

PROTECCIÓN JURÍDICA DE LAS PÁGINAS WEB. II PARTE. ACERCA DE LOS CONTRATOS NECESARIOS PARA LA CREACIÓN Y EL FUNCIONAMIENTO DE UNA PÁGINA WEB ¹

GEMMA MINERO ALEJANDRE

*Investigadora FPU-MEC de Derecho Civil
de la Universidad Autónoma de Madrid*

Extracto:

El presente trabajo continúa el estudio sobre la materia de la protección jurídica de las páginas webs, publicado en el número 129 de esta revista. En aquel entonces analizamos las posibilidades del derecho de autor y del derecho sui generis para proteger la estructura y el contenido de una página web. Esta segunda parte del trabajo se centra, sin embargo, en el estudio de las modalidades de contratación disponibles a la hora de crear *ex novo* una página web y en las repercusiones que la elección por una o por otro pueden tener en relación con las formas de tutela jurídica que acaban de ser citadas. Un especial interés revisten las normas aplicables en defecto de pacto por las partes contratantes acerca de las concretas modalidades o derechos de propiedad intelectual cedidos y los ámbitos temporal y territorial de la cesión. Con ello, pretendemos completar el estudio que iniciamos con la pretensión de examinar qué posibles vías de protección de entre las actualmente existentes en nuestro ordenamiento jurídico son las más apropiadas para proteger los bienes jurídicos presentes en la globalidad de páginas webs y necesitados de tutela e incentivo para su creación.

Palabras clave: página web, derecho de autor, derecho sui generis, contrato de *hosting*, nombre de dominio.

¹ Este artículo es la continuación del trabajo «Protección jurídica de las páginas web. ¿Aplicación de la regulación de la tutela de las bases de datos?», que obtuvo el 2.º Premio *Estudios Financieros 2011*, en la modalidad de **Derecho civil y mercantil**, y fue publicado en el número 129 de esta Revista (págs. 5-52). La autora desea dedicar este trabajo a sus padres y sus abuelos, ejemplos de superación y fuente de alegría.

LEGAL PROTECTION OF WEBSITES. SECOND PART. COMMENTS ON CONTRACTS RELATED WITH CREATION AND RUNNING OF WEBSITES ¹

GEMMA MINERO ALEJANDRE

*Investigadora FPU-MEC de Derecho Civil
de la Universidad Autónoma de Madrid*

Abstract:

THIS article continues the first study on legal protection of websites, published on number 129 of this review. In that first article we analyzed the potential of copyright and sui generis right to protect both the structure and the content of a website. However, in this second part we study the contracts available when it comes to creating websites and how the decision among these several possibilities could entail one or another impact on the above-mentioned rights. We also examine the legal rules applicable in defect of agreement on the material, geographical and temporal scope of transfers of intellectual property rights. In short, with these two articles, we try to develop a global view of the matter, deciding what is the most suitable way to protect the components of a website.

Keywords: website, copyright, sui generis right, web hosting contract.

¹ Este artículo es la continuación del trabajo «Protección jurídica de las páginas web. ¿Aplicación de la regulación de la tutela de las bases de datos?», que obtuvo el **2.º Premio Estudios Financieros 2011**, en la modalidad de **Derecho civil y mercantil**, y fue publicado en el número 129 de esta Revista (págs. 5-52). La autora desea dedicar este trabajo a sus padres y sus abuelos, ejemplos de superación y fuente de alegría.

Sumario

- I. Introducción. Continuación o compleción de la I parte de este trabajo.
- II. Contratos vinculados a la creación de una página web.
 - II.1. Contrato de desarrollo web versus make-it-yourself. Normas de interpretación de los contratos de cesión de derechos de propiedad intelectual (arts. 43-50 LPI).
 - II.2. Página web creada para una empresa por los trabajadores asalariados de esta. Normas de interpretación de la transmisión de derechos del autor asalariado (art. 51 LPI).
- III. Contratos necesarios para el funcionamiento y mantenimiento de una página web. El contrato de hosting o alojamiento web y de registro de nombres de dominios.
- IV. Conclusiones.
- V. Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN. CONTINUACIÓN O COMPLECIÓN DE LA I PARTE DE ESTE TRABAJO

En el primer trabajo de esta serie traté de dar una visión global acerca de la aparente desprotección que encuentran las páginas webs en nuestro ordenamiento y en los de nuestro entorno. Ante la falta de regulación legal expresa, estudiaba entonces la posibilidad de subsumir en el concepto europeo de bases de datos la realidad de las páginas webs y concluía en favor de la mayor facilidad que estas últimas tienen para adaptarse a las exigencias o requisitos definatorios del citado concepto de base de datos, frente a las dificultades encontradas en muchos de los productos del mundo analógico, a pesar de la unanimidad de la doctrina y de la conciencia común a la hora de clasificarlos como tales bases de datos.

Siendo esto así, la segunda labor realizada en aquel primer trabajo era la de determinar cuál de las dos formas de tutelas, si es que ambas resultaban aplicables, se ajustaba mejor a las características propias de las páginas webs, tales como su interoperabilidad o su fin comercial, dentro de la actividad social de la empresa en cuestión. Concluimos entonces que tanto el derecho de autor como el derecho sui generis eran plenamente extensibles a las páginas webs. El primero, el derecho de autor, se entendía referido únicamente al continente o estructura de esta, conformada por la interfaz gráfica de usuario o *front-end*. El segundo, el derecho sui generis, en cambio, se aplicaba al contenido de la página web, esto es, a la suma de elementos individuales que, aplicados a esa estructura, integran la página web.

Pues bien, el presente trabajo, necesaria continuación del anterior, se centra en el concepto de fabricante de una base de datos –en este caso, de una página web–, en las modificaciones que producen en él la elección entre las distintas formas de contratación necesarias para la creación de una página web y en la necesidad de interpretar cada uno de los contratos de acuerdo con las exigencias previstas en la Ley de Propiedad Intelectual, que resulta ser, en este punto, *lex specialis* frente a la normativa común presente en el Código Civil. Tras ello, se hace un recorrido por el resto de contratos necesarios para el funcionamiento y el mantenimiento de una página web, con alusión a los supuestos en los que las nuevas inversiones producidas con posterioridad a la elaboración de esta otorgan al inversor una nueva tutela sui generis.

II. CONTRATOS VINCULADOS A LA CREACIÓN DE UNA PÁGINA WEB

A continuación, detallamos cuáles con las opciones que un individuo tiene a la hora de poner en marcha su página web. La elección entre estas dependerá, sobre todo, de la naturaleza como per-

sona física o jurídica de dicho individuo, así como del fin buscado con la página web y, con ello, de la mayor o menor complejidad técnica de esta, así como de su consideración o no como medio de trabajo de la empresa. Con independencia de cuál fuere la concreta tutela jurídica que la página web reciba, existen una serie de contratos necesarios para el nacimiento de una página web.

II.1. Contrato de desarrollo web versus make-it-yourself. Normas de interpretación de los contratos de cesión de derechos de propiedad intelectual (arts. 43-50 LPI)

En primer lugar, dado su actual apogeo, se encuentra el contrato de desarrollo web. Se trata de un pacto entre la persona física o jurídica y un técnico informático –diseñador y programador web–, mediante el cual este segundo se compromete a diseñar y entregar a su cliente una página o sitio web, basándose en los conceptos e instrucciones aportadas por su cliente, a cambio de un precio. La página web así creada podrá gozar o no de originalidad y, por tanto, quedar o no protegida por el derecho de autor. En caso negativo, estaremos ante un simple contrato de encargo de obra en el sentido civil, al que le serán aplicables los artículos 1.588-1.600 del Código Civil (CC). Sin embargo, de constar afirmativamente, la posterior transmisión del programador web al cliente de todos o varios de los derechos de explotación en los que dicha tutela autoral se descompone hace que, desde el punto de vista contractual, tengamos que calificar el acuerdo de un contrato de encargo de obra, tanto en el sentido civil general antes señalado, como en el sentido específico de la propiedad intelectual. De ahí que deba regirse simultáneamente por los mencionados preceptos del CC, como por las normas que regulan la autoría y la tutela autoral de las obras, de manera específica, en la Ley de Propiedad Intelectual (LPI). Además, en este segundo supuesto también existirá un contrato de cesión de derechos de explotación en que el derecho de autor se descompone, regulado en los artículos 42 y siguientes de la LPI, que se uniría al contrato de encargo de obra antes mencionado, gozando, pues, de una naturaleza mixta². Por tanto, en este segundo supuesto, el citado programador y diseñador web, autor de la página web original, ocupará la posición de contratista y de cedente y, por su parte, el sujeto que le encarga la obra y la cesión de derechos será comitente y cesionario. En ningún caso podrá entenderse que la conclusión de este contrato supone la atribución originaria de los derechos de propiedad intelectual al comitente. Este será titular derivativo, mientras que la autoría y la titularidad originaria de los derechos patrimoniales seguirá en manos del contratista.

