos conocimientos superiores a los propios de un programador medio. Esta exigencia, duramente criticada por la doctrina, fue matizada en un caso posterior [*Betriebssystem* (BGH 4-10-1990, GRUR 1991, p. 449)] y completamente abandonada tras la incorporación al sistema jurídico alemán de la Directiva 91/250 CEE del Consejo, de 14 de mayo de 1991, sobre la protección jurídica de programas de ordenador. En su artículo 1.3, en clara alusión a la polémica suscitada en Alemania, aclara la Directiva que «el programa de ordenador quedará protegido si fuere original en el sentido de que sea una creación intelectual propia de su autor. No se aplicará ningún otro criterio para conceder la protección». La evolución de la jurisprudencia alemana en este tema la estudian con detenimiento J. DREXL, «What is protected in a computer program?», *IIC Studies*, vol. 15, 1994, pp. 43 ss.; y, en castellano, M. A. BOUZÁ LÓPEZ, *La protección jurídica de los videojuegos*, Madrid 1997, pp. 102 ss.

²⁶ Este estándar ya está fijado en la normativa comunitaria reguladora de la propiedad intelectual de obras con soporte electrónico, como son los programas de ordenador antes referidos y, también, las bases de datos (*vid.* Directiva 96/9/CE, de 11 de marzo de 1996, art. 3.1), normativa ya incorporada en nuestro Texto Refundido de Ley de Propiedad Intelectual de 12 de abril de 1996 (en adelante TRLPI); aunque era ya el preponderante en el entorno analógico. Sobre el tema, *vid.* J. C. ERDOZAIN LÓPEZ, «Sobre el concepto de originalidad en el derecho de autor», *Pe. i.*, 1999, pp. 55 ss.

²⁷ *I. e.* la tipografía azul, para resaltar un vínculo.

²⁸ Es la técnica de filtros ya esbozada por el juez Learned Hand para obras literarias [en *Anne Nichols v. Universal Pictures Corp.*, *Carl Laenule & Harry Pollard* (7 USPQ 2nd Cir. 1930, p. 84)] y desarrollada por los jueces Keeton y Walker para programas de ordenador y videojuegos [en *Lotus Development Corp. v. Paperback Software International* (740 F. Supp. 37 D Mass. 1990) y *Computer Associates v. Altai* (982 Fd.2 693 2nd Cir. 1992), respectivamente]. La idea de Learned Hand era, en teoría, sencilla: nos decía que en toda obra pueden encajar a la perfección un gran número de patrones generales que han de ser eliminados para limitar la protección a lo particular de la obra, si es que lo tiene; que hay un punto en el proceso de abstracción a partir del cual no puede avanzarse la protección, porque nos adentramos en el campo de las ideas y abandonamos el de su expresión concreta. Pero en la práctica las cosas se complican porque ¿dónde está ese punto que marca el tránsito de la idea, no susceptible de protegerse, a la forma concreta, protegida por el derecho de autor? Keeton, que se enfrentaba a un caso de plagio en la configuración de los menús de un programa de ordenador, concluyó que la estructura básica del menú, las claves y comandos obvios, pertenecen a la idea subyacente al programa, luego que pueden ser copiados; y que los símbolos, abreviaciones y presentación gráfica en concreto escogidos entre una serie infinita de alternativas, sí estaban protegidas. Walker desarrolló con profusión la técnica de los filtros y apuntó, aunque *obiter dictum*, que el diseño de pantalla, al que pertenecen los menús antes discutidos no estaban protegidos. Su opinión fue respaldada, posteriormente, en *Apple Computer Inc. v. Microsoft Corporation* (III) (799 F. Supp. 1006 (ND

estos elementos, los que dan el toque personal a la obra, se encuentran también en la segunda obra y, además, que esta coincidencia no es casual²⁹. Es esta una tarea ardua. Al «copista» no suele interesarle una copia literal del original e intentará, normalmente, esforzarse en alterar el original de algún modo. En la medida dicho esfuerzo sea apreciable, se verá recompensado denegándose la alegación de infracción del derecho del primer autor.

Esto es, al menos, lo que está ocurriendo en la práctica judicial norteamericana en materia de programas de ordenador, materia que allí nadie confunde con la que aquí nos ocupa (páginas web), pero que, apoyados en la coincidencia del soporte (electrónico) de la obra, sirvió como fundamento de las incipientes resoluciones sobre *copyright* en internet.

En este sistema jurídico, el ámbito del *copyright* está constitucionalmente delimitado por el interés común en la innovación y en el progreso³⁰. Este límite implica, en el ámbito de los productos tecnológicos, que la copia de los elementos que los integran sea lícita si el «copista» invierte un esfuerzo apreciable en la obtención de un producto innovador. Dicho de otra forma, que pueden «reutilizarse» (expresión que prefieren los jueces por resultar menos ofensiva) los elementos preexistentes de un programa si el segundo no es una mera copia servil, si no sustituye al original en el mercado (cuestión que está íntimamente relacionada con la anterior) y siempre que resulten beneficiados los usuarios (en términos de compatibilidad o mayor competencia)³¹.

Luego, y en definitiva, el sistema de derecho de autor protege fácilmente, pero poco. Tratándose de una obra creativa, sí, pero

Cal. 1992)], del que nos ocuparemos *infra*, apartado 4.3, en nota 84. Estos esfuerzos jurisprudenciales por abstraer lo particular de lo general, para así delimitar el objeto protegido por el derecho de autor y decidir si ha habido plagio también lo observamos, claro, con mayor o menor fortuna, en las sentencias de nuestro Tribunal Supremo, entre las que cabe destacar la STS de 7 de junio de 1995, sobre un supuesto plagio de los famosos «cuadernos Rubio» de aritmética (comentada por R. BERCOVITZ en 39, *CCJC*, pp. 1105 ss.); y de 20 de febrero de 1992, acerca de otro inexistente plagio de un álbum sobre el románico en Zamora (comentada por G. OROZCO PARDO en *Actualidad civil* 1993, pp. 205 ss.).

²⁹ Si no puede probarse que el supuesto imitador ha tenido acceso a la original, deberá al menos persuadirse al juzgador de que la similitud es tan llamativa que un origen independiente debe razonablemente descartarse. Así se solucionó el problema de la prueba, a nuestro juicio acertadamente, en *Midway v. Drikschneider* (214 USPQ DC Nebr. 1981, p. 429).

³⁰ Artículo I, Secc. 8.ª, cláusula 8.ª U.S. Constitution.

³¹ A esta conclusión llega RUSCH, tras un análisis exhaustivo de la jurisprudencia norteamericana sobre *software*, en «How can Whelan v. Jaslow and Lotus v. Borland both be right? Reexamining the economics of computer software reuse», 17, *Journal of Computer & Information Law*, (1999), pp. 511 ss. Algunos jueces ya se la habían anticipado: en *Sega Enterprises v. Accolade* (23 USPQ 2nd DCN Cal. 1992) se afirma textualmente que es posible copiar cuando éste sea el único sistema para lograr obras que compitan con el producto original y siempre que la copia no infrinja el derecho del titular de la obra copiada. No se refiere esta condición a los derechos del titular del *copyright*, sino a que la copia no sustituya en el mercado al producto original.

fundamentalmente utilitaria y tecnológica ³², este sistema sólo protegerá a la obra de la copia servil y, como veremos, del establecimiento de vínculos no deseados ³³.

¿Es por ello una vía de protección desdeñable? En absoluto. Resultará poco eficaz cuando de lo que se trate sea de defender al creador frente a agresiones de terceros, cuestión que nos ha ocupado hasta este momento; pero fundamental cuando el conflicto se plantee entre el comitente y (futuro) titular del sitio web y su creador. Y es precisamente este el tipo de conflicto que aquí nos interesa.

Para resolverlo adecuadamente será vital determinar si la obra está protegida por el derecho de autor y, como anticipamos, el requisito para obtener dicha protección es relativamente fácil de satisfacer: basta con que se pueda descartar que sea un producto estándar.

Pero hemos de avanzar más. Antes de poder pronunciarnos sobre la alteración que este hecho ha de producir en el (típico) régimen del contrato de obra, debemos aún concluir que nuestro sistema de propiedad intelectual está lo suficientemente actualizado como para absorber estas nuevas creaciones.

4.2 La adecuación de la normativa sobre propiedad intelectual al entorno digital

La normativa sobre propiedad intelectual está pensada, como no podía ser de otra forma, para un entorno analógico. La tecnología digital produjo, y sigue produciendo, una auténtica revolución en los modos de transmitir y explotar las obras, poniendo en tela de juicio la eficacia del sistema del derecho de autor para proteger, en este nuevo entorno, los intereses de los autores.

Mucho se ha discutido ya sobre la adecuación del régimen vigente de propiedad intelectual en un contexto digital. Fruto de este debate es la Directiva 2001/29/CE del Parlamento europeo y del Consejo relativa a la armonización de determinados aspectos del derecho de autor y derechos afines en la sociedad de la información, de 22 de mayo de 2001. En ella se afirma, recogiendo el sentir de la práctica unanimitad de la doctrina ³⁴, que aunque el desarrollo tecnológico ha multiplicado y diversificado los vectores de creación,

³² Sujeta, por tanto, en su elaboración a numerosos condicionantes externos que cercenan la libre expresión creativa de su autor.

³³ *Infra*, apartado 4.2.

³⁴ *Vid.*, por todos, A. BERCOVITZ, «Riesgos de las nuevas tecnologías en la protección de derechos intelectuales. La quiebra de los conceptos tradicionales del derecho de la propiedad intelectual. Soluciones jurídicas», en *Derecho de propiedad intelectual y nuevas tecnologías*, Ministerio de Cultura, 1996, pp. 71 ss.

producción y explotación, no es preciso que la propiedad intelectual defina nuevos conceptos: sí, en cambio, que las actuales normativas *se adapten* para responder adecuadamente a realidades económicas tales como las nuevas formas de explotación³⁵.

En esta opinión subyace el interés preminente del legislador en mantener y extender la armonización o uniformidad legislativa alcanzada gracias a los Tratados de la OMPI y a los acuerdos ADPICs. Y es, además, sustancialmente correcta si la predicamos, como lo ha hecho la doctrina hasta la fecha, de los productos multimedia, pues son ciertamente una categoría de obra ya existente en forma analógica que ahora, gracias a la digitalización, puede también recogerse en soporte electrónico³⁶. No puede, sin embargo, sostenerse lo mismo respecto de las páginas web que, por su propia esencia, no pueden existir en un entorno analógico. No es este, con todo, el dato más relevante para afirmar que se trata de obras nuevas pues, si a pesar de ello, pudiéramos ubicarlas en la normativa vigente a efectos de su protección, no precisaríamos la tipificación de una nueva categoría de obra. Pero lo cierto es, como posteriormente veremos, que no podemos.

Es muy significativo que, puestos a precisar las adaptaciones necesarias, comience la Directiva afirmando la subsistencia del derecho de reproducción y continúe ampliando el derecho de comunicación pública de la obra.

La primera afirmación, relativa al derecho de reproducción, obedece, a nuestro juicio, al deseo del legislador comunitario de dotar de los mismos derechos (y medios de defensa) al titular de la obra tanto si ésta se comercializa en línea como fuera de ella, en soporte material.

Con todo, entendemos que tanto para éstos, los titulares de productos susceptibles de comercializarse dentro y fuera de la red; como, y sobre todo, para aquellos otros cuya obra sólo puede explotarse *on-line*, como particularmente es el caso de las páginas web, el derecho patrimonial básico es el de comunicación pública³⁷.

³⁵ Considerando 5.º

³⁶ A. DELGADO define la obra multimedia como una creación única expresada mediante la reunión, en un mismo soporte digital, con o sin adaptación informática, de al menos dos categorías de elementos (textuales, sonoros, imágenes fijas o de animación) cuya estructura y acceso están regidos por un programa que permite la interactividad. «La propiedad intelectual ante la tecnología digital: las obras multimedia», en *Los derechos de propiedad intelectual en la nueva sociedad de la información*, Madrid 1998, pp. 25 ss.

³⁷ Por ello se ocupa el legislador comunitario de redefinir su alcance, precisando, como le exige el artículo 8 del Tratado de la OMPI firmado en Ginebra en diciembre de 1996, que incluye el derecho de puesta a disposición del público de las obras de manera que cualquier persona pueda acceder a ellas desde el lugar y en el momento que elija (art. 3 de la Directiva). Se refiere, como aclara en sus considerandos 23 a 25, a la comunicación en línea de las obras. No estaría de más que el legislador nacional recogiera también esta precisión al definir en el artículo 20 TRLPI el derecho de comunicación pública de la obra.

La razón es sencilla: fuera de la red, en un contexto analógico, el autor manifiesta su creación en un soporte material y la explota, normalmente, comercializando ejemplares de la misma. Para él, el control de la reproducción de la obra es, por tanto, esencial.

En el entorno digital, sin embargo, el mismo concepto de «copia material», de «ejemplar», pierde significado.

Primero, porque no puede distinguirse la «copia» del original, aunque no sea este el dato más relevante.

Segundo, y para los que estén preocupados porque se explote ilícitamente su obra gracias a su plasmación en un soporte material (CD, CDI) y redistribución, porque hay otras formas de burlar sus derechos, de explotar ilícitamente la obra, sin necesidad de realizar copias materiales de la misma, frente a las que el derecho de reproducción no sería buena defensa ³⁸.

Pero tercero y más importante a los efectos que aquí nos ocupan, porque muchas obras, y en particular la página web, sólo se explotan mediante la visualización por el usuario del único ejemplar que de la misma existe.

Recordemos ahora lo que anticipamos al precisar las cuestiones técnicas más relevantes para nuestro estudio: como vimos, para incorporar un documento web a la red alojábamos su código en el ordenador-servidor. Para visualizarla, el ordenador-cliente (donde el usuario ha tecleado la URL de la página buscada, o ha activado el vínculo correspondiente) llamará al ordenador-servidor para que le transmita el código de la página y poder así descargarlo en pantalla. Esta transmisión se efectúa gracias a la grabación transitoria y puramente mecánica del código de la página (mejor, de fracciones desordenadas del código) en la memoria de los distintos ordenadores-eslabones de la cadena que una el ordenador del usuario que quiere consultar el documento con el ordenador-servidor.

Ya en el ordenador-cliente, se ordena el código de la página y se traduce para que se visualice en pantalla, operación que también requiere la grabación del código en la memoria ram del ordenador. Además, y con el único fin de agilizar las consultas y evitar al usuario que sufra un posible colapso de la página, esa grabación temporal y mecánica persistirá en la llamada memoria *caché* del ordena-

³⁸ Analizaremos posteriormente un problema común a las obras que se comercializan dentro y fuera de la red y a las únicamente facilitadas *on-line*, cual es el de los vínculos (no deseados) establecidos mediante la técnica de enmarcado (*framing*). Respecto al primer grupo de obras mencionadas, piénsese ahora en una posible redistribución del producto utilizando el correo electrónico ¿puede afirmarse que se ha vulnerado el derecho de reproducción del titular de la obra?

dor, para que, si se desea volver a consultar el documento, no tenga que recorrer la información todo el camino de nuevo ³⁹.

Finalmente, y si el usuario lo desea, puede guardarse el documento en el disco duro del ordenador o en un CD, así como imprimirse.

Pues bien, para solucionar los problemas derivados de estas nuevas formas de explotación de las obras desde la perspectiva del derecho de reproducción, tendríamos que defender que todas estas grabaciones, algunas de ellas efímeras y temporales y otras consecuencia lógica de la consulta del documento, son «reproducciones» a efectos jurídicos, luego que pertenecen al derecho exclusivo del autor y que sólo pueden realizarse si se cuenta con su autorización (o la de su causahabiente, claro está).

Y tendríamos que mantenerlo a pesar de que ninguna de las mencionadas grabaciones, algunas de ellas imprescindibles para que la navegación sea posible y ágil, lesionen los intereses del *webmaster* ⁴⁰. Pero, y lo que será más difícil, a pesar de que, de momento, conduzca a la absurda conclusión de que la navegación por la red, tal y como habitualmente se realiza, es ilícita.