El mayor problema que este tipo de contratos plantea es la determinación de las consecuencias del incumplimiento definitivo de la obligación del contratista, dada la especial naturaleza de esta. Son tres las opciones barajadas. Una, la indemnización obligatoria del comitente, salvo en el caso de imposibilidad física de crear la página web (art. 1.184 CC). Dos, la falta de generación de responsabilidad, ante la alegación por el contratista de la inexistencia de inspiración para crear la página pactada. Esta segunda opción solamente surgiría efecto si se entendiera que la creación de una obra no puede constituir en ningún caso una obligación jurídica en sentido estricto. Y tres, la obligación de

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

indemnización al comitente, excepto incumplimiento involuntario (por falta de inspiración o imposibilidad física), que habrá de ser probado por el comitente que lo alega. Asimismo, el contratista podrá rebatir la afirmación acerca del incumplimiento voluntario con argumentos basados en la existencia de mala fe del comitente. Con todo, esta última resulta ser una prueba diabólica. En aquellos casos en los que el incumplimiento fuere culposo o doloso, no hay duda de que el acreedor podrá resolver el contrato, con base en el artículo 1.124 del CC, así como la citada indemnización de los daños y perjuicios sufridos³.

En relación con lo anterior, encontramos un segundo problema: la determinación de las consecuencias del incumplimiento del autor, bien por cumplimiento defectuoso de su labor de realizar la página web, bien por mora de este. En ambos casos, la solución que deba darse dependerá directamente de la calificación que demos a la naturaleza de la obligación contratista, como personalísima –por haber sido elegido al concreto programador y diseñador web *intuitus personae*– o no. En caso de mora, de entenderse que esta carece de dicha naturaleza personalísima, el artículo 706 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) sería plenamente aplicable, de manera que se podría exigir el cumplimiento por un tercero, a costa del ejecutado, o bien el resarcimiento de los daños, a elección del ejecutante. En la práctica, salvo supuestos excepcionales, se está más al perfil o experiencia del informático en cuestión, que a la consideración de su persona y/o su obra anterior. Por el contrario, si en un caso concreto se considera que la obligación es personalísima, por aplicación del artículo 709 de la LEC, se podrá exigir el equivalente pecuniario, debiendo el juez valorar, asimismo, la posible aplicación de multas pecuniarias. Por su parte, el incumplimiento defectuoso puede deberse a varias razones, entre ellas el aspecto creativo, por falta de seguimiento de las instrucciones dadas por el comitente acerca de la originalidad del diseño de la página web, y el aspecto técnico, referido a la programación y las funciones de la página web. Para los defectos técnicos entendemos que se podrá exigir la subsanación de los defectos a expensas del contratista o ejercerse la acción de saneamiento por vicios ocultos. Eso sí, en ningún caso será exigible al contratista que deshaga lo mal hecho cuando esto tiene la consideración de obra (art. 1.098 CC), pues contradiría de lleno con su derecho moral a la integridad de la obra, regulado en el artículo 14.4.º de la LPI⁴.

Por lo que respecta a la determinación del alcance de la responsabilidad del comitente y de las consecuencias jurídicas de su incumplimiento, debemos tener en cuenta que en relación con todo elemento de la página web que careciese de originalidad –en el cual el comitente no hubiera exigido tal originalidad–, la obligación asumida por el contratista es de resultado, pues no necesita de inspiración, sino que el empleo de los conocimientos y las facultades exigibles a cualquier profesional medio de la programación y el diseño web bastarían para cumplir con su obligación principal, sin que sea exigible una determinada calidad o mérito artístico. Por tanto, en este caso, el citado comitente no podrá alegar el ejercicio de algún derecho moral de propiedad intelectual para negarse a cumplir con

³ Vid. R. EVANGELIO LLORCA, *El encargo de obra intelectual, op. cit.*, págs. 74-83; P. MARTÍNEZ ESPÍN, «Comentario al artículo 14», *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual, op. cit.*, 1997, pág. 224; A. DE GREGORIO, «Rapporti fra autore ed editori per opere future», *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, 1931, Vol. I, págs. 699-701; y A. MUSATTI, «Obbligazione e ispirazione nel fare dell'autore», *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, 1931, Vol. I, págs. 543 y ss.

⁴ Vid. R. EVANGELIO LLORCA, *El encargo de obra intelectual, op. cit.*, págs. 78 y ss; y S. DENOIX DE SAINT MARC, *Le contrat de command en droit d'auteur français, op. cit.*, pág. 79.

las obligaciones dimanadas del contrato de obra. Sin embargo, en todo aquello que se corresponda con la originalidad exigida al comitente por las instrucciones dadas por el contratista, la obligación del primero será únicamente de medios, debiendo invertirse las conclusiones anteriores ⁵.

Un supuesto especialmente interesante de incumplimiento de la obligación del contratista de entregar de la obra, en el que resulta obligado reparar, es aquel basado en el ejercicio del derecho de divulgación del autor ⁶. El programador y diseñador web que, una vez terminada la página web y siendo la estructura de esta original, decida hacer uso de su derecho de inédito, no podrá ser obligado por el comitente a llevar a cabo la entrega de la página web ⁷. Lo único que el comitente podrá exigir al programador contratista será la efectiva indemnización de los daños y perjuicios que dicha negativa a la divulgación le hubiere causado. Entre otros, a modo de ejemplo, podemos citar los gastos referidos a la imposibilidad de disfrute de los servicios de *hosting* y registro de nombres de dominio que dicho comitente hubiese contratado con un tercero para la efectiva puesta a disposición de su página en Internet. Obviamente, cuanto más principal hubiere de ser el papel de la página web en el ejercicio de la actividad social de la persona jurídica que la encargara, mayor será la cuantía de la indemnización a pagar por el contratista incumplidor.

Por su parte, la recepción de la página web, esto es, la entrega al comitente de las correspondientes contraseñas para hacer un uso normal de todas las posibilidades ofrecidas por esta, constituye una de las obligaciones del comitente y, a su vez, marca el momento del cumplimiento general de su otra obligación: el pago del precio, que se llevará a cabo en el momento de la recepción de la obra, salvo pacto en contrario (art. 1.599 CC).

Sin embargo, estas consideraciones no resultan aplicables, sin más, a aquel supuesto en el que la página web así creada, por los motivos expuestos en la primera parte de este trabajo, fuere objeto de la tutela sui géneris –adicional o no al potencial derecho de autor sobre la estructura de esta–. En este caso únicamente existiría un contrato de obra en el sentido del CC, pero no existiría ningún pacto paralelo de cesión de derechos. La razón es simple: de nacer, la tutela sui géneris correspondería originariamente a aquel sujeto en el que confluyen los factores de iniciativa más riesgo empresarial o inversión. Sujeto que no es otro que el cliente que encarga el desarrollo de la página web a un técnico en la materia, y no así este segundo.

⁵ Vid. R. EVANGELIO LLORCA, *El encargo de obra intelectual*, op. cit., pág. 81.

⁶ En relación con las páginas webs no se plantea la discusión acerca de si la obligación de entrega engloba o no la obligación de poner a disposición del contratista el documento HTML del código fuente. Cuestión que, por el contrario, sí genera enormes problemas interpretativos en el entorno de los programas de ordenador. En el caso de las páginas webs, tal y como se expuso en la primera parte de este trabajo, y a diferencia de los programas de ordenador, el código fuente es accesible para cualquier usuario de la página, mediante la opción de visualización de dicho código que toda página web ha de permitir. Vid. G. MINERO ALEJANDRE, «Protección jurídica de las páginas webs. ¿Aplicación de la regulación de la tutela de las bases de datos?», *Ceflegal. Revista práctica de Derecho*, 2011, núm. 129, págs. 12 y 13.

⁷ Sin embargo, entendemos que esta afirmación tiene, en todo caso, el límite de la mala fe, de manera que el contratista y cedente no podrá alegar el ejercicio de su derecho de inédito para negarse a entregar una página web original a su comitente y cesionario con el fin de poder darle entrega de esta a un tercero que le ofrezca mejores condiciones, tras las correspondientes modificaciones de su contenido.

Como apuntábamos en el título de este epígrafe, la alternativa a este tipo de contratación es la denominada vía del *make-it-yourself*, esto es, la descarga legal por Internet de plantillas de diseño web desde las páginas webs dedicadas a la compraventa de estas. Descarga que se llevará a cabo directamente por el propio sujeto interesado en contar con una página web. Estas plantillas aparecen prediseñadas y agrupadas por temáticas, si bien permiten su modificación. Se adaptan a todo tipo de contenido, cuya elaboración, obtención, verificación y presentación en el seno de esta plantilla corre a cargo de su licenciario de esta. La licencia de uso de estas plantillas puede ser exclusiva o no. Si se opta por esta segunda opción, que resulta mucho más económica, el primer licenciario no podrá impedir el uso que posteriores compradores hagan de esa misma plantilla para crear sus propias páginas webs.

Las plantillas licenciadas podrán gozar de la protección por la propiedad intelectual o no. La respuesta más frecuente es la negativa, dada la sencillez y prácticamente nula originalidad de estas. En aquel caso excepcional en el que estas quedasen efectivamente tuteladas por el derecho de autor, debemos plantearnos la misma cuestión que para el supuesto del contrato de desarrollo web, anteriormente expuesta: mediante la licencia de uso, el autor de la correspondiente plantilla estaría cediendo los derechos patrimoniales de explotación al licenciario y, en buena parte de los casos, estaría renunciando al ejercicio de algunas de sus facetas patrimoniales, tales como el derecho de paternidad, cuando no exige al cesionario el reconocimiento de su condición de autor de la obra, o como el derecho a la integridad de la obra, cuando permite la modificación de esta sin imponer límite alguno. Por tales razones, serán de aplicación las consideraciones que más adelante haremos acerca de la transmisión *inter vivos* de los derechos de explotación.

Volviendo a la primera alternativa señalada, esto es, el contrato de encargo de obra, podemos afirmar que se trata de una práctica habitual que el desarrollador web o el estudio de diseño web pacten, de manera expresa y detallada, con su cliente la cesión a este segundo de la totalidad de los facultades patrimoniales en que se traduzca el derecho de propiedad intelectual que pueda proteger a la página web así creada. Asimismo, debe advertirse que una de las obligaciones capitales del desarrollador web es la obtención de todas las licencias de derechos de propiedad intelectual y autorizaciones que fueren necesarias para el uso o la inserción en la página web por él creada de obras o prestaciones protegidas cuyos derechos no correspondan al comitente que le encargó la realización de la página web. Con todo, la falta de exclusión de la protección por la propiedad intelectual de las obras y prestaciones protegidas creadas en infracción de derechos de propiedad intelectual anteriores en el tiempo conduce al sinsentido de tener que proteger por el derecho de autor y/o por el derecho *sui generis*, con base en criterios de originalidad y/o de inversión sustancial, páginas webs en las que se hubieren insertado contenidos protegidos, sin contar con el previo consentimiento de los respectivos titulares de tales derechos anteriores en el tiempo. Sin embargo, obviamente, la protección efectivamente disfrutada por el titular del derecho de autor y/o derecho afín sobre la estructura y/o el contenido de esa página web quedará proporcionalmente limitada en la medida requerida por la ilicitud de que se trate ⁸.

⁸ Vid. R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, «Comentario al artículo 10.1», *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, op. cit., 2007, pág. 164.

Con bastante habitualidad, además de a la elaboración y entrega de la página web y a la cesión de los derechos de propiedad intelectual sobre esta, el programador web se obliga asimismo a una serie de servicios adicionales, tales como la creación de cuentas de correo electrónico que tengan por denominador común el nombre del dominio o de alguno de los dominios asociados al comitente y a la página web elaborada. Además, cada vez es más frecuente la contratación de la gestión integral de la estrategia que defina al comitente en Internet, entre cuyas labores se encuentra el compromiso del desarrollador web de lograr los mejores resultados posibles en el posicionamiento de la página web creada en los buscadores web, mediante técnicas alternativas a los sistemas de pago por publicidad o mejora de la visibilidad en buscadores.

Respecto de la transmisión *inter vivos* de derechos de explotación sobre la página web original, el apartado primero del artículo 43 de la LPI tiene especial importancia, por ser el formato web el paradigma de la aplicación de la mayoría de los incisos problemáticos que en dicho precepto se regulan y por carecer con bastante habitualidad los contratos firmados de una concreción y claridad en sus términos⁹. Eso sí, en aquellos supuestos en los que los contratos gocen de compleción suficiente, gozarán de un valor de ley entre las partes contratantes, sin que este precepto pudiera ser de aplicación.

Afirmado lo anterior, debe llamarse la atención sobre el hecho de que el citado artículo 43 de la LPI no podrá entenderse aplicable en los casos en los que la página web elaborada no goce de la tutela autoral, pero sí de la *sui generis*¹⁰. Por su parte, en aquel supuesto en el que una misma página web fuere protegible tanto por el derecho de autor como por el derecho *sui generis*, entiendo que la eficacia de las previsiones contenidas en este precepto habrá de limitarse al objeto protegido por el derecho de autor, excluyéndose con ello las potestades patrimoniales en las que el derecho *sui generis* se traduce¹¹. A pesar de la inquietud que este hecho, unido a la falta de regulación de la trans-

⁹ En aquellos casos en los que no existe un contrato físico, el artículo 45 de la LPI cobra importancia, si bien con el mero carácter *ad probationem* que la imposición de la forma escrita prevista en este precepto entendemos que tiene.

¹⁰ Dada la voluntaria falta de referencia a esta norma en los artículos 133-137 de la LPI, en los que se regula el derecho *sui generis*. Con todo, esta falta de referencia no marca una diferencia con el trato otorgado a los derechos afines, teniendo en cuenta su ausencia, asimismo, en los artículos 131 y 132 de la LPI, aplicables únicamente a los citados derechos afines. *Vid.* R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, «Comentario al Título VIII», y «Comentario al artículo 133», *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, *op. cit.*, 2007, págs. 1.649 y 1.654. Sobre la paradoja presente en buena parte de las legislaciones nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea, en las que se regula en su correspondiente ley de propiedad intelectual, un derecho —el *sui generis*— que dichos legisladores no consideran que se trate efectivamente de un derecho afín o vecino a los derechos de autor, ni, por supuesto, un derecho de autor, *vid.* S. CÁMARA LAPUENTE, «El nuevo derecho *sui generis* sobre bases de datos», *Actualidad Civil*, núm. 3, 1999, pág. 86; y G. MINERO ALEJANDRE, «Protección jurídica de las bases de datos: estudio de la aplicación de la Directiva 96/9/CE tres lustros después de su aprobación y comentario a la primera evaluación realizada por la Comisión europea en 2005», *Revista de propiedad intelectual*, (*Pe.i.*), núm. 37, 2011, págs. 28-29. Una excepción debe hacerse de los legisladores alemán, danés, fines y sueco [*vid.* párrafo primero del art. 87 b) de la *Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte* alemana y arts. 41.1 y 2.3 de las leyes finlandesa y sueca, así como el art. 71.1 y 2.3 de la ley danesa].

La limitación del ámbito de aplicación del derecho *sui generis* a los usos de la totalidad o de una parte sustancial del contenido de la base de datos es reiterada a lo largo del texto de la directiva en el artículo 7.1, en cada una de las definiciones contenidas en el artículo 7.2, y, al contrario, en los derechos del usuario legítimo previstos en el artículo 8.1 de la directiva, así como en los considerandos 39, 41, 42, 44, 46 y 49.