Estados Unidos ha preferido mantener esta postura y considerar todas estas grabaciones «copias» a efectos del *copyright*, no sin abundantes críticas y a pesar del rechazo generalizado de los internautas ⁴¹. Claro que en su sistema se puede evitar el resultado absurdo que antes apuntábamos de considerar ilícita la navegación por la red gracias a que las excepciones o límites al derecho exclusivo del titular del *copyright* no tienen que recogerse de forma taxativa por el legislador, como ocurre en los sistemas de derecho de autor, sino que pueden ampararse en la cláusula genérica del *fair use* ⁴². Siendo

³⁹ También se almacena temporalmente en el *caché* del servidor: es el *proxy caching* sobre el que volveremos posteriormente.

⁴⁰ Porque quien se introduce en la red quiere que se visite su página masivamente, y porque lo que se haga con ella fuera de su entorno vital, de la red, (imprimiéndola en papel, grabándola en CD o en el disco duro del ordenador) no le importa lo más mínimo. Otra cosa opinará el titular de alguno de los contenidos de la página, pero éste estará mejor protegido por el derecho de comunicación pública que por el derecho de reproducción.

⁴¹ Vid. ROSENOER, *Cyberlaw...*, cit., p. 9; y, con un planteamiento algo apocalíptico, Dan Thu Thi Phan, «Will fair use function on the Internet?», 98, *Col. Law Rev.* (1998), pp. 169 ss.

⁴² Sec. 17 U.S.C. pfo. 107: «The fair use of a copyrighted work, including such use by reproduction in copies... for purposes such as criticism, comment, news reporting, teaching (including multiple copies for classroom use), scholarship, or research, is not an infringement of copyright. In determining whether the use made of a work in any particular case is a fair use the factors to be considered shall include:

The purpose and character of the use, including whether such use is of a commercial nature or is for non profit educational purposes;

the nature of the copyrighted work;

the amount and substantiality of the portion used in relation to the copyrighted work as a whole; and

the effect of the use upon the potential market for or value of the copyrighted work».

Este último aspecto es el que introduce mayor inseguridad en el usuario, quien nunca podrá saber a ciencia cierta si la visualización de la página entra en el ámbito del uso leal o

esto así, la mayoría de los casos de mera consulta del documento como consecuencia de la navegación estarán amparados por el *fair use*, pero la incertidumbre está servida ¿cuándo, exactamente, deja de ampararte el *fair use* y precisas, para consultar el documento, de licencia de su titular?

En los sistemas de derecho de autor, como anticipamos, si consideramos que todas las grabaciones anteriores son «copias» de las páginas web, serán precisas las licencias de los respectivos titulares para poder, meramente, navegar entre ellas. O bien, como será el caso cuando se trasponga la Directiva a nuestro derecho interno ⁴³, que se incorpore una excepción legal al derecho de reproducción del titular de la obra referida a este tipo de «copias» ⁴⁴. No es ésta, sin embargo, la mejor solución, y no sólo porque la lista de excepciones siempre va a ser incompleta o excesiva, según quién la mire ⁴⁵; sino porque, como anticipábamos, entendemos que el pro-

no (*i.e.* porque la descargue activando un vínculo y el titular de la página tenga interés, económico, en que no se acceda a la misma a través de la página remitente). Los anteriores, especialmente el primero, han servido a los Tribunales para ampliar la «lista» de usos leales hasta extremos difícilmente sostenibles en un sistema de derecho de autor.

⁴³ *Vid.* el artículo 5.1 de la Directiva sobre derechos de autor en la sociedad de la información, donde se advierte que el derecho de reproducción no se aplicará a los actos de reproducción transitorios y accesorios cuando formen parte integrante y esencial de un proceso tecnológico, cuya única finalidad consista en una transmisión en una red entre terceras partes por un intermediario o una utilización lícita de una obra o prestación protegida y que no tengan por sí mismos significación económica independiente.

⁴⁴ Excepción, por cierto, muy parecida a la establecida en el artículo 36 TRLPI para las grabaciones efímeras necesarias por razones técnicas para transmitir una obra por las entidades de radiodifusión. Pese al evidente parecido de los supuestos, la excepción del artículo 36 TRLPI no puede, como bien dice I. GARROTE FERNÁNDEZ-DIEZ, extenderse por analogía al caso que aquí nos ocupa. Consúltese su artículo «Propiedad intelectual en Internet: el derecho a establecer enlaces en la www» 1, *Pe. i.* (1999), pp. 67 ss., donde expone con detalle los sistemas básicos de enlaces y los problemas jurídicos que plantean, explicando críticamente las soluciones que, hasta la fecha, se habían sugerido.

⁴⁵ Algunos, en particular M. MARTÍN PRAT, representante de la Federación Internacional de la Industria Fonográfica, pretenden la supresión de toda excepción, argumentando que en Estados Unidos no las hay y el sistema funciona bien (en su ponencia en el IV Seminario Internacional SGAE de Propiedad intelectual «Los derechos de autor ante los desafíos de la nueva economía», Madrid, 15-16 de noviembre de 2000). Nosotros, desde la perspectiva que aquí nos ocupa, deseáramos, por el contrario, más excepciones: que se declarara legal también la materialización en soporte digital o analógico de la página web. La doctrina especializada crítica no tanto las excepciones cuanto la falta de armonización, pues muchas de ellas dependen del arbitrio de los Estados miembros, que decidirán si incorporarlas o no; y la falta de claridad, pues los términos empleados por el legislador son demasiado vagos.

Particularmente discutida está la excepción relativa al *caching*. Es esta una técnica vital para la subsistencia y desarrollo de internet, que de otra forma estaría permanentemente colapsada pero ¿es lícita la copia en la memoria *caché* cuando, como es el caso, no la ha autorizado expresamente el titular de la página web? La Directiva no es todo lo concluyente que debería ser, por lo que podría defenderse que el *proxy caching*, el almacenamiento de la página en la memoria del servidor no puede ampararse en el artículo 5.1. puesto que sirve para comunicar nuevamente la obra a otros clientes del servidor, y no meramente para facilitar la consulta del usuario que ha demandado la página. Ahora bien, en la medida en que el servidor aplique la tecnología necesaria para que el almacenamiento temporal no

blema, abordado desde la perspectiva del derecho de reproducción, se desenfoca. Veámoslo:

En Estados Unidos la consideración de la grabación transitoria del código de una página en la memoria ram del ordenador como «copia», y la consecuente exigencia de una licencia (aunque sea implícita) para efectuarla, se apoya en el *case law* sobre programas de ordenador⁴⁶. Con esta base pretenden solucionar el problema del establecimiento de vínculos no deseados por el titular de la página, argumentando que, si se requiere licencia para la mera navegación, cuánto más para el establecimiento de un vínculo en tu página que induzca la consulta de la página de otro. Este argumento, enseguida lo veremos, no será eficaz en todos los casos⁴⁷.

Como ya vimos, el sistema de vínculos o enlaces es la forma más común y eficaz de navegar por la red, pues permite saltar de una página a otra, relacionada con el tema sobre el que se esté interesado, sin necesidad de retener la URL de todas las que pudieran resultar interesantes. Por eso, todas las páginas contienen vínculos que las relacionan con otras, entendiéndose entre los *web-masters* como una mera forma de salir del documento que, por principio, ha debido consentir el titular de la página enlazada por el mero hecho de establecerse en la red.

Como veremos, están en lo cierto cuando el vínculo establecido es de los denominados directos o hipervínculo. Al activar este tipo de enlaces, la página enlazada aparece en la pantalla del usuario íntegra y bajo su URL correspondiente, luego no hay riesgo de confundir al navegante haciéndole creer que sigue en la página remitente, ni de defraudar intereses comerciales al eliminar la visualización de parte de la página, quizá la que exhiba los *banner* publicitarios⁴⁸. Son, por ello, enlaces generalmente deseados

disminuya ficticiamente el número de consultas de la página, no podrá ya sostenerse que el *caching* tiene un significado económico independiente y perjudicial para su titular que, quizá, reciba una retribución por número de visitas (*royalties* o ingresos publicitarios). El *caching* realizado por el ordenador cliente quedaría, en fin, amparado en la excepción del artículo 5.1, apartado b). Sobre este apasionante tema véase el magnífico estudio de B. Hugenholtz, «Caching and copyright: the right of temporary copying», 22 *EIPR* (2000), pp. 482 ss. La opinión crítica de la doctrina sobre la (entonces) futura Directiva la transmiten muy bien T. C. VINJE, «Should we begin digging copyright's grave?», 22, *EIPR* (2000), pp. 551 ss.; y B. HUGENHOLTZ, «Why Copyright Directive is unimportant, and possibly invalid», 22 *EIPR* (2000), pp. 499 ss.

⁴⁶ En particular, del *leading case* *Mai System Corp. v. Peak Computer Inc.* (991 F. 2nd 9th Cir. 1993).

⁴⁷ Fundamentalmente porque hay métodos para establecer el enlace sin reproducir el código de la página enlazada en el de la enlazante.

⁴⁸ Es ésta, de momento, la forma de financiación más común de una página web.

pues incrementan, sin riesgo, el número de visitantes de la página enlazada ⁴⁹.

Los verdaderos problemas los plantean los enlaces ensamblados o en línea, porque al activarlos la página enlazada no aparece íntegra y, la parte que se visualiza, se presenta bajo la URL de la inicial. El visitante puede desorientarse fácilmente y pensar que la página pertenece al que establece el vínculo, y los intereses económicos del titular de la página enlazada pueden burlarse suprimiendo la visualización de la publicidad.

Para fundamentar la oposición del titular de la página enlazada al establecimiento de este tipo de vínculos, se optó, con la base que antes vimos, por considerar que la mera visualización de la página es una «copia» que sólo se licencia, implícitamente, si es leal (*fair*), lo que no ocurre cuando, precisamente, la parte de la página no visualizada es la publicidad o cuando desorientas al visitante generando confusión sobre la titularidad de la página. Este argumento es, como anticipamos, muy débil. Sirve a los fines propuestos cuando la tecnología empleada para establecer el vínculo (que no para activarlo) exija la reproducción de la página remitida. La tecnología actual evita ya ese paso intermedio: permite establecer vínculos sin reproducir la página enlazada ⁵⁰. La reproducción, pues, la hará el usuario al activar el vínculo y al hacerlo, con toda probabilidad, estará amparado por el *fair use*.

Es evidente, por tanto, que la vía elegida por el sistema angloamericano para solucionar los intereses en conflicto no es la apropiada. Primero, porque aunque sea creando la ficción de la licencia implícita, la mera idea de la necesidad de autorización para el establecimiento de un hipervínculo repugna a los internautas; pero, segundo y más importante, porque la tecnología actual es capaz de dinamitar el fundamento jurídico de una pretensión absolutamente

⁴⁹ Puestos a imaginar algún conflicto de intereses, pensamos que podría suscitarse cuando se hubiera pactado el acceso a la página a través de un determinado portal (además del acceso directo tecleando la URL correspondiente). Pero es ciertamente un caso improbable porque si la página enlazada se visualiza íntegra, también figurará el enlace al portal comprometido, que verá así, indirectamente, aumentadas las posibilidades de consulta de su web.

⁵⁰ La más conocida es la técnica del *framing*. Permite establecer enlaces que, al activarlos, subdividen la pantalla en ventanas donde se visualiza parte de la página remitente y parte de la remitida, ambas bajo la URL del remitente y, también ambas, incompletas. En estos casos, se ha intentado defender al titular de la página enlazada alegando que, por el enmarcado, se ha creado una obra derivada sin el consentimiento del titular de la originaria, pero fue un fracaso. La jurisprudencia norteamericana exige que la obra derivada conste en algún soporte de forma permanente [*vid.* *Futuredantics, Inc. v. Applied Anagramics, Inc.* (45, USPQ 2d 2005 CD Cal. 1998)]. En nuestro sistema, como bien señala I. GARROTE, (*op. cit.* p. 83) la protección idónea la brinda el derecho (moral) a la integridad de la obra, desvirtuada por el enlazante al mostrarla fraccionada. El problema de este tipo de argumentación radica en que el derecho moral sólo pertenece al autor de la página web, y éste no suele coincidir con el titular de los derechos de explotación de la misma.

legítima del titular de una página enlazada por el sistema de marcos o ventanas. Lo mismo ocurrirá en nuestro sistema legal si se califican las copias temporales y técnicas como *reproducciones* excepcionalmente permitidas ⁵¹.

A nuestro juicio, el problema sólo puede solucionarse adecuadamente desde la perspectiva del derecho de comunicación pública ⁵², entendiendo que el mero hecho de insertar tu página en la red implica ejercerlo. Siendo esto así, todas las grabaciones a las que antes nos referimos son perfectamente lícitas ⁵³, como también lo es el establecimiento de vínculos. La posible ilicitud de unas y de otros ha de definirla el titular de la obra que la comunica en la red especificando cómo quiere que se visualice la página y por qué vía/s quiere que se acceda a ella ⁵⁴.

Por ello, y como conclusión, creemos que convendría matizar el artículo 20 TRLPI con el fin de dejar claro que el derecho de comunicación pública incluye la divulgación en línea de la obra y que, en virtud del mismo, no sólo corresponde al autor decidir cuánto se inserta de la obra en la red: también cómo ha de accederse a la misma ⁵⁵.

Concluido, pues, que la digitalización de una obra y su comunicación en línea no ha de ser obstáculo para su protección por el derecho de autor, quedan por resolver dos cuestiones fundamentales para decidir si la normativa vigente ampara la obra que aquí nos ocupa: primero, si podemos calificar la obra (página web) a efectos

⁵¹ Y se agravaría la situación para las copias permanentes (en el disco duro o en soporte material) de páginas web, pues se confirmaría la ilegalidad de una práctica generalizada e inocua para el titular del derecho.

⁵² Sobre el desplazamiento del derecho de reproducción en beneficio del de comunicación pública en el entorno digital, véase J. H. SPOOR, «The copyright approach towards copying on the Internet: (over)stretching the reproduction right?», *The future of copyright in a digital environment*, 1996, pp. 79 ss.

⁵³ Incluidas las permanentes que, en su caso, podrán ser ilícitas si posteriormente se distribuyen las copias vulnerando el derecho de distribución del titular (*vid.* art. 19 TRLPI y art. 4 de la Directiva).

⁵⁴ Por ejemplo, creando páginas dinámicas (que sólo se visualizan utilizando un programa guía), utilizando la tecnología para rechazar vínculos o, simplemente, declarando (*a priori*) que no quiere el establecimiento de ningún vínculo o (*a posteriori*), que desea la supresión de alguno en particular.

⁵⁵ El artículo 20 TRLPI define «comunicación pública» como todo acto por el cual una pluralidad de personas pueda tener acceso a la obra sin previa distribución de ejemplares a cada una de ellas; concepto suficientemente amplio para absorber la comunicación en línea si no fuera porque, en un segundo apartado, detalla, aunque sin ánimo exhaustivo (al parecer) qué ha de entenderse por actos de comunicación pública. Y recoge hasta diez tipos de actos, entre ellos el acceso a bases de datos, tanto si está protegida por el derecho de autor (aptdo. j) como si no (aptdo. i). Siendo de este calibre el detalle de la norma, corremos el riesgo de que si no se especifica, se entienda que no cubre la comunicación en línea. También es partidario de una modificación del artículo 20 TRLPI que incluya la «transmisión digital interactiva» A. DELGADO, en su ponencia en el Seminario SGAE antes citado.

de su ubicación en el texto normativo; y, segundo, si una vez conocida su peculiar forma de elaboración, podemos, con la ley en la mano, decidir a quién pertenece el *web-site*.

4.3 La calificación de la página web a efectos de su ubicación en el TRLPI

El artículo 10 del TRLPI menciona, sin ánimo exhaustivo, diferentes tipos de obras susceptibles de protegerse por el derecho de autor clasificándolas según el medio de exteriorización o la forma de expresión utilizada. Son todas obras mono-mediáticas o simples. Las obras compuestas o complejas, resultado de la conjunción de, al menos, dos medios de expresión, han de intentar ubicarse en los artículos 11 o 12 TRLPI, o en alguno de los regímenes especiales establecidos para creaciones concretas, como es el caso de la obra audiovisual.

Una página web es una obra compleja o compuesta pues, hasta las más simples, utilizan diversos modos de expresión⁵⁶, aunque el soporte (electrónico) sea único.

Que cada uno de los elementos integrantes de la página web pueda protegerse, de ser original, de forma independiente o autónoma por el derecho de autor (y por otras normativas, como la legislación sobre marcas o dibujos industriales), no ofrece discusión. Pero un sitio web, integrado por todos estos elementos originales y por otros que quizá no lo sean, es más que una mera recopilación de los mismos: es una obra unitaria, el resultado de una labor, muchas veces enormemente creativa, de coordinación y estructuración de los distintos elementos para obtener un determinado resultado. Es este resultado final, globalmente considerado, el que pretendemos ubicar en el TRLPI a efectos de su protección por el derecho de autor.

Esta pretensión, la de ubicar una obra compuesta no específicamente mencionada por el legislador en el TRLPI, ya ha sido estudiada con detenimiento por la doctrina preocupada por la obra multimedia⁵⁷. Sus conclusiones, debidamente matizadas puesto que nos ocupamos de una obra distinta⁵⁸, nos serán de suma utilidad.

⁵⁶ Textos, gráficos, dibujos, imágenes, animaciones, sonido y aplicaciones informáticas.

⁵⁷ En la obra de A. ESTEVE PARDO, *La obra multimedia*, Aranzadi, Madrid, 1997, puede encontrarse una completa referencia doctrinal y legal sobre el tema.

⁵⁸ La obra multimedia es un producto de consumo que puede comercializarse tanto *on* como *off line*. De explotarse en línea, utiliza el *web-site* como expositor y/o canal de distribución. La página web es el medio por el que se facilitan los productos multimedia y muchos otros contenidos, de interés comercial u otra índole. Luego nos encontramos ante obras distintas, susceptibles ambas de merecer la protección del derecho de autor.

Como obra compleja, dos son las posibles calificaciones que, como decíamos, ofrece el TRLPI con carácter general: la adaptación y la colección, dentro de la cual se engloban las bases de datos.

a) Comenzamos rechazando la posibilidad de calificar un *web-site* como obra de adaptación, dado que la categoría legal presupone la preexistencia de unas obras susceptibles de protección por el derecho de autor que el adaptador, de forma original o creativa, adapta. Un sitio web, como vimos, al igual que muchos productos multimedia, no sigue un proceso de elaboración vertical, sino horizontal: sin perjuicio de que algún elemento preexista al resultado final (que, con relación a ése, sí sea una adaptación), la mayoría de ellos se crean *ex profeso* para su inclusión en la página web y es ésta, en su conjunto, en su estructura, lo que pretendemos proteger, no cada uno de los elementos que la integran.

b) La calificación de la página web como base de datos sí puede, en cambio, resultar apropiada en algunos casos. Nuestro TRLPI (art. 12.2) considera base de datos toda colección 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. A estas obras confiere el legislador una doble protección: la propia del derecho de autor, para cuya obtención es preciso que por la selección o disposición de sus contenidos constituyan una creación intelectual (que manifiesten la subjetividad de su autor); y otra, *sui generis*, criticable por su desproporción, que regula en los artículos 133 y siguientes TRLPI⁵⁹.

Creemos que algún sitio web, como son los buscadores y los portales o directorios, se adaptan sin dificultad a esta definición, por lo que aquí encontrarían su encaje normativo⁶⁰.

Pero aún podría irse más lejos, animados por la desbordante protección del derecho *sui generis*, y afirmar que toda página web, por el mero hecho de estar compuesta de varios elementos independientes, aunque interrelacionados, es una base de datos. Podríamos apoyarnos en que el texto legal no menciona cuántos elementos son necesarios para que la obra se considere una base de datos ni, tampoco, cuál ha de ser el sistema de búsqueda de los datos. El requis-

⁵⁹ Remisión *infra*, apartado VI.

⁶⁰ En el caso de los buscadores, es muy probable que no se cumpla el requisito de la originalidad (son bases de datos compuestas por millones de URL que funcionan gracias a un programa de ordenador que clasifica las mismas de acuerdo con parámetros estándar). Pero no habría ningún problema en proteger la inversión desembolsada en su elaboración acudiendo al derecho *sui generis*. En el mismo sentido, S. CÁMARA PUENTE, en su imprescindible estudio sobre el tema «El nuevo derecho *sui generis* sobre las bases de datos», 3, *Actualidad civil*, 1999, pp. 49 ss., p. 83.

to de la accesibilidad individual de cada uno de ellos quedaría, además, satisfecho gracias al hipertexto ⁶¹.

Entendemos, con todo, que se estarían sacando las cosas de sus justos límites. Salvo para los casos antes mencionados (buscadores y portales), no creemos que pueda sensatamente argumentarse que una página web es una base de datos. Como advertimos también en la mayoría de los productos multimedia, una web no es sólo una organización de elementos a los meros efectos de su consulta individualizada: es una creación unitaria y homogénea, fruto de la traba, de la interrelación de todos sus componentes, y es precisamente ese resultado conjunto el que pretendemos proteger ⁶².

Pero la idea no deja de ser interesante, aunque, de admitirse que en general pudieran calificarse como bases de datos, tendría que resolverse la (probable) colisión de intereses entre el creador de la base (página web) y el titular del derecho *sui generis*: el financiador-comitente; colisión que, por cierto, no será fácil que se produzca cuando estemos ante una base de datos en sentido estricto, ya que éstas rara vez son originales.

Como vemos, las categorías generales que el TRLPI dedica a las obras compuestas no nos permiten ubicar a la inmensa mayoría de los *web-sites*. Intentémoslo pues acudiendo al régimen especial: a la obra audiovisual.

c) ¿Podemos calificar una página web como obra audiovisual?

Para que fuera posible, la página web debería tener una estructura secuencial de imágenes asociadas (todavía mejor si animadas) ⁶³, y, todavía más difícil, tendría que desarrollarse conforme a un guión, argumento o trama ⁶⁴. No es probable que ninguna satisfaga estos requisitos ⁶⁵. De ser así, además, el régimen jurídico establecido,

⁶¹ A la posibilidad de consulta arbitraria, caprichosa, no secuencial, de los documentos web.

⁶² Sobre el concepto y clasificación de las bases de datos, véase, M. A. DAVARA, *Manual de derecho informático*, Pamplona 1997, pp. 133 ss. Que un producto multimedia y una base de datos son, en la práctica totalidad de los casos, cosas distintas, lo evidencia el texto de la Directiva que, pensando en los productos multimedia, declara que no afectan sus disposiciones a la protección jurídica específica dispensada a las bases de datos o a los programas de ordenador (art. 1).

⁶³ Sobre si la animación es o no requisito legal para calificar un producto como audiovisual no hay acuerdo doctrinal: La polémica la resume A. ESTEVE en «La obra multimedia en el derecho español», *La Ley* (1998), pp. 1736 ss., p. 1738.

⁶⁴ *Vid.* artículos 86 ss. TRLPI.

⁶⁵ Otra cosa son los contenidos incluidos en el sitio web: tratándose de productos multimedia y, en particular, de videojuegos, parece ser ésta la ubicación idónea, aunque sea incompatible con la vía preferida por algún autor relevante (A. ESTEVE) que, debido a la inadecuación del régimen jurídico de la obra audiovisual a este tipo de productos, prefiere calificarlos como bases de datos (*vid. La obra multimedia*, pp. 48 ss.).

pensado para las obras cinematográficas, no resolvería adecuadamente los intereses en conflicto ⁶⁶.

Si nos detenemos en esta categoría es porque la obra audiovisual resulta ser el prototipo de obra publicitaria contemplada por el legislador en la LGP y para la que establece, pues, la remisión al TRLPI ⁶⁷. Y, en el TRLPI, sólo se menciona a la creación publicitaria al regular la obra audiovisual ⁶⁸. Puesto que muchos sitios web son verdaderamente creaciones publicitarias ⁶⁹, aunque no sean obras audiovisuales, conviene que estudiemos el alcance de las remisiones cruzadas de los dos textos legales para ver si podemos deducir alguna conclusión útil a nuestro estudio.

El artículo 23 LGP, en el marco del contrato de creación publicitaria, establece que «Las creaciones publicitarias podrán gozar de los derechos de propiedad industrial o intelectual cuando reúnan los requisitos exigidos por las disposiciones vigentes. No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, los derechos de explotación de las creaciones publicitarias se presumirán, salvo pacto en contrario, cedidos en exclusiva al anunciante o agencia, en virtud del contrato de creación publicitaria y para los fines previstos en el mismo» ⁷⁰.

¿Está desplazando este precepto el régimen general del TRLPI, que exige que la cesión de los derechos sea expresa (*vid.* art. 43 TRLPI) o meramente reproduce el régimen que en el mismo TRLPI se establece para el tipo de obras en las que está pensando el legislador de la LGP cuando habla de «creaciones publicitarias», esto es, para las obras audiovisuales? Nos parece que la segunda alternativa es la acertada. Si el legislador ha establecido ya, en el ámbito correspondiente, un sistema o régimen de propiedad intelectual en el que la transmisión al operador económico de los derechos sobre la obra es sencillo (donde no se exige que la cesión de los derechos de explotación sobre la obra se pacte y donde se limitan los derechos morales de los autores); y lo ha hecho para el tipo de obra que, con toda probabilidad, constituyó el modelo del legislador en la LGP (la obra cinematográfica-audiovisual), es lógico pensar que al

⁶⁶ Por el elenco de autores y oficios reconocidos, por el sistema de cesiones presuntas en beneficio del productor, etc. Véase al respecto, ESTEVE PARDO, *op. cit.* pp. 53-55.

⁶⁷ Artículo 23 LGP.

⁶⁸ Artículo 90 TRLPI.

⁶⁹ Aunque la mayoría sean mucho más que meros expositores para la promoción de un producto o servicio: son el lugar de celebración del negocio; y otras muchas carezcan de finalidad comercial

⁷⁰ Explica GALÁN CORONA esta presunción de cesión, justificada y delimitada por los fines previstos en el contrato, como una suerte de garantía del anunciante frente a la utilización por parte de la agencia de la misma idea publicitaria para promocionar los productos o servicios de la competencia, generando así confusión en el consumidor. Pero advierte, por exigencias del régimen jurídico del derecho de autor, que esta garantía no se aplica a las meras ideas publicitarias, que pueden utilizarse libremente, sino a la manifestación concreta de la idea en la creación publicitaria cuya titularidad se transmite *ope legis*. «El derecho de autor y la publicidad» I *Congreso Iberoamericano de Propiedad intelectual*, 1991, tomo II, p. 1057.

establecer la presunción de cesión en el artículo 23.2 LGP no pretendería más que remitirse o reproducir el mismo régimen ⁷¹.

¿Qué ocurre entonces cuando la creación publicitaria merece la protección del derecho de autor pero no es una obra audiovisual? Parece, como bien indica el intento de ponderación equilibrada de los intereses en juego que advertimos en el artículo 90 TRLPI, que no tratándose de una obra audiovisual, y dado que entonces no contaría el autor, *ex lege*, con las mismas garantías, que no podría presumirse legalmente la cesión de los derechos por el mero hecho de contratar una creación publicitaria.

Tendríamos, por tanto, que acudir al régimen general del TRLPI, que exige que la cesión de cualquier derecho se pacte expresamente, que dicho pacto se interprete restrictivamente y donde no obstante la transmisión de los derechos patrimoniales sobre la obra, conserva el autor íntegros sus derechos morales ⁷².

Luego el mero contrato de creación publicitaria no basta para entender cedidos los derechos sobre el producto al anunciante. Es preciso que así se pacte y, en ese caso, ¿cuándo se entienden cedidos los derechos, al firmar el contrato o una vez concluida y *pagada* la obra? Si la finalidad de la cesión legal era evitar que el publicista aprovechara la obra para promocionar a la competencia; si la cesión, que en nuestro caso sería convencional, implica, por tanto, la imposibilidad de reutilizar el trabajo desarrollado (al menos con determinados fines); y si, finalmente, decidimos que los derechos se ceden por el mero contrato, privamos al autor de su mejor defensa (la titularidad de los derechos sobre la obra) frente al cliente que la explota sin haberla pagado y le castigamos, además, a no poder rentabilizar su trabajo utilizándolo, aunque modificado, en otros proyectos. Pero no parece que, con la ley en la mano, podamos defender que la cesión se supedita al pago, luego tendremos que

⁷¹ La correspondencia entre la «creación publicitaria» de la LGP y la obra audiovisual del TRLPI se evidencia también en un dato significativo: en el TRLPI sólo se menciona a la creación publicitaria al regular la obra audiovisual; y se hace, precisamente, para *compensar* la presunción de cesión legal de derechos al productor de la obra audiovisual con la exigencia de que se determine la remuneración que corresponde al autor *por cada una* de las modalidades de explotación cedidas, aunque no pueda, por lógica, demandar éste una remuneración porcentual o tarifada de acuerdo con el éxito de la obra (*vid.* art. 90 TRLPI). Analiza detenidamente esta cuestión N. PÉREZ DE CASTRO en BERCOVITZ (COORD.) *Comentarios...* artículo 90, p. 1301; y en «Las obras publicitarias en el ámbito de la propiedad intelectual. Su específica referencia en el artículo 90», 2, *Pe. i.* 1999, pp. 65 ss.

⁷² Dice, textualmente, el artículo 43 TRLPI: Transmisión inter vivos.-1. Los derechos de explotación de la obra pueden transmitirse por actos inter vivos, quedando limitada la cesión del derecho o derechos cedidos, a las modalidades de explotación expresamente previstas y al tiempo y ámbito territorial que se determinen. 2. La falta de mención del tiempo limita la transmisión a cinco años y la del ámbito territorial al país en que se realice la cesión. Si no se expresan específicamente y de modo concreto las modalidades de explotación de la obra, la cesión quedará limitada a aquella que se deduzca necesariamente del propio contrato y sea indispensable para cumplir la finalidad del mismo.

encontrar otros medios de defensa de los intereses del autor que equilibren el sistema ⁷³.

Concluimos pues que, si bien algunos sitios web pueden calificarse como bases de datos a efectos de su protección por el derecho de autor, la gran mayoría no podrán ubicarse aquí; y que la condición de creaciones publicitarias de muchos de ellos, aunque no de todos, tampoco resuelve los problemas concernientes a su régimen jurídico dado que el legislador sólo se ha preocupado de la incidencia de las exigencias derivadas de tratarse de una obra creativa, protegida por el derecho de autor, cuando la creación publicitaria es una obra audiovisual.

Puesto que las categorías de obras complejas previstas por el TRLPI no permiten absorber el supuesto de la página web, analizaremos seguidamente si la protección de alguno de los elementos integrantes de la misma es lo suficientemente amplia como para comprender la estructura, la funcionalidad, el *web-site*, en fin, como obra unitaria.

a) Comenzamos por el más socorrido y preferido por la doctrina especializada: la protección de la página web como programa de ordenador.

Como vimos al principio, uno de los elementos integrantes de la página web, y quizá el más relevante si se trata de una muy sofisticada, son las aplicaciones informáticas. Éstas, siempre que sean originales (que no es nada fácil), pueden sin duda protegerse por derecho de autor. Pero no nos referimos ahora a esta posibilidad, sino a la protección de la página, en su totalidad, como si de un programa de ordenador se tratara.