¹¹ Nótese que el artículo 43 de la LPI habla de los derechos de explotación de la obra. Literalidad que resulta acorde con la ubicación de esta disposición en el Libro I de la ley. Asimismo, se ha de destacar la ausencia de remisión a este precepto

misión *inter vivos* de los derechos de explotación asociados a una página web protegida por el derecho sui generis¹², el análisis detenido de los supuestos prácticos del concreto bien jurídico protegido en los que una página web resulta tutelada por el derecho sui generis no hace sino reafirmar el acierto del legislador en su supuesta laguna legal¹³. Teniendo en cuenta el carácter dinámico de este tipo de páginas webs y, por tanto, la llevanza de las labores de obtención, verificación y presentación de los contenidos por el comitente –y no por el originario programador y diseñador web–, poca utilidad práctica tendría la posible regulación teórica de la transmisión de las facultades de explotación del derecho sui generis. El comitente es la única persona en la que se reúnen los requisitos de la iniciativa y la inversión y el titular originario del derecho sui generis, y, por ello, el exclusivo titular originario del derecho sui generis sobre el contenido conformado por el programador, pero también, posteriormente, de la posible tutela sui generis que surja autónomamente sobre las actualizaciones que de dicho contenido este –el comitente– pueda llevar a cabo¹⁴. Por los mismos motivos, la autorización del uso de los contenidos de la página web sui generis se lleva a cabo mediante la contratación de licencias de uso entre el titular de la página –y del derecho sui generis que protege esta– y el usuario de dicho contenido¹⁵.

En concreto, la limitación de la cesión «al derecho o derechos cedidos» es la única de las actuaciones contenidas en este artículo 43 de la LPI que no plantea mayor problema. Quizás, por su menor aplicación, dado que, con bastante frecuencia, en los contratos de desarrollo web se pacta de manera expresa la transmisión de todas las facultades de explotación referidas al ámbito *on-line*, así como, en ocasiones, otras ajenas al contexto web, cuando se estima que vaya a producirse una utilización especial de esta. Las modalidades de explotación pueden o no estar expresadas en el contrato que se firme. En caso afirmativo, como ya tuvimos ocasión de adelantar anteriormente, se seguirá la limitación explícitamente pactada. En caso negativo, por el contrario, será de aplicación la

–o a cualquier otro de los contenidos en el Libro I– en el Título VIII del Libro II de la ley, en el que el derecho sui generis se regula y la imposibilidad de aplicarse a estas disposiciones comunes contenidas en el Título VII del Libro II a los otros derechos de propiedad intelectual, en cuyos dos únicos artículos, por otra parte, tampoco se contiene una remisión expresa a los artículos 43 y siguientes del Libro I. Sobre la exclusión del derecho sui generis del ámbito de aplicación del artículo 43 de la LPI. *Vid.* M.C. GETE-ALONSO y CALERA, «Comentario al artículo 43», *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual, op. cit.*, 2007, pág. 757. *Vid.*, asimismo, R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, «Comentario al Título VIII del Libro II», *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual, op. cit.*, 2007, pág. 1.649.

¹² El artículo 133.1, párrafo segundo, *in fine*, LPI, en transposición del artículo 7.3.º de la directiva se limita a señalar lo siguiente: «Este derecho podrá transferirse, cederse o darse en licencia contractual».

¹³ Para un análisis de las diferencias entre ambos bienes jurídicos protegidos, véase la primera parte de este trabajo, G. MINERO ALEJANDRE, «Protección jurídica de las páginas webs. ¿Aplicación de la regulación de la tutela de las bases de datos?», *CEF Legal, Revista práctica de Derecho, op. cit.*, págs. 27 y 33.

¹⁴ Recordemos que la directiva excluye del concepto de fabricante «a los subcontratistas» (considerando 41.º, carente de transposición en el ordenamiento español, pero plenamente aplicable a efectos interpretativos), así como a todos aquellos que contribuyan a la producción de una base de datos sin asumir iniciativa y riesgo, como es el caso del programador y diseñador web contratados por el cliente. En este sentido, *vid.*, R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, «Comentario al Título VIII del Libro II», *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual, op. cit.*, 2007, pág. 1.652.

¹⁵ El modo de explotación habitual del contenido de las bases de datos electrónicas en general no dista de parecerse a aquel que caracteriza la explotación de los programas de ordenador: la licencia de uso. Hecho que, como ya señalamos en la primera parte de este trabajo, aparece contemplado en el artículo 7.3 de la directiva y ha pasado al segundo párrafo *in fine* del artículo 133.1 de la LPI. Al igual que en el caso de los programas de ordenador, la licencia de uso del contenido de una página web se entenderá, salvo prueba en contrario, con un carácter exclusivo e intransferible, presumiéndose que se realiza para satisfacer las necesidades del usuario (último párrafo del art. 99 LPI).

previsión contenida en la segunda frase del apartado segundo de este artículo 43 de la LPI, de manera que «la cesión quedará limitada a aquella que se deduzca necesariamente del propio contrato y sea indispensable para cumplir la finalidad del mismo». Por tanto, dada la utilidad común de las páginas webs, la falta de concreción de las modalidades de explotación cedidas suponen la restricción de la transmisión a los actos contemplados en el artículo 20.2 i) de la LPI y, dentro de estos, a la puesta a disposición del público en Internet, así como a las reproducciones necesarias para el funcionamiento de la página web, con independencia de que buena parte de ellas pudieran englobarse en la excepción prevista en el artículo 31.1 de la LPI.

Junto con la determinación de las concretas facultades patrimoniales transmitidas, otro de los principales problemas que rodea a la transmisión de derechos en el entorno web es el referido al tiempo por el que dichos derechos patrimoniales se entienden cedidos. El término temporal más común es aquel que abarca la totalidad de la vida útil de la página web. Una vez más, la falta de concreción de este implica la necesaria aplicación de la limitación temporal contemplada en el segundo apartado del artículo 43 de la LPI, que restringe dicho lapso temporal a un quinquenio. Ciertamente, en la práctica actual, lo que en un entorno *off-line* puede ser entendido como una excesiva restricción temporal, en el ámbito web coincide con el referido lapso temporal de la vida útil de una página web. Con todo, se debe tener en cuenta que la explotación de una página web en Internet va a depender directamente de la vigencia del contrato de *hosting*, así como del mantenimiento del nombre de dominio, sobre el que se volverá más adelante. Concluido el periodo temporal en el que ambos servicios fueron pactados, sin haberse previsto una posible prórroga, los usuarios de Internet no podrán acceder a la página web en cuestión ¹⁶.

Un tercer escollo interpretativo es el relativo al ámbito territorial de la cesión. Obviamente, Internet es un vehículo de transmisión de la información mundial, luego la expresa limitación geográfica de la transmisión de derechos al territorio del Estado de nacionalidad, residencia habitual o centro de negocios del cliente y/o del desarrollador web carece de toda lógica y, por ello, es inexistente en la práctica. Sin embargo, el pacto explícito de la extensión geográfica de la cesión resulta ser absolutamente necesario en este contexto, más que en ningún otro, dada la consecuencia prevista en el apartado segundo del artículo 43 de la LPI para la falta de mención de dicho ámbito en el contrato: la limitación del ámbito territorial de la transmisión «al país en el que se realiza la cesión». Consecuencia que, al igual que sucedía en el resto de restricciones previstas en este precepto, no goza de ninguna especialidad aplicable a las páginas webs. De ahí que la notoria inoperatividad de esta restricción geográfica regulada por el legislador pueda ser entendida, al igual que este artículo 43 de la LPI en su conjunto, como el mejor incentivo de las partes cedente y cesionaria para especificar y detallar de la manera más precisa posible las condiciones de la cesión.