Quienes defienden esta calificación se apoyan en el hecho, que más bien es una consecuencia, del necesario soporte electrónico del sitio web; de que se redacte la página en un lenguaje de programación determinado, conformando su propio y específico código fuente ⁷⁴. Basta esta circunstancia o analogía –que también concurre, claro, en cualquier producto que utilice un soporte electrónico, como las bases de datos o los antes referidos productos multimedia– para que les sea aplicable, según dicen, el régimen jurídico contenido en los artículos 95 y siguientes TRLPI, relativos a la protección jurídica de los programas de ordenador ⁷⁵.

⁷³ De este tema nos ocuparemos *infra*, apartado 5.2.a).

⁷⁴ Es el código escrito en algún lenguaje de programación, aunque calificar como tal al lenguaje html sea, a juicio de los expertos, excesivo. El código objeto es el mismo código traducido por un compilador en lenguaje binario, único comprensible por la máquina.

⁷⁵ Así lo afirma X. RIBAS, www.onnet.es/01005001.htm; a quien sigue P. A. DE MIGUEL, *op. cit.* p. 211.

A nuestro entender, sin embargo, esta coincidencia con los programas de ordenador es meramente circunstancial, derivada de las exigencias técnicas de un soporte común, que, en ningún caso, debe llevarnos a confundir una obra con otra ⁷⁶.

El programa de ordenador, tal y como comúnmente se entiende y considera el legislador en la sección antes citada, es un producto tecnológico, puramente utilitario, sin valor (ni pretensión) estético alguno. Sólo tiene un interés práctico o industrial, aunque de primer orden, consistente en posibilitar que un ordenador realice las más variadas tareas. Su protección por el *copyright* es, como todo el mundo sabe, interesada ⁷⁷.

Una página web, por el contrario, cumple una finalidad prioritariamente comunicativa: de opiniones, de información o comercial. Su probable valor estético y, en ese caso, su adecuación al concepto de creación intelectual en el sentido del artículo 10 TRLPI, no puede discutirse.

Y puesto que son cosas distintas, una normativa tan especializada como la relativa a los programas de ordenador no soluciona, en absoluto, la problemática suscitada por las páginas web. Veámoslo.

Como avanzamos, la finalidad principalmente perseguida al incluir en el ámbito de la propiedad intelectual a los programas de ordenador era frenar la piratería. Por eso, porque copiar literalmente un programa apenas cuesta dinero, porque la copia es idéntica al original y porque así se acaba con el mercado propio del producto, prohíbe la ley, incluso al propietario legítimo de una copia material del programa, su libre utilización: no le permite hacer copias, salvo la(s) imprescindible(s) de seguridad (arts. 99 a y 100.2 TRLPI); y no le deja descodificar el programa (descompilar), aunque sea con el único fin de averiguar las ideas subyacentes al mismo ⁷⁸. Sólo le

⁷⁶ Como, por cierto, no ha confundido a la doctrina especializada en productos multimedia, especialmente en videojuegos, o en bases de datos (*vid.*, por todos, BOUZÁ LÓPEZ, *op. cit.* pp. 142 ss.; o ESTEVE PARDO, *op. cit.* pp. 35 ss.). Ni al legislador comunitario, que protege específicamente y por separado las bases de datos, la obra audiovisual y los programas de ordenador. Tampoco, parece, los confunde el Registro de la Propiedad Intelectual de Madrid, que distingue los requisitos exigidos para la presentación de las páginas web y de los programas de ordenador (consúltense en www.mec.es).

⁷⁷ En palabras de J. DELGADO ECHEVARRÍA (en BERCOVITZ/*Comentarios...*, Título VII, pp. 1360-1363), la tutela del *software* a través del derecho de autor es la solución pragmática, por la vía rápida e internacionalmente eficaz para proteger las inversiones de las empresas de *software* frente a la piratería: es éste el interés protegido, luego sólo en la medida por él demandada ha de aplicarse el derecho de autor. En términos similares se expresa J. DREXL. Según este autor, la ubicación de la protección de los programas de ordenador en el *copyright* exige que la competencia no se vea perturbada por exigencias de la propiedad intelectual. El *copyright* debe incentivar suficientemente la ingeniería informática pero fomentar, a la vez, la competencia entre los productores. *Vid. What is protected...*, cit. p. 14.

⁷⁸ Puesto que la utilización de la idea subyacente es perfectamente lícita desde la perspectiva del *copyright*, la práctica se ha encargado de superar esta limitación específica del

consiente, y por imperativo de los foros preocupados por el excesivo freno de la competencia que no hacerlo pudiera suponer, averiguar las interfaces del programa para hacerlo compatible con otros programas o con un determinado sistema operativo (art. 100.4-5 TRLPI)⁷⁹.

Pero una vez obtenida la concesión del derecho de exclusiva propio del autor, era inevitable que la industria del *software* tratara de sacarle el máximo provecho intentando, por ejemplo, monopolizar las interfaces del usuario (*user interfaces*) producidas por sus programas⁸⁰.

Las decisiones judiciales que en Estados Unidos o en Alemania se han enfrentado con semejantes pretensiones constituyen, sin embargo, el ejemplo paradigmático de cómo debe realizarse esa matización del derecho de autor en función de aquel interés, legítimo, que motivó la inserción de la protección jurídica de los programas de ordenador en el ámbito de la propiedad intelectual: en definitiva, de cómo deben frenarse las aspiraciones abusivas de los titulares del *copyright*.

Tras una primera etapa enormemente confusa, parece haberse concluido que las *user interfaces* no pueden protegerse como parte del programa de ordenador⁸¹. Que, en su caso, pueden merecer protección independiente como obra plástica, pero no son, en sí mismas, formas de expresión del programa, sino resultados de la programación⁸².

Como magníficamente resalta Risch, en todos los pronunciamientos de los Tribunales norteamericanos (y, añadimos nosotros, también en los continentales) subyace un denominador común: persiguen, aunque a veces de forma errática, evitar que quien obtenga la interfaz más atractiva para el usuario extrangule la competencia en el sector, aprovechándose del coste, muchas veces insuperable,

régimen de los programas de ordenador: basta con que unos infrinjan la ley descompilando el código y que transmitan a otros (que no lo han descompilado) la idea subyacente para que creen un programa gemelo perfectamente legal. Es la práctica del *clean-room* considerada lícita en *Computer Associates Internet Inc. v. Altai Inc.* (23, USQP 2.nd Cir. 1992, 1241).

⁷⁹ Sobre las razones por las que se admitió esta excepción, *vid.* P. SAMUELSON «Challenges for the World Intellectual Property Org. and the Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights Council in regulating intellectual property rights in the information age», *EIPR* 1999, pp. 578 ss.

⁸⁰ Las *user interfaces* son, básicamente, las partes del programa que el usuario ve y con las que, de alguna forma, interactúa. Incluye tanto los elementos explícitos de la pantalla (como las ventanas, los iconos o los gráficos) como los implícitos (la estructura, secuencia y organización del *display* de pantalla).

⁸¹ Cuenta muy bien esta evolución J. DREXL, en *What is protected...*, cit. pp. 27 ss. y 52 ss. Véanse también A. WIEBE, «User interfaces und Immaterialgüterrecht—Der Schutz von Benutzeroberflächen in den USA und in der BRD» 39, *GRUR Int* (1990), pp. 30 ss.; y F. A. KOCH «Rechtsschutz für Benutzeroberflächen von Software» 93, *GRUR* (1991), pp. 183 ss.

⁸² Así, dos programas absolutamente distintos pueden producir un diseño de pantalla muy similar y, al revés, puede copiarse un determinado diseño de pantalla para un programa de ordenador sustancialmente distinto.

que supondría para el competidor lograr que el usuario se familiarizase con otra interfaz. Para ello admiten la «reutilización» (léase «copia») de determinados elementos informáticos, como es el caso del diseño de pantalla, siempre que el competidor no se limite a realizar una copia servil del programa, esto es, siempre que cree, a pesar de copiar determinados elementos, otro producto novedoso e interesante para el usuario⁸³.

Pues bien, y volviendo a nuestras páginas web, ¿tendría alguna justificación, en términos de disminución del (potencial) mercado del afectado, que prohibiéramos a un internauta hacer una copia de nuestra página? ¿E impedirle la averiguación del código?⁸⁴ Pero lo que nos parece más trascendente, ¿puede sostenerse que en una página web el diseño de pantalla es accidental, que no es el principal objeto merecedor de protección? Evidentemente, no.

Adviértase además que por esta vía, al protegerse el código de la página, sólo tendríamos defensa frente a la copia idéntica, nada más. Y esa no la realizan ni los particulares novatos⁸⁵. Menos aún la competencia, pues le basta con alterar el código para copiar básicamente la estructura, funcionalidad y apariencia de una página web sin lesionar los derechos del titular del «programa».

⁸³ Vid. su trabajo en XVII, *Journal Computer & Information Law* (1999), pp. 511 ss. Ilustran las ideas expuestas los casos *Lotus Developmente Corp. v. Paperback Software Int.* (740 F.Supp. 37 Dmass. 1990) y *Apple Computer Inc. v. Microsoft Corporation* (III) (799 F. Supp. 1006 NDCal. 1992). En el primero, donde se debatía si la copia de parte del menú de comandos por parte del demandado constituía una infracción, se denegó parcialmente la pretensión alegando que los comandos obvios (que lo son, hoy, gracias al uso generalizado del programa de Lotus) pertenecen a la idea subyacente al programa. El segundo caso resolvió la copia, por todos conocida, del sistema de ventanas de Apple por el programa Windows de Microsoft. Y lo hace rechazando la pretensión del demandante amparándose en el mismo subterfugio teórico (el uso de ventanas e iconos que permiten abrir y cerrar documentos es algo que pertenece a la idea del programa) pero reconociendo, explícitamente, que el verdadero fundamento está en la necesidad de fomentar la competencia. Afirma el ponente que una vez que el programa está en el mercado es un bien público del que pueden aprovecharse los competidores siempre que no desplacen al pionero del mercado. Continúa advirtiendo que es esta la forma como ha de limitarse el derecho de propiedad concedido al demandante, ya que de lo contrario Apple excluiría la competencia en el sistema más eficiente y simpático para el usuario. Otro ejemplo de cómo ha de permitirse la copia de elementos si con ello se promueve la competencia es, a juicio de Risch, el caso de los «Object Oriented Programs» (OOP). Se trata de pequeñas unidades de programación, habitualmente contenidas en un programa base, destinadas a realizar tareas determinadas (entre otras, las animaciones de una página web, los cálculos matemáticos, etc. Son OOP los elementos de Active X que antes mencionamos). Pues bien, en la práctica, estos OOP se copian sin oposición y se distribuyen gratuitamente. Lo importante para la industria de *software* es proteger el programa base, y con este empeño utilizan las aplicaciones como meros reclamos. Así lo evidencia el caso *Sun Microsystem, Inc. v. Microsoft Corp.* (21 F. Supp. 2d 1409 ND Cal-1998): en la demanda no se alegaba la copia por el demandado de sus componentes en java, sino que la aplicación de Microsoft era inexacta, imprecisa, que lesionaba de esta forma su reputación en el mercado.

⁸⁴ Por cierto, recuérdese que basta para obtenerlo pulsar un comando en cualquier navegador.

⁸⁵ Vid. *supra* apartado III.

b) Puesto que lo esencial en una página web es su apariencia, su manifestación externa ¿podemos protegerla globalmente a través de la normativa sobre diseño industrial?

No tendríamos problemas de compatibilidad entre la normativa sobre propiedad intelectual e industrial ⁸⁶, pero sí de otra índole:

Para empezar por el que más preocupa en la práctica, este tipo de protección es costosa y lenta.

Puede, además, resultar inviable cuando, como es frecuente que suceda, se haya incluido en el diseño de la página el nombre comercial, logotipo o marca del cliente, constanding éstos a su vez registrados en las oficinas públicas pertinentes.

Pero el mayor obstáculo reside en que no logra proteger el dinamismo, la funcionalidad, la estructura interna del sitio web: sólo conseguiríamos por esta vía proteger el diseño, estático, de cada una de las páginas que lo integran.

Concluimos, pues, que nuestro sistema jurídico actual, que reconoce la susceptibilidad de protección por la vía del derecho de autor de estas obras (art. 10.1 TRLPI) no permite, en cambio, su ubicación como obra compleja que es en ninguna de las categorías tipificadas.

Sería conveniente, por tanto, añadir otra categoría que cubriera esta laguna, posibilitando así la protección de la página web en su conjunto. G. Schricker propuso en su día, y con el fin de proteger las campañas publicitarias (y a los publicistas, claro) frente a las mismas actuaciones, de los clientes y de la competencia, que aquí nos preocupan, añadir al elenco de obras susceptibles de protección por el derecho de autor la «obra compleja *sui generis*» ⁸⁷. En ella encajaría sin esfuerzo la página web. La principal crítica que podríamos recibir sería que semejante categoría carece de reconocimiento universal pero, a nuestro juicio, no sería una razón suficiente para no mejorar nuestra normativa interna ⁸⁸.

Si no contamos con suficientes adeptos entendemos que, en último término, debería forzarse la interpretación del objeto de la protección por el derecho de autor para absorber otro tipo de crea-

⁸⁶ Se protegería como obra plástica aplicada, ex artículo 10.1. e TRLPI y como dibujo industrial ex arts. 182 ss. Estatuto Propiedad Industrial (Real Orden de 30 de abril 1930). Vid. R. BERCOVITZ, en BERCOVITZ (coord)/*Comentarios...*, artículo 10.1.e; y M. Zambrini, «La protección jurídica del diseño industrial mediante la propiedad intelectual en los últimos pronunciamientos jurisprudenciales», *Pe.i.* 1999, pp. 95 ss.

⁸⁷ En «Copyright protection for advertising ideas, concepts and campaigns under German law», 28, *IIC* (4/1997), pp. 477 ss.

⁸⁸ Menos aún cuando se trata, como aquí ocurre, de definir el régimen jurídico supletorio regulador de las relaciones entre *web-master* y cliente.

ción intelectual individual: la que resulta de la interacción de los elementos de distintas categorías de obras, interpretación que nos permitiría ubicar a los productos multimedia y, también, a las páginas web ⁸⁹.

¿Es, además, necesaria alguna otra modificación de nuestra normativa sobre propiedad intelectual para decidir a quién pertenece la página web? De ello nos ocupamos inmediatamente.

4.4 El problema de la autoría de un sitio web

Conviene comenzar este punto haciendo un poco de historia. Como probablemente sepa el lector, el sistema del *common law* justifica los derechos del autor como «recompensa» por la contribución del mismo al incremento del acervo cultural comunitario. Al sistema continental de derechos de autor, en cambio, le basta la personalidad del autor para atribuirle, en la medida en que es una emanación de su intelecto, un derecho de propiedad absoluto (aunque inmaterial) sobre su creación. Consecuentes con su respectivo fundamento, el *copyright* reconoce al autor, únicamente, derechos patrimoniales; y el derecho de autor, también, derechos morales sobre su obra ⁹⁰.

Cierto es que las posiciones, máxime tras la firma del Convenio de Berna por los Estados Unidos, se han aproximado: Estados Unidos reconoce ahora a algunos artistas plásticos los derechos de paternidad e integridad de su obra, pero no a todos ⁹¹. La mayoría de las pretensiones de orden moral de los autores sólo prosperarán, por tanto, si se encuentran reconocidas en alguna ley estatal o, con mayores probabilidades de éxito, si puede calificarse la actuación del infractor como un *tort of defamation* (luego no por *copyright*) ⁹².

Y que el sistema de derecho de autor, cuando ha necesitado proteger especialmente el esfuerzo o el dinero invertido en la realización de algún tipo de obra que no mereciera el calificativo de «creación

⁸⁹ Interpretación que, para aquéllos, propuso DREIER en «Adjustment of copyright law to the requirements of the information society», 29 *IIC* (6/1988), pp. 623 ss. y que, en definitiva, supone trasladar el supuesto de la obra colectiva del ámbito subjetivo al objetivo.

⁹⁰ Sintetiza la filosofía subyacente a ambos sistemas jurídicos J. DREXL, 15, *IIC Studies* (1994), pp. 2 ss.

⁹¹ Sólo a aquellos cuya obra se plasme en un único soporte material o en un número limitado (máximo 200) y numerado de ellos. *Vid.* The Visual Artists Rights Act (HR Rep. Núms. 101-514, 101.st Cong. 2d Sess. 14 1990). Sobre la misma, J. GINSBURG, «Copyright in the 101.st Congress: commentary on the Visual Artists Rights Act and the Architectural Works Copyright Protection Act of 1990», 152, *RIDA* (1992), pp. 111 ss.

⁹² De momento, advierte SAMUELSON (*EIPR* 1999, p. 580), ni la industria editorial ni Hollywood están dispuestos a permitir que se reconozcan derechos morales a los escritores o a los artistas.

intelectual», ha recurrido a los llamados «derechos conexos» al derecho de autor donde, por definición, no caben los derechos morales⁹³.

No creemos, en cambio, que la regulación dentro de la propiedad intelectual de la protección de los programas de ordenador constituya una aproximación entre ambos sistemas. Si da esa impresión no es tanto porque se haya impuesto internacionalmente el sistema del *copyright*, cuanto por la peculiaridad del producto protegido. Puesto que, como vimos, el carácter o valor utilitario es, en realidad, el único mérito del producto, resultará extralimitada toda pretensión que, basadas en el derecho moral del autor del programa, pretenda dificultar las posibilidades de explotación del mismo⁹⁴.

Pues bien, si el *copyright* tiene, todavía, un contenido meramente patrimonial, es jurídicamente factible imputar legalmente la autoría a una persona jurídica: al empresario en el caso de creaciones realizadas por asalariados en el marco de su trabajo; y, también, al comitente de una obra; además, claro, de poderse ceder convencionalmente⁹⁵.

En el derecho de autor, en cambio, una imputación semejante sería una aberración; y una cesión de la autoría, inadmisibles. En estos sistemas, el único autor posible es el creador (persona física) de la obra, y lo más que se puede ceder o imputar son los derechos patrimoniales sobre la obra.

Luego autores, en nuestro sistema jurídico, sólo pueden serlo los individuos, quienes pueden, obviamente, crear una obra de forma autónoma (autor individual del art. 5 TRLPI) o colaborar entre varios para su consecución.

Esta colaboración puede ser vertical (es el caso de las adaptaciones) u horizontal y, dentro de ésta, caben todos los posibles grados de concurrencia (desde la aportación absolutamente distinguible y susceptible de explotación aislada hasta la creación *ex profeso* para su integración en una obra común, insusceptible, pues, de explotación separada). Todos ellos, coincidimos con A. Carrasco,

⁹³ Sumamente crítico con la expansión de estos «derechos conexos» en detrimento de una sana competencia se muestra P. PORTELLANO DíEZ, *La imitación en el derecho de la competencia desleal*, Madrid 1995, pp. 156 ss.

⁹⁴ Para que no quepa duda de ello, y puesto que nuestro texto legal por coherencia con el sistema no puede negar al programador sus derechos morales, limita enormemente su eficacia. Permite al usuario transformar el programa para adaptarlo a sus necesidades y realizar versiones sucesivas o programas derivados (arts. 100.1 y 4 TRLPI); y, en opinión mayoritaria (por todos, J. DELGADO en BERCOVITZ/Comentarios..., art. 95, pp. 1381-3), favorece también la atribución de la autoría de un programa a una persona jurídica para privar así de derechos morales al concreto autor del mismo. ¿Es este el interés latente en la calificación de una página web como programa de ordenador?

⁹⁵ Vid. Secc 201(B) Copyright Act.

lo absorbe el ámbito del artículo 7 TRLPI, regulador de la obra en colaboración ⁹⁶.

El tránsito de dicha obra en colaboración del artículo 7 a la obra colectiva del artículo 8 TRLPI no lo marca, pues, la susceptibilidad de una explotación independiente de las aportaciones ⁹⁷, sino la decisiva intervención de un coordinador en la obra colectiva que decide cómo y en qué medida se integran las distintas aportaciones para dar como resultado la obra final. Todavía más: sólo cuando esa labor de coordinación y decisión sea, a su vez, creativa, habrá nacido un nuevo objeto de protección, distinto de las particulares aportaciones de los intervinientes que pueden, o no, ser susceptibles de protección por el derecho de autor, que la Ley denomina «obra colectiva» y que es una unidad creada por quien ejerce las mencionadas funciones de coordinación.

Si, como sostenemos, para que nazca la obra colectiva del artículo 8 TRLPI dichas tareas de coordinación han de ser creativas ⁹⁸, el único titular de la autoría sobre el conjunto puede ser el individuo (persona física) que las realiza. La mención en el párrafo primero del artículo 8 TRLPI de la persona jurídica junto con la física obedece, a nuestro juicio, a que enumera otras circunstancias que suelen concurrir en la elaboración de una obra colectiva y pueden atribuirse a una persona jurídica: la iniciativa en la elaboración de la obra y la edición y divulgación bajo su nombre. Estas circunstancias, entendemos, no son características que diferencien una obra colectiva de otra obra en colaboración o unisubjetiva: son comunes a toda obra realizada por encargo y no bastan, por sí solas, para atribuir la titularidad sobre la obra resultante al comitente ⁹⁹.

El párrafo segundo del artículo 8 TRLPI apoya esta interpretación: lo que corresponde a la persona que edita y divulga la obra bajo su nombre no es la autoría, son los *derechos sobre la obra*, y *siempre que otra cosa no se pacte*. Luego lo que establece el legislador es una presunción de cesión de los únicos derechos que sobre la obra unitaria pueden cederse (los patrimoniales), por parte de la persona física que la ha compuesto y en a favor de quien la edita o

⁹⁶ Vid. BERCOVITZ (coord.)/Comentarios..., artículo 7, pp. 125, 127-8 y 134.

⁹⁷ Puesto que el apartado tercero del artículo 7 TRLPI establece que, a reserva de lo pactado entre los coautores de la obra en colaboración, éstos podrán explotar separadamente sus aportaciones, salvo que causen perjuicio a la explotación común.

⁹⁸ Seguimos pues a A. CARRASCO, *op. cit.*, *supra*; y a J. M. MIQUEL, BERCOVITZ (coord.)/Comentarios..., 1.ª edición, artículo 8, p. 121.

⁹⁹ Distinta será la respuesta, ya lo advertimos, en el sistema norteamericano. Ahora bien, tanto en aquél como en el nuestro, si el comitente interviene *creativamente* en la elaboración de la página web será coautor o incluso autor único de la misma (si acude a un experto únicamente para que traduzca su creación al lenguaje informático), aunque no sea el caso más frecuente.

divulga (que, además, suele coincidir con quien tuvo la iniciativa de realizar la obra).

Ahora bien, el texto es claro al señalar como hito decisivo para la cesión, presunta de esos derechos, la «edición y divulgación de la obra». ¿Es que antes no hay obra colectiva susceptible de protegerse? Creemos que nada en nuestra Ley permite afirmar tal cosa. La obra nace, como objeto de protección autónomo, en el momento en el que el coordinador plasma, exterioriza, el resultado de su trabajo de creación y coordinación, ya sea de forma transitoria (como es el esquema o mapa del documento que elabora nuestro Arquitecto de la Información o, como hemos preferido denominarle, *web-master*), ya de forma definitiva. Los derechos sobre la misma le pertenecen desde ese mismo momento en el que exterioriza su creación hasta que se divulgue la obra bajo el nombre de otro; salvo, claro está, que otra cosa se pacte o que nos encontremos ante otros supuestos de cesión *ope legis* de los derechos del autor a un tercero ¹⁰⁰.

¿Cuáles son esos otros supuestos de cesión *ope legis* de derechos de autor a un tercero que, por hipótesis, no ha intervenido creativamente en la realización de la obra?

Las obras creadas por asalariados en el curso de su trabajo (art. 51 del TRLPI) y las obras audiovisuales, donde se presume la cesión de los derechos al productor (art. 88 TRLPI). Ni uno ni otro serán, en la práctica totalidad de los casos, aplicables cuando la obra sea una página web ¹⁰¹.

¿Y los programas de ordenador? El artículo 97.I TRLPI dice: «1. Será considerado autor del programa de ordenador la persona o grupo de personas naturales que lo hayan creado, o la persona jurídica que sea contemplada como titular de los derechos de autor en los casos expresamente previstos por esta Ley.» Inmediatamente después, recoge las distintas formas de participación (obra colectiva, en colaboración, creada por un trabajador asalariado) para repe-

¹⁰⁰ Debemos advertir que la nuestra es una interpretación muy particular del artículo 8 TRLPI. La mayoría de la doctrina entiende, por el contrario, que la obra colectiva no nace hasta que no se divulgue, porque hasta entonces no está determinado de forma definitiva el objeto de protección (así, por todos, A. CARRASCO, en BERCOVITZ (coord.) *Comentarios...*, art. 8, pp. 150-1). Pero tampoco lo está en el caso de los ensayos, bocetos o proyectos o maquetas, y no por ello dejan de protegerse [*vid. art. 10. 1. e) y f)*].

¹⁰¹ Porque, como vimos, no puede calificarse como obra audiovisual y el elenco de intervinientes-autores establecido por el legislador no coincide con los intervinientes en la elaboración de una página web; y porque, como también ocurre en la industria informática, aunque aquí en mayor medida, los *web-masters* no suelen trabajar de forma dependiente, ajustándose a una jerarquía ni bajo nómina. Suelen trabajar de forma independiente y facturar por horas de trabajo y, en la mayoría de los casos, no están interesados por los seguros sociales. Describe muy bien estas peculiares relaciones R. DEL GALLO, «Who owns your web-site? The ultimate question when a hiring party has a falling-out with the web designer», 4, *John Marshall Journal of Computer & Information Law*, vol. XVI (1998), pp. 871 ss.

tir aquí lo ya establecido en el régimen general (arts. 8, 7 y 51 TRLPI). La interpretación literal del primer párrafo, que admite la atribución legal de la autoría sobre un programa a una persona jurídica ha sido, con razón, duramente criticado por la doctrina, que concluye que se trata de una mala transposición de la Directiva y que su significado es obvio: se limita a reconocer que en la elaboración de un programa caben todos los regímenes de autoría (individual, común y del coordinador), remitiéndose al régimen general ¹⁰².

En conclusión, y puesto que las cesiones legales de derechos sobre la obra sólo operan en los casos vistos y sólo el de la obra colectiva puede ajustarse al supuesto que aquí estudiamos, podemos afirmar que si la página web fuera una obra colectiva, mientras no se «editara» y divulgara bajo nombre de otro, y aun en este caso siempre que otra cosa no se haya pactado, el *web-master* conserva la titularidad de todos los derechos sobre la obra.

Dicho de otra forma, sólo operará una presunción de cesión legal de la titularidad de los derechos sobre la página web a quien la divulgue bajo su nombre cuando la misma sea una obra plurisubjetiva en la que el coordinador desempeñe una tarea creativa ¹⁰³ y, efectivamente, ya se haya instalado en la red bajo nombre de otro ¹⁰⁴.

En todos los demás casos, el comitente sólo será titular de los derechos que el autor convencionalmente le transmita, debiéndose pactar la cesión expresamente y delimitarse claramente los derechos cedidos ¹⁰⁵.

Los derechos cedidos, sobra decirlo, sólo pueden ser los de contenido patrimonial. ¿Sería válido un pacto por el que, con motivo de la cesión de los derechos de explotación, renunciara el autor a sus derechos morales? De este y otros temas nos ocupamos seguidamente.

V. PROPUESTAS PARA SOLUCIONAR LOS PROBLEMAS MÁS FRECUENTES ENTRE *WEB-MASTERS* Y CLIENTES

Podemos concluir, después del estudio hasta el momento realizado, que un *web-site* es una obra de carácter utilitario que, proba-

¹⁰² Vid., por todos, A. CARRASCO, en BERCOVITZ (coord.)/Comentarios..., artículo 5, p. 109; y J. DELGADO, en la misma obra, artículo 97, pp. 1435-8.

¹⁰³ En otro caso será una obra en colaboración y los derechos sobre el conjunto pertenecerán a todos en la medida en que se pacte, aunque es este un supuesto realmente improbable en la práctica de la elaboración de páginas web.

¹⁰⁴ Obsérvese que hablamos de instalación en la red como término equivalente a la «edición» del artículo 8 TRLPI, pensado para un entorno analógico. Esta sería, a nuestro juicio, la única matización que habría que hacer en este ámbito al TRLPI para adaptarlo a las nuevas formas de creación; matización que, por otra parte, puede lograrse con una interpretación actualizada del precepto.

¹⁰⁵ Vid. artículo 43 TRLPI antes reproducido.

blemente, también tenga un interés estético o creativo. Se trata, por tanto, de obras susceptibles de ser protegidas por el derecho de autor aunque, como hemos visto, este conjunto normativo no las contemple expresamente y fueran deseables ciertas matizaciones para que dicha protección no pudiera ser contestada.

Siendo esto así, la relación obligatoria surgida entre el *web-master* y su cliente como consecuencia del encargo de la obra, que de otra forma estaría regida exclusivamente por las normas relativas al contrato de obra, se verá sustancialmente modulada por las exigencias, imperativas en su mayoría, del derecho de autor.

Veámoslo analizando los distintos problemas-tipo:

5.1 Incidencias durante la elaboración de la página web. El desistimiento unilateral

¿Puede el comitente de una página web desistir unilateralmente de la elaboración de la misma? Sin duda. La cualificación de la obra como creativa no demanda la supresión de este derecho que el artículo 1594 CC concede a todo comitente¹⁰⁶, aunque probablemente sí condicione, como inmediatamente veremos, la liquidación de la relación obligatoria.

Afirmado el derecho al desistimiento del comitente, dos son las cuestiones que debemos solucionar: quién, de las dos partes en conflicto, decide la atribución de la obra inconclusa y, segundo, cuál ha de ser el alcance de la indemnización a pagar por el comitente que desiste.

La primera cuestión planteada no admite una solución genérica puesto que depende de quién sea el titular dominical de la obra pendiente de conclusión. Es este un tema de lo más complejo y debatido, no siendo éste, claro, el lugar oportuno para analizarlo con detalle. Sí precisamos, con todo, apuntar nuestra opinión al respecto si queremos continuar nuestro estudio.

Pues bien, de todos es sabido que nuestro Código civil, al regular el contrato de obra, no aclara a quién le pertenece la obra en proceso de elaboración ni cuándo, en consecuencia, adquiere el comitente el dominio sobre el resultado prometido. Y no lo hace porque es un tema que ya ha resuelto antes, o porque al regular unitariamente contratos de obra tan heterogéneos (de construcción inmobiliaria sobre fundo ajeno o propio; de construcción mobilia-

¹⁰⁶ Artículo 1594 CC: «El dueño puede desistir, por su sola voluntad, de la construcción de la obra aunque se haya empezado, indemnizando al contratista de todos sus gastos, trabajo y utilidad que pudiera obtener de ella.»

ria con materiales propios o ajenos) no podía dar una respuesta genérica, o por ambas causas.

Lo cierto es que esta carencia de regulación específica ha dado pie a las más variadas tesis doctrinales. Algún autor defiende así que la propiedad de la obra pertenece al comitente desde la celebración del contrato, que se transmite con el mero consentimiento ¹⁰⁷. Algún otro defiende todo lo contrario: que la propiedad de la *res nova* que constituye la obra pertenece en todo caso al contratista hasta que la entrega al comitente ¹⁰⁸.

La mayoría es partidaria de la tesis dualista, es decir, de distinguir supuestos. Considera así que en un ordenamiento jurídico como el nuestro, que sigue la teoría del título y el modo en orden a la transmisión del dominio y que, también en términos generales, acoge la máxima *res perit domino*, no puede bastar el mero contrato para transmitir el dominio sobre la obra en proceso de elaboración; que es necesaria además la *traditio* o entrega del resultado prometido; solución esta coherente, por otra parte, con el hecho de que sea el contratista quien soporte el riesgo por la pérdida fortuita de la obra mientras no se haya entregado (arts. 1589-1590 CC) ¹⁰⁹. Matizan, eso sí, la conclusión antes reproducida, cuando se trate de una construcción inmobiliaria en fundo ajeno, pues sostienen que sin duda la propiedad corresponde al comitente ¹¹⁰, bien por aplicación de las reglas sobre la accesión ¹¹¹, bien porque en tal caso lo

¹⁰⁷ SÁNCHEZ CALERO, *El contrato de obra. Su cumplimiento*, Madrid 1978, pp. 180 ss.