Finalmente, en lo que respecta al artículo 43 de la LPI, se debe recalcar la importancia práctica de la que goza su quinto apartado en el entorno web. Esta disposición declara que «la transmi-

¹⁶ Esto supondrá la pérdida inmediata de la página web creada, salvo que se hubiese guardado una copia de esta en algún otro servidor distinto al del proveedor del *hosting*, como puede ser aquel que el diseñador y programador o web que creó dicha página tuviere contratado para uso propio. En tal caso, la recuperación de la parte estática de la página web es una labor sencilla, a diferencia de la parte dinámica de esta, que, aun cuando se hubiere tomado la precaución de realizar la citada copia, puede que no sea recuperable si este no hubiese diseñado un sistema de volcado de contenidos.

sión de los derechos de explotación no alcanza a las modalidades de utilización o medios de difusión existentes o desconocidos al tiempo de la cesión»¹⁷. Por tanto, el supuesto regulado en este último apartado es distinto a aquel previsto en el mencionado apartado segundo de este precepto, pues la eficacia del quinto apartado no se limita a aquellos supuestos en los que las modalidades de explotación no hubieren sido expresamente pactadas en el contrato de cesión. Todo lo contrario. Dicho apartado quinto se aplica asimismo a aquellos casos en los que las modalidades estuvieren especificadas también en el citado contrato. En este último caso, la naturaleza imperativa de este apartado quinto supone un límite legal a la autonomía de la voluntad de las partes contemplada en el artículo 1.255 del CC, dejando sin efecto el potencial acuerdo de cesión de modalidades de explotación de la obra que o bien no existieran en el momento de la contratación o bien ya existentes entonces, pero absolutamente desconocidas por las partes contratantes. Entendiendo que el artículo 43.5 de la LPI es una traslación al campo de la propiedad intelectual de la exigencia general del consentimiento y el objeto como requisitos esenciales –junto a la causa– de todo contrato prevista en el artículo 1.261 del CC¹⁸, consideramos que basta la falta de consentimiento –en el sentido de conocimiento, pues nadie puede consentir aquello cuya existencia ni siquiera conoce– de una sola de las partes contratantes para que se pueda entender no comprendida en la cesión la concreta modalidad no conocida por dicha parte contratante¹⁹. Obviamente, la conclusión será la misma cuando el desconocimiento pudiera predicarse de las dos partes contratantes.

Ciertamente, la interpretación del artículo 43.5 de la LPI no puede ser otra si defendemos que el objetivo legislativo buscado con esta norma es el de proteger a ambas partes contratantes –y no solo al cedente– frente a la cesión amplia de derechos que pudiera incluir modalidades de explotación cuya relevancia económica es desconocida para una de ellas o para las dos. Obviamente, la posición y, por tanto, la posibilidad de conocer la realidad técnica presente –y, con ello, las concretas modalidades de explotación ya existentes– es distinta para cada una de las dos partes contratantes, pues en el encargo de una página web se presume el conocimiento o la pericia del desarrollador web, se pacta o no dicho contrato *intuitus personae*. Sin embargo, ello no implica que el análisis del cono-

¹⁷ El supuesto de hecho, a modo de ejemplo, puede ser el siguiente: un determinado diseñador web crea una página hace cuatro años. La modalidad de explotación habitual en aquel momento era el acceso y utilización de una página web en los ordenadores de sobremesa y/o portátiles. Sin embargo, ya entonces se estaban empezando a desarrollar las tecnologías necesarias para la visualización y acceso a páginas webs desde los terminales o dispositivos móviles instalados en los teléfonos que entonces eran de última generación. El concreto desarrollador web podía o no conocer de la existencia de esta nueva modalidad de explotación de la página que en ese momento creaba. Prueba de dicho conocimiento sería, indudablemente, el uso en el desarrollo de su página web de una concreta tecnología que permitiera y/o mejorara el acceso a la página por medio de dicha nueva modalidad de explotación. Por su parte, el desconocimiento del cliente medio de esa incipiente forma de uso de su página sería más que probable. La pregunta que cabe hacerse es la siguiente: una vez desarrollada la tecnología web necesaria para el correcto acceso a las páginas desde dispositivos telefónicos móviles, ¿se entiende automáticamente cedida esta modalidad de explotación en relación con una página creada y entregada en un momento temporal en el que esta modalidad no era sino un proyecto de futuro, incluso para muchos profesionales de la informática?

¹⁸ Concretamente, la presunción contractual que tienen ambos contratantes al pactar la cesión y establecer las prestaciones y las contraprestaciones, tal y como se prevé en el artículo 1.283 del CC. Con base en esta disposición, aun cuando el contrato sea abierto o genérico, «no deberán entenderse comprendidos en él cosas distintas y casos diferentes de aquellos sobre que los interesados se propusieron contratar».

¹⁹ En este sentido también se han pronunciado J.M. RODRÍGUEZ TAPIA y F. BONDÍA ROMÁN, *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Madrid, Cívitas, 1997, págs. 209-210. *Vid.*, asimismo, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 9 de diciembre de 1993, AC 1993/2550.

cimiento o la falta de este haya de ser objetivo para el citado desarrollador o programador web. En otras palabras, de la norma que se comenta no se deriva la obligación del contratista de conocer efectivamente el estado real y actual de la técnica, como si de patentes se tratara. Por el contrario, entendemos que dicho análisis ha de ser, al igual que para el cliente, subjetivo, sobre la base de la información de que disponen cada uno de los contratantes. La toma en consideración de todas estas consideraciones se traduce en el resultado de que en aquellos supuestos en los que este precepto sea de aplicación, el informático contratista —o bien los sucesores *mortis causa* de este— adquirirá el derecho de explotación de los nuevos usos o medios no especificados en el contrato de cesión de derechos, cuando estos surjan o sean de su conocimiento, incluso aunque originariamente hubiese cedido contractualmente tal derecho en su totalidad, de manera abierta y ciertamente indeterminada. El único límite a esta regla se corresponde con el deber de conocimiento del profesional medio. En otras palabras, aquel programador y desarrollador web, que hubiere pactado con su comitente la cesión de la totalidad de los derechos patrimoniales sobre todas las modalidades de explotación de la página web creada por el primero, habrá de soportar la cesión de aquellas concretas modalidades que, existiendo en la fecha de la firma del contrato y siendo de conocimiento común entre el sector profesional al que pertenece, este afirmara no conocer.

También los artículos 48 y 49 de la LPI cobran un carácter fundamental, teniendo en cuenta que, en la práctica, la cesión de los derechos de explotación que, correspondiendo originariamente al desarrollador web, fueran necesarios para la utilización *on-line* de la página, siempre se lleva a cabo con un carácter exclusivo en favor del cliente, dado el desinterés del citado técnico en conservarlos²⁰. Es más, esta misma falta de interés conduce a dicho técnico a renunciar a la posibilidad de otorgar autorizaciones no exclusivas a terceros. De ahí la plena aplicación de la obligación que el párrafo segundo del artículo 48 de la LPI contempla a cargo del cedente, y que en el entorno web se traduce en la necesidad de comunicar al cliente cesionario las contraseñas para el manejo de la página web y la gestión de los contenidos de esta y del resto de «los medios necesarios para la efectividad de la explotación concedida, (...) según los usos vigentes en la actividad».

Por último, respecto de la remuneración a pagar al autor de la página web por la cesión de sus derechos de explotación en favor de su cliente, ha de advertirse que la práctica habitual supone un claro incumplimiento de las reglas establecidas en el artículo 46 de la LPI, que quedan derogadas por expreso deseo del acuerdo de la autonomía de la voluntad de las partes. No es sino excepcional el pacto de la participación proporcional del cedente de los derechos patrimoniales en los ingresos de la explotación de la página web original conseguidos por el cesionario de estos. Concretamente, este pacto de participación proporcional en los ingresos únicamente suele existir en aquellas páginas webs referidas a tiendas *on-line*, sistemas de reservas y otras de naturaleza simi-

²⁰ Lo cual no es óbice para que el desarrollador web pueda conservar aquellas otras potestades patrimoniales que no fueren necesarias para la explotación de la página web por el cliente cesionario y que, por tanto, no se podrán entender cedidas, ni en exclusiva (dada la exigencia de transmisión expresa con este carácter, exigida por el art. 48.1 LPI), ni con un carácter no exclusivo (por aplicación del art. 43.2 LPI). Así, por ejemplo, es bastante frecuente que el programador web inserte en su propia página web una reproducción estática de la portada de la página web cuyo derecho de puesta a disposición cedió a su cliente. También es habitual que los programadores y diseñadores web reconocidos o pertenecientes al ámbito más académico se reserven la posibilidad de reproducir bidimensionalmente partes de las páginas webs originales que hubieren creado en el texto de libros o manuales sobre programación y diseño web para los que pudieren haber realizado aportaciones.

lar, en las que el programador web de la base de datos –en el sentido informático del término– asociada a dicho sistema de reservas y/o de compra sí dispone de los medios técnicos necesarios para conocer de manera automática y objetiva la explotación dada a la página web por su cliente –o por los usuarios de la página web de su cliente–. En todos los demás casos, es más común que la remuneración se pacte a tanto alzado ²¹, a pesar de que el supuesto de hecho no se pueda subsumir en ninguna de las cuatro situaciones enumeradas con carácter taxativo en el apartado segundo de este artículo 46 de la LPI. Siendo ello así, ha de advertirse de que el cedente va a conservar a su favor la acción de revisión por remuneración no equitativa regulada en el artículo 47 de la LPI en todas aquellas ocasiones en las que exista un desequilibrio sobrevenido de las prestaciones. Esto es, cuando de manera sobrevenida se ponga de manifiesto una excesiva onerosidad para el cedente de los derechos, por tener la remuneración fija pactada un papel insignificante frente a los beneficios que produce la explotación de la página web ²². En el caso de las páginas webs, el plazo previsto para el ejercicio de esta acción en el artículo 47 de la LPI, que se prolonga durante los 10 años siguientes a la cesión, se entiende más que suficiente ²³.