¹⁰⁸ J. M. RUIZ-RICO RUIZ, *Las garantías del contratista de inmuebles*, Jaén 1995, pp. 73 ss.

¹⁰⁹ ¿Por qué entonces se imputan al comprador los riesgos de la cosa comprada y todavía no entregada (art. 1182 CC)? A nuestro juicio, porque el contrato típico de compraventa tiene por objeto una cosa acabada, susceptible ya de producir unos frutos y utilidades que, para equilibrar la posición de las partes, el legislador atribuye al comprador (arts. 1095 y 1186 CC, que comprende también la utilidad en cambio de la cosa, esto es, no sólo el *commodum ex re*, también el *commodum ex negotiatione*. Sobre el particular, *vid.* PANTALEÓN PRIETO, «Las nuevas bases de la responsabilidad contractual», *Anuario de Derecho Civil*, 1993, pp. 1737-8).

Si la cosa no existiera al tiempo de la venta (compraventa de cosa futura), el sistema ha de ser, en justa reciprocidad, distinto: puesto que el comprador no disfruta, todavía, la cosa, tampoco soporta el riesgo. Como puede verse, la lógica en este último caso es la misma que inspira la regulación del contrato de obra. Sobre este tema, *vid.* especialmente las obras de ALONSO PÉREZ, *El riesgo en el contrato de compraventa*, 1972, p. 202; y C. ROGEL VIDE, *La compraventa de cosa futura*, 1975, pp. 147 ss.

¹¹⁰ *Vid.*, por ejemplo, C. DE DIEGO, *Instituciones de Derecho civil español*, II, 1959, p. 325; A. CARRASCO PERERA, *Ius aedificandi y accesión*, 1986, p. 209; LUCAS FERNÁNDEZ, *Comentarios al Código Civil y a las Compilaciones forales*, tomo XX, vol. 2.º, artículos 1588-1600 CC; BADOSA COLL, *La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil*, 1987, pp. 190-214; LACRUZ/RIVERO, *Elementos de Derecho civil II*, vol. 2.º, 1999, pp. 188-9; P. SALVADOR CODERCH, *Comentarios del Código civil*, Ministerio de Justicia, 1991, p. 1199

¹¹¹ Por todos, SALVADOR CODERCH, *op. cit.*, p. 1199.

único que tiene el constructor es un derecho de crédito, que no una titularidad dominical que luego transmita al comitente ¹¹².

¿Y si lo construido *ex novo* es un bien mueble (nuestra página web)? Si los materiales los aporta el contratista (*web-master*), nadie duda su titularidad dominical sobre la obra ¹¹³. Las dudas surgen cuando los materiales los aporta el comitente o cuando los aportan ambos. En estos casos se ha sugerido que la propiedad material de la obra pertenece, por analogía con el régimen de la especificación ¹¹⁴ al comitente y, en la segunda hipótesis, en proindiviso a ambos ¹¹⁵. Y son verdaderamente excepcionales los autores que, de afirmarse la titularidad dominical del comitente, están dispuestos a reconocer, al menos, al contratista el derecho de retención del artículo 1600 CC ¹¹⁶. Creemos que esta conclusión debe revisarse.

Dice la mayoría, y estamos de acuerdo, que la respuesta a la pregunta sobre la titularidad dominical hay que buscarla en el régimen de distribución de riesgos: que el contrato de obra no excepciona el principio *res perit domino*. Siendo esto cierto, aquel que soporte el riesgo por la pérdida fortuita de la cosa es su propietario y éste es, a tenor de los artículos 1589 y 1590 CC, el contratista que todavía no haya entregado la obra.

Pero continúa, y es aquí donde discrepamos, negando esta conclusión cuando los materiales los aporta, total o parcialmente, el

¹¹² L. DÍEZ-PICAZO, «Posesión y contrato de obra», *Estudios Homenaje Prof. Batlle Vázquez*, 1978, pp. 247-8.

¹¹³ De otra forma tendrían que conceder al contratista que no ha cobrado el derecho de retención del artículo 1600 CC, y no lo hacen: entienden que puede defenderse en este caso con la *exceptio inadimpleti contractus*. Así, R. DE ÁNGEL, *Los créditos derivados del contrato de obra*, 1977, pp. 124-126; DÍEZ PICAZO/GULLÓN, *Instituciones de Derecho civil*, I, p. 713; o LACRUZ/RIVERO, *Elementos...*, cit., p. 205.

¹¹⁴ Artículo 383 CC: «El que de buena fe empleó materia ajena en todo o en parte para formar una obra de nueva especie, hará suya la obra, indemnizando el valor de la materia al dueño de ésta.

Si ésta es más preciosa que la obra en que se empleó o superior en valor, el dueño de ella podrá, a su elección, quedarse con la nueva especie, previa indemnización del valor de la obra, o pedir indemnización de la materia.

Si en la formación de la nueva especie intervino mala fe, el dueño de la materia tiene el derecho de quedarse con la obra sin pagar nada al autor, o de exigir de éste que le indemnice el valor de la materia y los perjuicios que se le hayan seguido.»

¹¹⁵ RUIZ-RICO RUIZ, *Las garantías...*, p. 157, nota 1; y M. J. MONFORT FERRERO, «Adquisición de la propiedad en el contrato de obra y restitución de las prestaciones», *5, Revista de Derecho Patrimonial* (2000), p. 124.

¹¹⁶ Reservan esta defensa, exclusivamente, para el contratista que repara una cosa ajena, R. DE ÁNGEL, *Los créditos...*, pp. 124, 131-132; ALBACAR, *Código civil. Doctrina y Jurisprudencia*, tomo V, 1991, p. 1284; o SALVADOR CODERCH, *Comentarios...*, p. 1211. Se la ofrece también al contratista *ex novo* de un bien mueble con materiales del comitente, LACRUZ/RIVERO, *Elementos...*, cit., p. 205. Más dudosa es la postura de Díez-Picazo, que en «Posesión y contrato de obra» (p. 246) parece concederla, pero que en las obras conjuntas con Gullón (*Sistema de Derecho civil*, II, p. 425; *Instituciones...*, cit., p. 713) sólo menciona la *exceptio* como defensa.

comitente. Entendemos que la cuestión podría discutirse cuando el autor incorporara los materiales del comitente de forma indisoluble a la obra, esto es, cuando estuviéramos ante un supuesto de hecho sustancialmente idéntico al contemplado por el artículo 383 CC ¹¹⁷. No, sostenemos, cuando el comitente puede recuperar, tras desistir el contrato, sus materiales incólumes, como particularmente es el caso de las páginas web. Aquí no vemos justificación alguna para apartarnos del régimen general, negándole al contratista-autor las defensas propias del dueño y, además, por tratarse de una obra nueva, arriesgarnos a que se le niegue también el derecho de retención del artículo 1600 CC ¹¹⁸.

Si nuestra conclusión es correcta, es el *web-master*, cuyo interés hay que satisfacer para poder desistir del contrato, quien decide si le interesa retener la parte ya elaborada. No podrá entonces el comitente exigir la entrega de lo ya realizado, pero desde luego deberían poder negociar. Es esta negociación la que se va a ver perturbada, en perjuicio del comitente, sí, pero también del contratista-autor, cuando la obra sea una «creación intelectual».

En éste, que es nuestro caso, las partes no pueden negociar libremente la adjudicación de la obra parcialmente elaborada porque el autor no puede garantizar de ningún modo al comitente que no ejercerá sus derechos morales para impedirle o dificultarle la utilización de la mencionada parte ¹¹⁹. Ciertamente es que si libremente pacta la transmisión de la obra inconclusa (que debe, pues, terminarse por otro), renunciando a la autoría o al derecho de integridad de la obra, y encima lo hace a cambio de precio, su posterior ejercicio de los mencionados derechos morales será juzgado, con toda probabilidad, abusivo (*ex art. 7 CC*); pero garantía de que así vaya a ser no hay ninguna y esta incertidumbre se refleja, obviamente, en el precio que el comitente va a estar dispuesto a pagar por la parte de la página ya elaborada.

¿*Quid* si la propiedad intelectual sobre la obra ya fue transmitida en el contrato? No está de más hacernos esta pregunta dado que la obra que nos ocupa se manifiesta en un ejemplar único en el que convergen, por tanto, la propiedad material e inmaterial. ¿Puede en este caso exigir el comitente la entrega o impedir al *web-master* la

¹¹⁷ Y aun en ese caso la tesis no sería pacífica porque la propiedad dependería de un juicio, relativo, sobre el mayor valor de la obra o de los materiales.

¹¹⁸ Dicho de otra forma: de sostenerse que la obra pertenece al comitente por haber aportado los materiales, debe concedérsele al contratista que elabora *ex novo* la página el derecho de retención establecido en beneficio del que repara un bien ajeno, pues la indefensión que el citado derecho quiere solucionar la padece igualmente el contratista de nuestro ejemplo.

¹¹⁹ Sobre la irrenunciabilidad de los derechos morales y el carácter imperativo de la norma que la sanciona nos ocuparemos luego.

reutilización de la obra inconclusa (sin los materiales que el comitente haya aportado, se entiende) alegando que es él, por el contrato, el titular de los derechos de autor sobre esa parte de la obra? Nos parece que no, y por varias razones:

Primero, porque los derechos que se transmiten en el contrato, salvo que otra cosa se pacte, serán derechos sobre la obra terminada, luego una pretensión como la enunciada chocaría frontalmente con el artículo 43 TRLPI ¹²⁰.

Segundo, y por si se hubiera pactado una transmisión fraccionada de los derechos a medida que se fueran culminando las distintas fases de elaboración, porque no parece admisible que quien pretende desvincularse de una relación jurídica desistiendo del contrato, quiera no obstante hacer valer alguno de los derechos que dicho contrato por él desistido le reconocía.

Y, tercero, porque el *web-master* siempre puede oponerse a una pretensión semejante ejercitando sus (intransmisibles) derechos morales; en particular, su derecho a decidir si la obra ha de ser divulgada y en qué forma (art. 14.1. TRLPI) ¹²¹.

La segunda cuestión que nos interesaba estudiar en caso de desistimiento del comitente era el alcance de la indemnización debida al contratista.

El artículo 1594 CC dice textualmente que la indemnización cubre «todos sus gastos, trabajo y utilidad que pudiera obtener de ella (de la obra)». Cubre, por tanto, el interés del contratista en el cumplimiento del contrato: el valor económico que, gracias a la culminación y entrega de la obra, habría obtenido ¹²². Puesto que, por hipótesis, la obra no se ha terminado cuando el comitente desiste, parece claro que debe descontarse de la indemnización todo gasto que, de haberla terminado, tendría que haber desembolsado el contratista y que, de esta forma, se ha ahorrado ¹²³.

¹²⁰ *Vid. supra*, nota 73.

¹²¹ Este último argumento, así como el primero, son también oponibles al (ulterior) cesionario de los derechos de autor sobre la obra.

¹²² Valor que, de ordinario, superará el interés negativo, porque no será el contratista quien haya realizado un mal negocio. Si este fuera el caso, si los gastos superaran la utilidad que el cumplimiento del contrato habría de reportarle, el resarcimiento debe limitarse al importe del interés negativo. Sobre estos temas, *vid.* F. PANTALEÓN PRIETO, «Resolución por incumplimiento e indemnización», *Anuario de Derecho civil*, 1989, pp. 1143 ss., y A. SOLER PRESAS, *La valoración del daño en el contrato de compraventa*, Aranzadi, Madrid, 1997, pp. 82-86. Que ésta es también la medida del resarcimiento en caso de desistimiento del comitente en el contrato de obra, lo demuestran las SSTs de 10 de marzo de 1979; 15 de diciembre de 1981; o de 13 de mayo de 1983.

¹²³ Porque de haberse cumplido el contrato habría constituido también un concepto o partida a restar del beneficio (neto) que la obra le habría reportado. Duda, sin embargo, sobre la procedencia de esta deducción, incomprensiblemente a nuestro juicio, SALVADOR CODERCH, en *Comentarios...*, p.1204.

¿Puede solicitar el comitente que se descuenta de la indemnización lo que el *web-master* haya obtenido gracias a una utilización alternativa de los recursos en principio destinados a la elaboración de su página? Una respuesta fundada a este interrogante exige conjugar la carga de mitigación que a todo acreedor de una indemnización incumbe con la exclusión, en nuestro ordenamiento, del criterio de la *compensatio lucri cum damno*¹²⁴; lo que, a su vez, nos obliga a deslindar hipótesis:

– El *web-master* que solicita la indemnización de su interés de cumplimiento está, como decimos, obligado a mitigar el daño que el desistimiento le haya podido ocasionar. Esta carga de mitigación no le obliga a un comportamiento que exceda el típico del contratista medio, pero sí, desde luego, al propio de éste. Y un contratista diligente no desaprovecha la obra realizada confiando en que (hipotéticamente) le será pagada en un futuro, ni mantiene inactivos los recursos inicialmente destinados a un proyecto ya frustrado cuando puede rentabilizarlos de otro modo. Por ello, lo que gracias a este comportamiento razonable¹²⁵, pudiera haber obtenido el *web-master* puede, de solicitarlo el comitente, descontarse de la indemnización, tanto si efectivamente se ha obtenido como si no¹²⁶.

– No está obligado el *web-master*, por exclusión, a comportarse más eficazmente que la media en su sector de actividad. No hay, por tanto, motivo alguno que justifique que el beneficio que pudiera haber obtenido el contratista gracias a un comportamiento extremadamente eficiente o a un magnífico negocio se desplace de un patrimonio a otro mediante su deducción del importe de la indemnización que corresponda a los (otros) daños que no pudieran haberse razonablemente evitado¹²⁷.

¹²⁴ Este deslinde se estudia con detenimiento en A. SOLER, *La valoración del daño...*, cit., pp. 61 ss.; especialmente 71-72.

¹²⁵ Qué sea razonable en el caso concreto dependerá de la situación del mercado y de las circunstancias propias de la empresa, siempre que éstas fueran conocidas por el comitente o debiera suponerlas por ser las habituales en el sector. El límite de la previsibilidad al tiempo de contratar –artículo 1107.1 CC– impide cargar al comitente con el coste de una falta de mitigación oportuna cuando ésta se deba a razones particulares del contratista y desconocidas por el comitente cuando celebró el contrato. Sobre esta cuestión *vid.*, también, A. SOLER, *La valoración...*, pp. 59 ss.

¹²⁶ Esta es, precisamente, la eficacia de la carga de mitigación: limita el resarcimiento al importe de las pérdidas no susceptibles de haber sido razonablemente evitadas y al coste de las medidas mitigadoras de aquellas otras que sí lo fueron o que debieron haberlo sido.

¹²⁷ Esta deducción, que nosotros rechazamos, sería la consecuencia a la que nos llevaría la aplicación del pretendido «principio» de la *compensatio lucri cum damno*; principio que usualmente se confunde con la ineludible exigencia de descuento de los gastos ahorrados antes vista, y que deriva no del supuesto principio que ahora nos ocupa, sino de la necesaria estimación neta del perjuicio sufrido. Sobre este particular, *vid.* F. PANTALEÓN PRIETO, *Comentarios del Código civil*, Ministerio de Justicia, 1991, pp. 1989-90, 1992.

El carácter «creativo» de la obra encargada influye, como hemos visto, a la hora de liquidar la relación jurídica como consecuencia del desistimiento del comitente; pero tiene otra consecuencia más notable: permite también al contratista desistir de la elaboración de la página. Esta facultad no se recoge explícitamente por la norma, pero sí de forma implícita en el antes citado artículo 14.1 TRLPI, donde se reconoce el derecho moral del autor a decidir si la obra ha de ser divulgada y en qué forma. Puede, por tanto, el *webmaster*, negarse a terminarla aunque entonces, ya sea por aplicación analógica del punto 6 del mismo artículo ¹²⁸ o por reciprocidad con el trato recibido por el comitente que desiste, tendrá que indemnizarle todos los perjuicios que su decisión ocasione.

¿Podemos sostener en este caso (desistimiento del autor) que la medida de la indemnización sea menor, esto es, que sólo deba el autor el resarcimiento de los gastos que el desistimiento ocasione? El argumento sería el siguiente: puesto que estamos reconociendo al autor un derecho de desistimiento, y lo hacemos por su condición de tal, como consecuencia obligada del reconocimiento de sus derechos morales, tendremos que dotar a este acto lícito de desistimiento de una consecuencia jurídica distinta (menos grave) que la que derivaría de otro acto, este ilícito, como sería el incumplimiento del contratista que abandona la obra. Si, en este último caso, por tratarse de un hacer personalísimo, no podemos obligar al contratista-autor a cumplir con lo prometido, debiéndonos conformar con la indemnización, y ésta se valora atendiendo al interés positivo del comitente, la indemnización debida por el autor que lícitamente desiste ha de ser menor.

Podríamos apoyar esta pretensión en el artículo 44 CC. En dicho precepto, para no influir en la toma de una decisión tan personal como la de casarse, permite el legislador al promitente de matrimonio desdecirse de su promesa indemnizando a la parte defraudada únicamente en la medida de los gastos que en la confianza suscitada por la promesa hubiera desembolsado y, por su incumplimiento, no pueda ya recuperar ¹²⁹.

No nos parece, con todo, que esta pretensión prospere. Primero porque el comitente del artículo 1594 CC también actúa lícitamente al desistir, y tanto la norma como la jurisprudencia no permiten dudar que la medida del resarcimiento la cifra el interés de

¹²⁸ Que define el derecho de arrepentimiento del autor como aquel que le permite retirar la obra del comercio por cambio de sus convicciones intelectuales o morales, previa indemnización de daños y perjuicios a los titulares de los derechos de explotación.

¹²⁹ En la medida, pues, de su interés negativo, que no en función del valor de la posición de cónyuge.

cumplimiento del contratista. Y, segundo, porque el propio legislador cuando condiciona el ejercicio de algún derecho moral al pago de los daños que pudiera ocasionar, no establece distinciones sobre el tipo de daño (gasto o beneficio esperado) que pudiera irrogarse, luego con toda probabilidad exige que se indemnicen todos ¹³⁰.

El desistimiento, en definitiva, sólo se diferenciaría a efectos prácticos del incumplimiento en que priva al contratista de la pretensión de cumplimiento, anticipando, consecuentemente, a la fecha de la notificación del desistimiento el momento a partir del cual está obligado el contratista a mitigar la pérdida. Es, por tanto, un supuesto excepcional de eficacia en nuestro ordenamiento de la *anticipatory repudiation* angloamericana.

Sobre quién decide la atribución de la parte elaborada de la página nos detuvimos ya al tratar el supuesto del desistimiento del comitente. La solución que allí propusimos puede igualmente reproducirse aquí. Sólo advertiremos pues, en este punto, del peligro de confusión al que nos puede inducir el artículo 91 TRLPI ¹³¹. Este artículo limita, de forma excepcional, los derechos morales del autor de una parte de la obra audiovisual, luego no puede extenderse su aplicación analógicamente.

5.2 Terminada la obra

a) ¿Qué defensa tiene el *web-master* frente a un cliente que no paga?

De acuerdo con el artículo 1599 CC, de no existir pacto o costumbre en contrario, el precio de la obra deberá abonarse al hacerse la entrega. Lo más habitual es que dicho pacto exista: que se haya convenido un pago fraccionado, según vayan superándose las distintas fases de elaboración de la página. Estos pagos no liberan al *web-master* de responsabilidad por la obtención del resultado final, por mucho que el resultado parcial sea satisfactorio ¹³². Puesto que la obra no es funcionalmente divisible, puesto que es más que la mera suma de las partes, no habrá cumplido hasta que no concluya la página y reciba el comitente el resultado final ¹³³.

¹³⁰ Vid. artículo 14.6 TRLPI.

¹³¹ Artículo 91 TRLPI: «Aportación insuficiente de un autor.—Cuando la aportación de un autor no se completase por negativa injustificada del mismo o por causa de fuerza mayor, el productor podrá utilizar la parte ya realizada, respetando los derechos de aquél sobre la misma, sin perjuicio, en su caso, de la indemnización que proceda.»

¹³² Así, LUCAS FERNÁNDEZ, *Comentarios al Código civil y a las Compilaciones forales*, XX-2, p. 380.

¹³³ SALVADOR CODERCH, *Comentario del Código civil*, Ministerio de Justicia, p. 1198.

Si los pagos parciales no liberan al contratista, tampoco transmiten al comitente la propiedad material sobre la parte concluida. La titularidad dominical sobre la página se transmite, pues, salvo pacto en contrario, cuando se entrega la versión definitiva y se aprueba por el comitente. Instalada ya la página en la web, si el cliente no paga, el *web-master* sólo dispone para su defensa de la acción de reclamación del precio.

¿Puede protegerse mejor? Desde luego, por ejemplo condicionando la transmisión de la titularidad de los derechos de explotación sobre la obra al pago íntegro del precio pues, de otra forma, aquéllos se transmiten por el mero contrato ¹³⁴.

Si la obra es colectiva, como suele ser el caso, la cesión de los derechos de explotación se presume realizada desde que la obra se divulga bajo el nombre del comitente (*ex art. 8 TRLPI*). Por ello, si no se ha condicionado expresamente la transmisión de estos derechos al pago del precio, conviene destruir esa presunción de cesión manteniendo en la página la reserva de derechos a favor del *web-master* hasta que se pague por completo el precio.

Pero también, y puesto que la página es un ejemplar único, puede utilizar la propiedad material sobre la página para conseguir así protegerse frente al impago, aunque nada se haya pactado al respecto en el contrato. Para ello tendrá que sostener que la obligación de entrega y la de pago son sinalagmáticas y de cumplimiento simultáneo, para negarse a proceder a la entrega mientras el comitente no deposite o garantice el pago del precio ¹³⁵.

¿Puede utilizar a estos efectos el derecho moral, esto es, alegarlos para diferir el momento en que entiende terminada la obra y hacerlo así coincidir con el del pago? Nos parece que sería una uti-

¹³⁴ Si en el contrato se pacta, expresamente, dicha transmisión, como exige el artículo 43 TRLPI. No basta, por tanto, con el mero encargo de la obra para que la transmisión se produzca, como por cierto sería el caso en el sistema angloamericano. Allí, tratándose de una *work made for hire* de la secc. 201 (b) del Título 17 UCA, como posiblemente sea nuestro caso, el *copyright* pertenece *ab initio* al comitente, siendo irrelevante a estos efectos, salvo que se haya condicionado expresamente en el contrato la transmisión al pago, que todavía no se haya abonado el precio. En este sistema jurídico, pues, el precio es una mera *covenant* cuyo incumplimiento legitima al *web-master* para resolver el contrato y *recuperar* el *copyright* sobre la obra, pero no para impedir que se siga explotando. Sobre este tema, *vid. Nimmer On Copyright*, 10.15 [A]10-121 (1996); y R. DEL GALLO, 4, *John Marshall Journal of Computer & Information Law*, vol. XV (1998), pp. 900 ss.

¹³⁵ Véase aquí la doctrina (mayoritaria) que niega al contratista de una obra mueble nueva el derecho de retención del artículo 1600 CC porque, afirma, puede defenderse con la *exceptio inadimpleti contractus* (*supra*, nota 114). Sólo SALVADOR CODERCH advierte en el tenor del artículo 1599 CC un principio de prestación previa según el cual debería entregar antes el contratista para que entonces, y sólo entonces, surja la obligación de pago (*Comentarios del Código...*, p. 1210).

lización notoriamente abusiva del derecho moral e innecesaria, dado que la retención de la entrega (material) de la obra puede fundamentarse jurídicamente y sirve a los mismos fines.

b) Una vez terminada la página e instalada en la web, será verdaderamente excepcional que el *web-master* ejercite su derecho moral de retirada de la obra (art. 14.6 TRLPI). Primero, porque para hacerlo tiene primero que indemnizar al comitente; y, segundo, porque dado el eminente carácter utilitario de la obra será difícil convencer al juez de que se ha producido un cambio de convicciones intelectuales o morales del autor, que no pueden satisfacerse con la mera retirada del nombre ¹³⁶ y que urgen la retirada de la obra ¹³⁷.

c) El cliente alega que le pertenece no sólo el sitio web, sino también los elementos empleados en su elaboración.

El artículo 43 TRLPI y la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de diciembre de 1988 ¹³⁸, se oponen a dicha pretensión. La cesión, si otra cosa no se pacta, se limita a lo imprescindible para la utilización del producto: luego a la página tal y como ha resultado y, como insistiremos después, a los elementos necesarios para su actualización.

El elemento más demandado por el comitente suele ser el *software*, pues es el que dota de mayor vistosidad a la página. Pues bien, es precisamente en esta sede, la de los programas de ordenador, donde aclara nuestra ley que, como regla general, la cesión del uso del producto no se entiende realizada en exclusiva (art. 99 TRLPI). Y es también aquí, al tratar sobre la titularidad de los derechos de explotación en los programas creados por encargo, donde explica J. Delgado por qué es perfectamente razonable que la regla dispositiva favorezca la menor transmisión de derechos: ni al programador, que tendrá un legítimo interés en elaborar programas similares, ni al cliente, que le interesará pagar lo menos posible, les interesará de ordinario lo contrario ¹³⁹.

¹³⁶ Posibilidad que siempre asiste al autor y que, por ser menos dañina para los intereses del comitente, constituirá una opción más barata para el *web-master* que, *a posteriori*, reniega de su creación.

¹³⁷ Dados los términos absolutos que emplea el citado artículo del TRLPI, no parece que el juez pueda entrar a valorar la entidad del conflicto moral del autor, aunque sí, desde luego, tiene que cerciorarse de que verdaderamente existe, esto es, que el ejercicio del derecho no es abusivo por esconder intereses patrimoniales. *Vid.* P. MARTÍNEZ ESPÍN, en BERCOVITZ (coord.)/ *Comentarios...*, artículo 14, p. 240.

¹³⁸ En el caso, el comitente de unos programas de ordenador demandaba la cesión de los elementos empleados en su elaboración, apoyándose a este fin en los arts. 1258 y 1287 CC. El Supremo desestima la pretensión arguyendo que, tratándose de un trabajo de creación, la transmisión de los derechos depende de lo pactado en cada caso. *Vid.* el comentario de J. DELGADO ECHEVARRÍA en 18, *CCJC*, (1988), pp. 1063 ss.

¹³⁹ J. DELGADO ECHEVARRÍA, en BERCOVITZ (coord.)/ *Comentarios...*, pp. 1448-1450.

Es cierto que el caso de la página web es distinto. El cliente, que muchas veces utilizará la página web para posicionarse en el mercado de internet, tiene un evidente y legítimo interés en que el *web-master* no elabore páginas web similares para la competencia. Pero para evitarlo no es necesario que asuma el coste que la prohibición de la reutilización de los elementos empleados para la elaboración del *web-site* (programas, diseños, estructura, iconos, etc.) significaría ¹⁴⁰. Un pacto por el que se especificara qué usos de los citados elementos serían potencialmente lesivos para los intereses del comitente sería, a nuestro juicio, suficiente, para concretar un comportamiento ya debido por el *web-master* ex artículo 1258 CC.

d) Actualización del *web-site*. Derecho de retención.

Conviene partir recordando que, puesto que la página web es un ejemplar único, su actualización no constituiría una obra derivada (que por definición presupone la subsistencia inalterada del original), sino una modificación de la obra. Ésta, a tenor del artículo 21 TRLPI, sólo puede efectuarse con la autorización del autor. Este principio general se excepciona en casos concretos donde se presume autorizada la modificación, como son el de la obra audiovisual (art. 92 TRLPI) ¹⁴¹ y el de los programas de ordenador (art. 100.4 TRLPI) ¹⁴². Ninguno de ellos, dado su carácter excepcional, puede aplicarse por analogía, pese a ser evidente que la causa de la excepción prevista en el artículo 100.4 TRLPI concurre también en las páginas web: persigue garantizar al titular de los derechos de explotación de una obra utilitaria que pueda obtener de ella toda su utilidad y evitar su obsolescencia sin tener que recurrir para ello a su autor, que de otro modo monopolizaría el mercado secundario o de mantenimiento ¹⁴³.

¹⁴⁰ Coste que sería difícilmente eludible dado que la cesión de los elementos, como hemos visto, hay que acordarla expresamente.

¹⁴¹ Artículo 92.2 TRLPI: «Cualquier modificación de la versión definitiva de la obra audiovisual mediante añadido, supresión o cambio de cualquier elemento de la misma, necesitará la autorización previa de quienes hayan acordado dicha versión definitiva. No obstante, en los contratos de producción de obras audiovisuales destinadas esencialmente a la comunicación pública a través de la radiodifusión, se presumirá concedida por los autores, salvo estipulación en contrario, la autorización para realizar en la forma de emisión de las obras las modificaciones estrictamente exigidas por el modo de programación del medio, sin perjuicio en todo caso del derecho reconocido en el apartado 4.º del artículo 14.»

¹⁴² Artículo 100 TRLPI: «Límites a los derechos de explotación. 4.–El autor, salvo pacto en contrario, no podrá oponerse a que el cesionario titular de los derechos de explotación realice o autorice la realización de versiones sucesivas de su programa ni de programas derivados del mismo.»

¹⁴³ Sobre el riesgo de asfixiar este mercado secundario en USA mediante la inclusión de cláusulas en las licencias de *software* que impidan al usuario toda modificación, *vid.* P. SAMUELSON, «Modifying copyrighted software: adjusting copyright doctrine to accommodate technology», 28, *Jurimetrics* (1998), pp. 180 ss. Sobre los motivos subyacentes al artículo 100.4 TRLPI, J. DELGADO, BERCOVITZ (coord.)/Comentarios..., pp. 1486 ss.

Por ello, entendemos, también el comitente de una página web ha de poder actualizarla sin precisar para ello de la autorización del *web-master* ¹⁴⁴; aunque, eso sí, deberá respetar en la actualización, los derechos morales del autor originario de la página.

¿Cuáles, en concreto? Entendemos que el de paternidad, en su doble vertiente: positiva (derecho a que se le reconozca su condición de autor sobre la parte de la página no modificada) y negativa (derecho a impedir que se le atribuya una autoría que no le corresponde y a retirar su nombre de la página si el resultado final no le satisface) ¹⁴⁵.

Más problemático resulta compatibilizar el interés del comitente y el carácter utilitario de la obra con el derecho moral del *web-master* a la integridad.

Algún ordenamiento jurídico parece inclinado en favor del interés del autor y, tratándose de obras donde se suscita esta misma polémica, exige que se le consulte antes de realizar cualquier modificación so pena de tener que indemnizarle por daños morales (aunque no por el lucro cesante derivado de no encomendarle la modificación) ¹⁴⁶.

Otros, más moderados, admiten la libre modificación (y la consecuente vulneración del derecho a la integridad) siempre que se trate de reparaciones «necesarias» ¹⁴⁷.

Y, por último, los más próximos a nuestra postura admiten que una obra utilitaria pueda modificarse libremente, tanto si la alteración responde a una exigencia de orden técnico o funcional como si es meramente estética. Las primeras (modificaciones funcionales) podrán acometerse aunque el resultado final perjudique la reputación o prestigio del autor originario ¹⁴⁸. Las segundas no precisan la autorización del autor, pero podrá éste retirar su nombre sin tener que pagar contraprestación alguna. Es más, en este último caso, si considera el autor que el resultado final vulnera su reputación,

¹⁴⁴ Para que éste no cope, *de facto*, el mercado (secundario) de actualización del sitio web, ha de obligársele a facilitar al cliente los elementos técnicos necesarios para que un tercero pueda acometer la reforma; en particular, a suprimir las medidas tecnológicas de protección de la página.