II.2. Página web creada para una empresa por los trabajadores asalariados de esta. Normas de interpretación de la transmisión de derechos del autor asalariado (art. 51 LPI)

En las empresas que hacen de Internet su único –o cuasiúnico– medio para la llevanza de su actividad social –y no solo su principal vía publicitaria–, esta alternativa suele ser la elegida, en detrimento de las opciones hasta ahora expuestas. Se trata, por tanto, de páginas webs eminentemente dinámicas.

El dinamismo de las páginas webs hace que en este tipo de supuestos cobre una especial importancia la eterna discusión acerca la frontera entre el concepto de base de datos y el de programa de ordenador. Aquellas partes de la página web que puedan ser calificadas como programas de ordenador estarán sometidas, en lo referido a la transmisión de sus derechos de explotación, al artículo 97 de la LPI, que dispone que la titularidad de todos los derechos patrimoniales sobre el programa de ordenador «corresponderá, exclusivamente, al empresario, salvo pacto en contrario» ²⁴. En todo lo demás, a falta de pacto escrito sobre las condiciones de la transmisión de los derechos, independiente o no del contrato de trabajo –y posterior o no a este–, la determinación de los derechos patrimonia-

²¹ Sin perjuicio del cobro de una cantidad periódica por parte del diseñador web contratista, en concepto de mantenimiento y gestión de la página.

²² No se trata, por tanto, de una lesión inicial que pudiese dar lugar a la rescisión del contrato. *Vid.* J.M. RODRÍGUEZ TAPIA y F. BONDÍA ROMÁN, *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Civitas, *op. cit.*, pág. 218. *Vid.*, asimismo, la STS (Sala Primera) de 29 de marzo de 2001 (RJ 2002/10216), F.J. 6.º.

²³ Es más, teniendo en cuenta el periodo de vida útil de las páginas webs, mucho más reducido, por lo general, que el de muchos de los otros tipos bases de datos –y, por descontado, considerablemente menor que el del resto de obras y prestaciones protegidas por los derechos de propiedad intelectual–, este puede resultar, incluso, excesivo, pues pasado un tiempo relativamente largo, el éxito de una página web puede deberse a los más diversos factores –frecuentemente, el éxito comercial de la marca–, y no solo a caracteres inherentes a la propia página web.

²⁴ Por remisión del artículo 51.5 de la LPI.

les sobre la página web correspondientes al empresario se regirá por la regulación contenida en el artículo 51 de la LPI y, subsidiariamente, por las demás disposiciones de la LPI ²⁵.

En este tipo de supuestos, la previsión expresa de la cesión de los derechos de explotación sobre la página web creada suele tratarse de una cláusula más del contrato laboral que vincula a ambas partes. Solamente para aquellos casos excepcionales en los que tal pacto expreso no existiera, el apartado 2.º de este artículo 51 de la LPI presume la cesión con carácter exclusivo al empresario de los derechos de explotación sobre la página web original creada en virtud de la relación laboral, esto es, en el desempeño de las funciones que le han sido encomendadas a ese trabajador durante la vida del contrato de trabajo. Recordemos que el trabajador asalariado, tal y como sucedía en el primer caso con el programador contratista del contrato de encargo de obra, va a ser el titular originario del posible derecho de autor del que la página web creada por este –la estructura, se entiende, así como, en su caso, alguno de los elementos individuales que forman parte de su contenido– goce efectivamente. Por tanto, el empleador de este, bien por la existencia de un pacto expreso, bien de manera implícita por la aplicación del artículo 51.2 de la LPI, se convertirá en titular derivativo de los derechos que se entiendan cedidos, pero nunca en titular originario.

El alcance de la cesión exclusiva prevista en este artículo 51.2 de la LPI se limita únicamente a lo necesario para el ejercicio de la actividad habitual del empresario en el momento de la entrega de la obra realizada en virtud de esa relación laboral ²⁶. En todo sector, pero más aún en el ámbito de la programación web, resulta evidente que para que este precepto sea aplicable no se exige que el empleador hubiese dado instrucciones precisas sobre la ejecución de la obra creada, sino que basta con que existieran simples directrices sobre la función técnica a conseguir por sus trabajadores ²⁷.

Una última especialidad es la referida al alcance territorial de la cesión contemplada en la norma que se comenta, pero que carece de regulación explícita en esta, a diferencia de lo que sucedía en el artículo 43.2 de la LPI. Por motivos de eficiencia y acomodo con la realidad práctica, con-

²⁵ Para un estudio comparado del régimen jurídico del autor asalariado, *vid.* A. LUCAS-SCHLOETTER, «La création salariée et le droit contractuel d'auteur. Étude de droit comparé», *Revista de propiedad intelectual*, (pe.i.), núm. 21, 2005, págs. 21 y ss. Tal y como ya señalaba P. CÁMARA ÁGUILA en el resumen de este trabajo, resulta ciertamente llamativo el hecho de que, a pesar del protagonismo actual del contrato laboral como vía para la creación de obras y prestaciones protegidas por la propiedad intelectual, aún hoy sean muy pocos los estudios doctrinales publicados (pág. 15).

²⁶ El concepto de actividad habitual ha de interpretarse en un sentido amplio, hasta el límite previsto en el apartado 3.º de este artículo 51 de la LPI, según el cual el empresario no podrá utilizar la página web para un sentido o fines diferentes al de su actividad habitual. La actividad no habitual del empresario al momento de entregar la obra creada en virtud de la relación laboral, queda fuera de la cesión presunta del apartado 2.º de este precepto, por razones que no se apartan demasiado a las que justifican el artículo 43.5 de la LPI, expuestas anteriormente. En resumidas cuentas, el cedente –trabajador asalariado–, al tiempo de la cesión, desconoce que el cesionario –empleador– va a explotar la obra de una forma distinta, por no ser actividad habitual de la empresa. La referencia al momento de la entrega de la obra contenida en el artículo 51.2 de la LPI hace pensar que si se ha ampliado la actividad habitual del empresario durante la relación laboral, el artículo 51 de la LPI se aplicará también a las obras creadas en virtud de esa nueva actividad. Asimismo, la eficacia de este precepto también se extenderá a todas aquellas actividades que, si bien no eran llevadas a cabo por la empresa en ese preciso momento, sí estaban proyectadas entre los planes de esta en el momento de la firma del contrato laboral. *Vid.* J.M. RODRÍGUEZ TAPIA, «Comentario al artículo 51», en R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Tecnos, 2007, pág. 840.

²⁷ En un sentido similar también se han pronunciado J.M. RODRÍGUEZ TAPIA y F. BONDÍA ROMÁN, *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Civitas, *op. cit.*, pág. 229.

sidero que la cesión de los derechos de explotación de una página web se presume mundial, pues este es el fin de toda página web, luego, a mi juicio, no se puede entender limitada únicamente a aquel país o países en que habitualmente el empleador desarrolle actividades empresariales en el momento de la creación de esta por el trabajador asalariado.

Tal y como sucedía en el contrato de encargo de elaboración de una página web, también en este caso son dos las acciones a las que el trabajador asalariado se obliga. Una, crear la página web. Y dos, ceder al empresario los derechos de explotación sobre esta. Prueba efectiva de ello es el hecho habitual de que en el contrato de trabajo se especifiquen las diferentes partidas que remuneran cada uno de los conceptos. La de actividad laboral, por un lado, y la de cesión de derechos de explotación, por otro ²⁸. Este fraccionamiento refleja claramente la dualidad y autonomía de ambas deudas del empleador para con su empleado y titular originario de los derechos de propiedad intelectual ²⁹. Eso sí, ello no implica que ambas precepciones no puedan ser consideradas como salario ³⁰.

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

III. CONTRATOS NECESARIOS PARA EL FUNCIONAMIENTO Y MANTENIMIENTO DE UNA PÁGINA WEB. EL CONTRATO DE HOSTING O ALOJAMIENTO WEB Y DE REGISTRO DE NOMBRES DE DOMINIOS

El contrato conjunto de *hosting* o alojamiento web y de registro del o los dominios es aquel acuerdo que une al proveedor de espacio de almacenamiento web directamente con el cliente, titu-

²⁸ Otro supuesto bastante frecuente es aquel contrato laboral en el que se especifique que la remuneración global pactada incluye la remuneración en concepto de cesión de derechos de explotación.

²⁹ De hecho, esta partición es coherente con la regla general de la remuneración proporcional prevista en el artículo 46 de la LPI, a la que anteriormente hicimos referencia.

³⁰ En este sentido, se ha pronunciado el Tribunal Supremo (Sala de lo Social), en su Sentencia de 12 de febrero de 1985 (RJ 1985/636), en relación con varios contratos de trabajo de actores de una serie de televisión, en los que se pactó la cesión de los derechos de explotación de sus prestaciones protegidas por un ente de radiodifusión. No parece sostener lo mismo, sin embargo, J.M. RODRÍGUEZ TAPIA, «Comentario al artículo 51», en R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Tecnos, 2007, pág. 842.

lar de la página web, que no con el programador web del contrato de encargo de página web³¹, aun cuando es este segundo quien habitualmente aconseja a dicho cliente –que coincide con su comitente en el contrato de desarrollo web– acerca de las necesidades de *hosting* y de registro de dominio que la página web, aún en estado *nasciturus*, va a requerir para su correcto funcionamiento³².

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

Dada su importancia económica y social para la empresa en cuestión, el registro del nombre de dominio para un determinado portal de Internet es uno de los primeros –cuando no el primer– paso a dar para poner en marcha un proyecto de página web. En este sentido, dependiendo de cuál sea la estrategia comercial a seguir, se debe tener en cuenta que existen diversos tipos de nombres de dominio. En primer lugar, los denominados dominios de primer nivel o *GTLD (Generic Top Level Domain)*, como son el *.com*, *.net*, *.org*, etc. En un segundo nivel están los *ccTLD (Country Code Top Level Domain)*, por ejemplo, el *.es*³³, *.fr*, *.uk*, etc. Asimismo, y desde diciembre de 2003, está abierta la posibilidad de registro de los denominados dominios de tercer nivel, combinación de los dos primeros, como son, a modo de ejemplo, el *.com.es*, *.edu.es*, *.org.fr*, etc.³⁴ A la hora de contratar sus

³¹ Ni con el trabajador asalariado, en el segundo supuesto analizado en el anterior apartado del epígrafe II.

³² Los recursos de almacenamiento y tecnologías contratados, así como las consecuencias para el cliente del empleo de recursos excesivos se encuentran detallados en todo contrato de *hosting*. Por tanto, el proveedor no garantiza que el servicio de alojamiento de los contenidos o la conectividad de red puedan proporcionar capacidad suficiente para responder a picos de demanda que superen de manera significativa los volúmenes estimados por el cliente en el momento del contrato. Este servicio de *hosting* guarda total autonomía con respecto del hospedaje web que el mencionado programador y diseñador web tenga contratado, de manera que va a ser independiente del hecho de que, en fase de desarrollo o creación, la capacidad de alojamiento consumida por la futura página web se corresponda con aquella contratada directamente por tal desarrollador web, para consumo –profesional o no– propio.

³³ En el caso español, según la disposición adicional sexta de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y la disposición adicional sexta de la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones, la entidad pública empresarial *Red.es* es la autoridad de asignación, a la que corresponde la gestión del registro de nombres de dominio de Internet bajo el *.es*. Entre las condiciones exigidas para el otorgamiento de un dominio bajo el *.es* se encuentra la tenencia de intereses o el mantenimiento de vínculos con el territorio español.

³⁴ Asimismo, se debe tener en cuenta la posibilidad de crear por parte del desarrollador web una serie de subdominios, adheridos a un único dominio, para dar respuesta a exigencias o funciones organizativas o administrativas y que se componen de una serie de caracteres o palabras que se escriben antes que el dominio. Un subdominio se representa, por tanto, de la siguiente forma: http://www.subdominio.dominio_principal.com/. A modo de ejemplo se puede citar el subdominio http://portal.uam.es/portal/page/portal/UAM_ORGANIZATIVO/FacultadesEscuelas/FacultadDerecho/Posgrado/folletos/mpi.pdf, en donde se encuentra el folleto del Máster de Propiedad Intelectual impartido en la Universidad Autónoma de Madrid, que constituye un subdominio del dominio <http://uam.es>

servicios, la empresa de *hosting* y registro de dominios suele aconsejar sobre cuál es la traducción técnica de los recursos de su cliente, en función de las características y necesidades que este le hubiere exteriorizado o del resto de servicios web adicionales contratados. El tamaño real o potencial de la empresa o la dimensión de la presencia *on-line* cuyo desarrollo se encarga a dicho proveedor serán factores clave a la hora de determinar el soporte de dominios y subdominios ³⁵.

Partiendo de la inexistencia de una suerte de derecho preferente para la obtención o utilización de un nombre de dominio concreto en favor del titular de determinados derechos, como pueden ser, entre otros, los derechos de propiedad intelectual e industrial ³⁶, resulta ciertamente recomendable registrar el dominio bajo más de uno de los niveles mencionados, para evitar que, ante el crecimiento del valor de mercado del único dominio registrado, algún tercero pretenda aprovechar la coyuntura para registrar cualquiera de los otros niveles de dominio disponibles, con los consiguientes problemas de imagen y negocio que de ello derivan ³⁷.

Otro supuesto problemático relativamente frecuente es aquel en el que el nombre de dominio elegido por un sujeto para registrarlo vinculado a su página web ya hubiese sido registrado con anterioridad por otro sujeto, pero el segundo en el tiempo considera tener mejor derecho para poseer dicho dominio que el primero. En tal caso es posible acudir o bien a alguno de los proveedores de servicios de solución de controversias acreditados por la Corporación de Asignación de Nombres y Números de Internet (*ICANN, Internet Corporation for Assigned Names and Numbers*) o bien a la vía judicial. La primera alternativa pasa por ser la más utilizada, pues es mucho menos costosa y más rápida que la segunda. Con todo, la vía judicial podrá emprenderse en todo caso, con independencia del uso que haya podido realizar de la vía mediadora o arbitral ³⁸.

No puede pasarse por alto el hecho de que, si bien originariamente el contrato de *hosting* o alojamiento web tenía como fin único la prestación de un servicio de alojamiento de los contenidos del cliente en alguno de los discos duros de los servidores web del proveedor, a cambio de un precio a pagar por el cliente, a día de hoy, sin embargo, el número de servicios adicionales presentes con bastante habitualidad en los contratos firmados se ha visto incrementado de manera considerable. En concreto, es bastante común la contratación de asistencia técnica –en la jerga, *Help Desk*–,

³⁵ Así, en las distintas modalidades de contratación vigentes en el mercado actual, con carácter general el paquete ofertado a las empresas de mediano y gran tamaño implica un soporte de dominios mucho mayor que el destinado a la pequeña empresa, acompañado de un soporte de subdominios que suele ser ilimitado.

³⁶ Tal y como establece el segundo párrafo del apartado cuarto de la disposición adicional sexta de la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información.

³⁷ Con todo, ha de tenerse en cuenta que la verificación por parte de la autoridad de asignación de la falta de mantenimiento en el tiempo de un nombre de dominio registrado por ese tercero puede dar lugar a la cancelación de este, previa tramitación del procedimiento que en cada caso se determine (párrafo tercero del apartado cuarto de la disposición adicional sexta de la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información).