¹⁴⁵ Ambas vertientes se reconocen incluso en USA, *vid.* TANNENBAUM, «US Copyright law after the Berne moral rights and 1990 amendments», *EIPR* (1991), pp. 12 ss; GINSBURG, 152, *RIDA* (1992), pp. 111 ss.

¹⁴⁶ Nos referimos a la Ley portuguesa sobre el régimen jurídico de los arquitectos de 1985, artículo 60.2.

¹⁴⁷ Las no necesarias deben, por tanto, autorizarse. Así lo exige la Ley suiza de Derechos de Autor de 9 de octubre de 1992, artículo 12.3.

¹⁴⁸ Que puede siempre retirar su nombre aunque, si la modificación es necesaria y no altera sensiblemente la apariencia y funcionalidad de la página, entendemos que tendrá que indemnizar al comitente por el perjuicio que la retirada del nombre pueda ocasionarle, como también tiene que hacerlo el que decide retirar su obra del mercado.

podrá demandar del titular de la página una indemnización compensatoria ¹⁴⁹.

La buena fe contractual exige, siempre que la notificación al autor no resulte complicada, que se le informe de la modificación para que, si lo estima oportuno, ejercite sus derechos.

El *web-master* que actualiza la página cuenta, ahora ya sin duda, con la defensa que el derecho de retención del artículo 1600 CC representa.

e) ¿Qué eficacia tiene la renuncia del *web-master* a sus derechos morales sobre la obra?

Hemos visto cómo muchos de los problemas abordados podrían solucionarse convencionalmente pero, para que el resultado de la negociación fuera eficaz, debería poderse transigir en materia de derechos morales. Dicha transacción la prohíbe, imperativamente, el artículo 14 TRLPI ¹⁵⁰, luego también aunque perjudique los intereses del autor que quiere libremente renunciar a sus derechos morales.

Desde luego dificulta la explotación del producto y puede complicar la defensa de la página frente a los ataques de terceros ¹⁵¹. Desde esta única perspectiva, esto es, la de facilitar las cosas al comitente, apoyaría T. Dreier una intervención del legislador (alemán, claro) tendente a definir las condiciones que tendrían que reunir las cláusulas contractuales de renuncia a los derechos morales (mejor, a su ejercicio), para que fueran válidas ¹⁵². Y, para el caso de los productos multimedia, propone A. Esteve que se ceda en el contrato al titular de los derechos de explotación (al productor) el ejercicio de los derechos morales de paternidad y de integridad frente a terceros pues, en la práctica, se encuentra en mejores condiciones para defenderlos ¹⁵³.

Entendemos que el legislador que atendiera la propuesta de Dreier, y regulara las circunstancias concretas que habrían de concurrir para que la renuncia del autor fuera eficaz, no estaría más que tipificando los casos en los que la injerencia del autor en ejercicio de su derecho moral habría que calificarla como abusiva *ex*

¹⁴⁹ Este es el régimen vigente en Italia. Un análisis detenido de éste y los demás arriba citados, así como otros que no hemos considerado oportuno reproducir aquí puede encontrarse en P. MARTÍNEZ ESPÍN, *Daño moral contractual en la ley de propiedad intelectual*, 1996, pp. 90 ss.; 144 ss. La limitación de los casos de lesión del derecho de integridad a aquellos en los que la modificación vulnere la reputación del autor o sus legítimos intereses la encontramos también en el artículo 14.4 TRLPI.

¹⁵⁰ Que textualmente comienza así: «Corresponden al autor los siguientes derechos irrenunciables e inalienables:...»

¹⁵¹ Que, por ejemplo, establezcan vínculos no deseados.

¹⁵² T. DREIER, 29, *IIC* (6/1998), pp. 623 ss.

¹⁵³ A. ESTEVE, *La obra multimedia en la legislación española*, p. 146.

artículo 7 CC. Y tendría ciertamente enormes dificultades en elaborar una lista que, en ningún caso, podría ser exhaustiva ¹⁵⁴.

Nuestra propuesta va más allá. Creemos que en un ordenamiento jurídico dotado de un sistema de control, presumiblemente efectivo, de las condiciones generales de la contratación ¹⁵⁵, no tiene ya sentido que se prohíba imperativamente la renuncia a los derechos morales por parte del autor que, libre y justificadamente (a cambio de precio) quiera renunciarlos; máxime cuando ese mismo ordenamiento, para permitir la explotación sin trabas de un producto audiovisual, limita considerablemente los derechos morales de los autores que intervienen en su elaboración (*vid.* arts. 91-93 TRLPI).

Si la irrenunciabilidad de los derechos morales tiene por finalidad proteger el interés particular del autor, como no puede dudarse que sea el caso en nuestro ordenamiento, protéjasele efectivamente sancionándola en una norma dispositiva para el autor: que sea él quien decida si y en qué condiciones renuncia a sus derechos.

Es cierto que si el autor, libre y justificadamente, renuncia a sus derechos morales y, posteriormente, quiere hacerlos valer, aunque el pacto de renuncia se califique como nulo no prosperaría la pretensión del autor, porque muy probablemente sería considerada abusiva. Pero también lo es que dicho juicio *a posteriori* sobre la viabilidad de la pretensión del autor introduce una inseguridad en el tráfico que, en definitiva, termina perjudicándole.

Con todo, y presumiblemente por mucho tiempo, nuestra propuesta es *contra legem*.

Por ello entendemos que la cláusula contractual sugerida por Esteve con el único propósito de beneficiar a los autores sería también nula. El autor, por mucho que le interese, no puede perder válida y eficazmente el control de los derechos morales sobre su obra. A lo sumo podrá otorgar, puntualmente, al titular de los derechos de explotación un poder de representación suficiente para que entable alguna de las acciones derivadas de su derecho, nada más.

VI. LA PROTECCIÓN DEL CESIONARIO DE LOS DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL

La consideración de la página web como una creación intelectual susceptible de protegerse por el derecho de autor repercute, claro,

¹⁵⁴ Eso sí, no resultaría extraña al sistema del TRLPI. ¿Qué otra cosa son, si no meros ejemplos de ejercicio abusivo del derecho, las excepciones del artículo 100.4 antes reproducidas?

¹⁵⁵ Ley 7/1998, de 13 de abril.

también en beneficio del cesionario de los derechos de explotación. Este beneficio tiene una enorme importancia práctica: posibilita una defensa eficaz frente al establecimiento de vínculos no deseados ¹⁵⁶.

Ante cualquier otro tipo de ataque, sin embargo, el titular de la página web deberá buscar protección en otros sectores del ordenamiento.

Por ejemplo, en la Ley de marcas (32/1988, de 10 de noviembre) y de competencia desleal (3/1991, de 10 de enero) para resolver la mayoría de los conflictos sobre nombres de dominio o sobre imitación confusoria ¹⁵⁷.

Aunque, de darse las condiciones ¹⁵⁸, la mejor protección la encontrará en el derecho *sui generis* de los artículos 133 ss. TRLPI.

Este derecho protege al fabricante de bases de datos: a quien toma la iniciativa y asume el riesgo de invertir una cantidad sustancial de dinero o esfuerzo en la obtención, verificación y presentación de una base de datos ¹⁵⁹. En su virtud se prohíbe toda extracción y/o reutilización de toda o de una parte sustancial (juzgada en términos cualitativos y cuantitativos) de la base. También la extracción y/o reutilización de una parte no sustancial si puede ocasionar un perjuicio no justificado a los legítimos intereses del fabricante o es contraria a la normal explotación de la base.

No se trata, por tanto, de proteger el contenido o la estructura de la base de datos (que pueden o no estar protegidos por el derecho de autor): sólo se protege la inversión. Por ello, no se vulnera este derecho cuando se elabora otra base de datos idéntica, siempre que el origen de la misma sea independiente (que no sea una copia *por reproducción* de la primera). Pero sí, y esto es lo verdaderamente criticable y el motivo por el que, hasta la fecha, el Congreso de los Estados Unidos se ha resistido a aprobar una ley semejante, cuando se copie parte de su contenido aunque sea con el fin de reelaborarlo, invirtiendo en ello esfuerzo, creatividad y dinero, para obtener como resultado un producto sustancialmente distinto y, quizá, innovador. Basta para que se considere infringido este derecho con que el fabricante de la primera base alegue que la parte copiada es «sustancial» o que, no siéndolo, no es una forma «normal» de utilizarla el aprovechar su contenido para elaborar otro producto ¹⁶⁰.

¹⁵⁶ Pues será el cesionario el titular del derecho de comunicación pública de la obra y podrá demandar del autor, en su caso, el ejercicio del derecho moral a la integridad de la obra. Sobre este tema, *vid. supra* apartado 4.2.

¹⁵⁷ Puesto que protege al titular aunque la copia no sea exacta, supuesto al que, en la práctica, queda reducida la protección del derecho de autor. De acuerdo con Portellano, la imitación será confusoria cuando la forma propia y característica de nuestro *web-site* sea un elemento de identificación de nuestros productos/servicios en el mercado, de manera tal que al imitarla se confunde al consumidor sobre la procedencia de los mismos. *Vid. P. PORTELLANO Díez, La imitación...*, cit., pp. 260 ss.

¹⁵⁸ Que el sitio web sea un portal o directorio; o, desde luego, un buscador.

¹⁵⁹ No al subcontratista que la elabora.

¹⁶⁰ Una crítica feroz de nuestro sistema de protección puede leerse en J. H. REICHMANN/P. SAMUELSON, «Intellectual Property Rights in Data?», 50, *Vanderbilt Law Review* (1997),

mente protegería, en el mejor de los casos, el diseño estático de pantalla, pueden proteger la obra que aquí nos ocupa.

Debe, en consecuencia, reconocerse legalmente una nueva categoría de obra compleja que dé respuesta a los intereses, legítimos, del creador de una página web; o, al menos, admitirse que el artículo 10 TRLPI cubija también un tipo de obra individual resultante de la interacción de distintas categorías de obras (apartado 4.3).

En definitiva, proponemos trasladar la obra colectiva del ámbito subjetivo donde tradicional y legalmente se encuadra, al objetivo: creemos que la intervención creativa del coordinador que idea y controla la elaboración del sitio web genera un nuevo objeto de protección por el derecho de autor que, subjetivamente, sólo a él le es atribuible.

El comitente de la obra, por tanto, sólo puede ser cesionario de aquellos derechos patrimoniales que, expresamente, le ceda el *web-master* en el contrato o, a lo sumo, tratándose de una obra colectiva, gozará de la presunción legal de cesión de los derechos patrimoniales sobre la obra cuando ésta se instale en la red bajo su nombre (apartado 4.4).

El carácter creativo de la obra encargada no priva al comitente de su derecho al desistimiento, pero sí modula la liquidación de la relación obligatoria en caso de ejercitarse e impone, además, el reconocimiento de una idéntica facultad de desistimiento en beneficio del contratista-autor (apartado 5.1).

Terminada la página web, puede el *web-master* condicionar su entrega al pago o consignación del precio. Pero una vez instalada en la red sólo podrá ampararse en las defensas típicas del dueño de la obra si la cesión de los derechos de propiedad intelectual no se pactó por escrito o, habiéndolo hecho, se condicionó la cesión al pago del precio; o bien, tratándose de una obra colectiva, mientras mantenga a su favor la reserva de derechos (apartado 5.2.a).

La cesión de derechos, si otra cosa no se pacta, se refiere a los correspondientes a la página web tal y como es entregada, así como a los elementos necesarios para su actualización. No cede el contratista los derechos sobre todos y cada uno de los elementos empleados en la elaboración del producto, pero queda obligado *ex* artículo 1258 CC a no utilizarlos de forma que pueda perjudicar al comitente (apartado 5.2.c).

El comitente puede actualizar la página sin requerir para ello la autorización del *web-master*, aunque debe comunicárselo para posibilitarle el ejercicio de sus derechos morales. En particular, tratándose de modificaciones funcionales, no podrá el *web-master* solicitar indemnización alguna porque se lesione su derecho a la

VII CONCLUSIONES

Una vez analizado el proceso de elaboración de un sitio web y los profesionales involucrados en dicha tarea, concluimos que un *web-site* y, antes que él, el mapa del documento presentado por el que hemos denominado *web-master*, puede ser un producto altamente creativo, además de utilitario (apartados II y III).

Muchos de ellos responderán, por tanto, al requisito de originalidad exigido por el TRLPI para considerarlos objeto de su protección (apartado 4.1).

La principal dificultad para obtener la protección dispensada a los autores no la plantea pues el tipo de obra del que nos ocupamos ni, tampoco, la precaria adecuación de la normativa vigente al entorno digital: para adaptarla suficientemente bastaría con aclarar que el derecho de comunicación pública propio del autor incluye también la comunicación en línea de la obra, correspondiéndole al titular del derecho decidir cuándo y cómo la inserta en la red y cómo ha de accederse a la misma (apartado 4.2).

El mayor obstáculo lo encontramos al tratar de calificar este nuevo producto en orden a su incardinación en alguno de los regímenes jurídicos tipificados.

Aunque algunos sitios web (portales o directorios y buscadores) pueden ser calificados como bases de datos a efectos de su protección por el derecho de autor, la mayoría no podrá ubicarse aquí; y la condición de creación publicitaria de otros muchos de ellos tampoco ayuda a resolver la cuestión relativa a su régimen jurídico, dado que el legislador sólo se ha ocupado de la incidencia del carácter creativo de un producto publicitario cuando éste es una obra audiovisual, condición que prácticamente ningún sitio web cumplirá.

Ni la normativa relativa a los programas de ordenador, preocupada por proteger el código, que no la apariencia de pantalla, frente a la piratería; ni la normativa sobre diseño industrial, que única-

pp. 51 ss. Más moderados, aunque también contrarios al sistema escogido por la Unión Europea, se muestran M. J. BASTIAN, «Protection of noncreative databases: Harmonization of United States, foreign and international law», 22, *B.C. Int'l & Comp. L. Rev.*, pp. 425 ss; R. G. NELSON, «Seeking refuge from a technology storm: the current status of database protection legislation after the sinking of the Collections of Information Anti-Piracy Act and the second circuit affirmation of *Matthew Bender & Co. v. West Publishing Co.*», 6, *J. Intell. Prop. L.*, pp. 453 ss. Información actualizada sobre las propuestas legislativas norteamericanas en esta materia, así como todos los argumentos posibles a favor de la adopción de una protección análoga a nuestro derecho *sui generis*, puede encontrarse en www.gooddata.org/htm. Muy satisfecho con nuestra actual normativa se muestra también M. LEHMANN, en «Die neue Datenbankrichtlinie und Multimedia», 4, *NJW-CoR* (1996), pp. 249 ss. Sobre este derecho *sui generis* es, en fin, de obligada consulta el artículo antes citado de S. CÁMARA LAPUENTE, 3, *Actualidad civil* (1999), pp. 49 ss.

integridad de la obra, y sólo cuando la apariencia y funcionalidad de la página se haya alterado sensiblemente podrá exigir que se retire su nombre. Si la modificación obedece a razones estéticas, podrá siempre exigir la retirada de su nombre y, si su reputación o prestigio ya se ha visto perjudicado, la indemnización correspondiente (apartado 5.2.d).

Entendemos, en fin, que en un sistema jurídico como el actualmente vigente mantener el carácter imperativo de la norma que sanciona la irrenunciabilidad de los derechos morales carece de sentido. El interés del autor estaría, sin duda, mejor protegido si la norma fuera meramente dispositiva (apartado 5.2.e).

Con la cesión de los derechos de propiedad intelectual sobre la página web obtendrá el comitente la defensa más eficaz frente al establecimiento de vínculos no deseados (apartado VI).