³⁸ Vid. J.J. MARÍN LÓPEZ, Nombre civil, denominación social y nombres de dominio, *Revista de propiedad intelectual*, (Pe.i.), núm. 10, 2002, págs. 9 y ss; E. FERNÁNDEZ MASIÁ, «Privatización de la resolución de controversias en materia de nombres de dominio: un paso hacia delante aunque no tan decisivo», *Revista de propiedad intelectual*, (Pe.i.), núm. 12, 2002, págs. 53 y ss; y P. SOLER MASOTA, «Conflicto sobre nombres de dominio. Últimas tendencias en las decisiones OMPI», *Revista de propiedad intelectual*, (Pe.i.), núm. 17, 2004, págs. 55 y ss.

así como la provisión de las herramientas necesarias para que el cliente pueda tener acceso al análisis estadístico de los accesos a las páginas webs del cliente, realizado sobre los archivos de *log* del servidor web³⁹. En el momento actual, también es bastante frecuente la contratación de un sistema de mantenimiento o administración de usuarios, por el que el proveedor se compromete a las tareas de (i) crear, mantener y borrar usuarios y contraseñas del sistema operativo; y (ii) crear, mantener y borrar los scripts de *log-in* y *log-on* de los usuarios de dicho sistema. Asimismo, muchas de las grandes compañías de *hosting* ofrecen a sus clientes la posibilidad de contratar un soporte técnico especializado que cubra de manera integral la presencia en Internet de estos.

Acerca de los concretos contenidos alojados en los servidores web del proveedor por el cliente de este, en la totalidad de los contratos de *hosting* que se regula el deber de control a cargo del cliente y se pacta de manera explícita la falta de responsabilidad de los prestadores de servicios de alojamiento. Con todo, dicho pacto expreso no podrá derogar la eficacia de la regulación de la responsabilidad de las empresas de *hosting* que el artículo 16 de la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información prevé con carácter imperativo⁴⁰.

IV. CONCLUSIONES

Como tuve ocasión de advertir en la primera parte de este trabajo, la necesidad acuciante de la adaptación de los derechos de propiedad intelectual a las exigencias de la Sociedad de la Información y los nuevos productos culturales derivados de esta ha sido puesta en evidencia recientemente por el director general de la OMPI⁴¹. En el caso de las páginas webs, teniendo en cuenta el protagonismo alcanzado por estas en el funcionamiento de las prácticas sociales y de comunicación actuales y el carácter temporalmente limitado de su vida útil habitual –mucho menos longevo que el de

³⁹ Lo que en la jerga se denomina analizadores de ficheros *log* son programas de ordenador creados para examinar los *logs* de los servidores web, proporcionando información sobre quién –esto es, qué dirección IP–, cuándo y cómo los visita. Este servicio analítico es cada vez más frecuente, pues supone altas ventajas competitivas para el cliente, ya que produce un fiable y detallado estudio de mercado, con indudables utilidades de marketing y publicidad, y, a su vez, prácticamente no implica esfuerzos adicionales para el proveedor, toda vez que los servidores producen este tipo de información sobre la totalidad de acceso a la página de manera automática y en formato estandarizado, lo que facilita la migración de unas herramientas a otras. Con todo, los ficheros *log* plantean algunos problemas, pues computan las visitas de los sistemas de rastreo web, que no se corresponden con las visitas de los usuarios personas físicas.

⁴⁰ Para un análisis detallado de la cuestión, *vid.* J. MASSAGUER, «La responsabilidad de los prestadores de servicios en línea por las infracciones al derecho de autor y los derechos conexos en el ámbito digital. El Tratado de la OMPI sobre el Derecho de Autor (WCT) y el Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (WPPT)», *Revista de propiedad intelectual*, (Pe.i.), núm. 13, 2003, págs. 11 y ss.; e I. GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, «Acciones civiles contra los prestadores de servicios de intermediación en relación con la actividad de las plataformas P2P. Su regulación en la Ley 34/2002 y en la Ley de Propiedad Intelectual», *Revista de propiedad intelectual*, (Pe.i.), núm. 16, 2004, págs. 55 y ss; y, de este mismo autor, «La responsabilidad de los prestadores de servicios en línea», *Revista de propiedad intelectual* (pe.i.), núm. 6, 2000, págs. 9 y ss.

⁴¹ Discurso pronunciado por F. GURRY, Director General de la OMPI en la University of Technology de Queensland (Australia) el 25 de febrero de 2011. Documento PR/2011/679, disponible en http://www.wipo.int/pressroom/es/articles/2011/article_0005.html

cualquier otro tipo de obra o prestación protegida y solo comparable en este punto, en algunos casos, con los programas de ordenador—, dicha exigencia de aclimatación se predica aún más acuciante. Ante la falta de una normativa que, a nivel nacional, regional o mundial, tenga en cuenta las peculiaridades que caracterizan a las páginas y sitios webs, ya entonces defendí la existencia de varias alternativas para lograr la protección de estos productos.

El punto de partida de la primera parte de este trabajo no era otro que el excepcional cumplimiento por la generalidad de páginas webs actuales de todos y cada uno de los requisitos exigidos a nivel europeo en la definición del concepto de base de datos. Seguidamente, concluía que las dos protecciones posibles para las bases de datos son perfectamente extensibles a las páginas webs y se adaptarían perfectamente a los dos bienes jurídicos protegibles de una página web. Con el derecho de autor se tutelaría la interfaz gráfica de usuario de la página web, que permite la organización de los contenidos de esta, siempre y cuando tal interfaz sea original. Por su parte, con el derecho sui géneris, creación única del ordenamiento europeo, se tutelaría la inversión realizada en el tratamiento del contenido presente en la página web, con un increíble parecido a los tradicionales criterios del *skill and labour* y del *sweat of the brow* anglosajones. Asimismo, cada uno de los elementos individuales de las páginas webs habrán de seguir gozando de la protección general por el derecho de autor o los derechos afines. Con ello, las páginas webs pasan por ser, junto a las bases de datos en general, el único producto cultural cuya protección puede calificarse de integral, tanto en lo original como en lo económico. Está por ver si la constatada adecuación de esta segunda tutela, la sui géneris, al actual entorno web que en esa primera parte de este trabajo advertía sirve en el futuro próximo de aliciente para su extensión a otros productos tecnológicos de reducida originalidad —generalmente denominados calderilla o moneda pequeña, por su calificación como *kleine Münze* por la doctrina alemana—.

Sin embargo, no puede pasarse por alto cuáles son las modalidades de contratación necesarias para la creación de las páginas webs y las peculiaridades que cada una de ellas suponen con respecto a la titularidad originaria y a la transmisión de los derechos patrimoniales de propiedad intelectual en que las mencionadas tutelas autoral y sui géneris se traducen. En esta segunda parte del trabajo se ha puesto de manifiesto la insuficiencia de los preceptos reguladores de la transmisión íter vivos de estas facultades patrimoniales en relación con el entorno web, dada su proyección internacional y lo reducido del periodo de vida útil de las páginas webs. Falta de acomodo que también se predica de la regulación de las formas de remuneración por la cesión de estos derechos. El conocimiento de todas estas imprecisiones y de las consecuencias que estas conllevan será como el mejor incentivo posible para que las partes cedente y cesionario procedan a la correcta contratación, esto es, a la necesidad de que las partes cedente y cesionaria pacten hasta el más mínimo detalle del alcance temporal, territorial y material de la transmisión. Los caracteres del contrato de *hosting* o alojamiento web tampoco pueden pasarse por alto, sobre todo en su aspecto temporal, dado que su término final supondrá la pérdida inmediata de la página web creada, salvo que se hubiese guardado una copia de esta en algún otro servidor distinto al del proveedor del *hosting*, como puede ser aquel que el diseñador y programador o web creador de dicha página tuviere contratado para uso propio.

V. BIBLIOGRAFÍA

- R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO: «Título VIII. Derecho sui generis sobre las bases de datos», *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, págs. 1.649 y ss., 2007.
- S. CÁMARA LAPUENTE: «Últimas orientaciones internacionales sobre la protección jurídica de las bases de datos», *Autor y Derecho, Ciberrevista sobre propiedad intelectual*, 2001.
- «El nuevo derecho sui generis sobre bases de datos», *Actualidad Civil*, págs. 86 y ss., 1999.
- S. CARNEROLI: *Les contrats commentés du monde informatique Logiciels, bases de données, multimédia, internet*, 2007.
- A. COBO, P. GÓMEZ, D. PÉREZ, R. ROCHA: *PHP y MySQL, Tecnologías para el desarrollo de aplicaciones web*, págs. 7-11, 2005.
- S. DENOIX DE SAINT MARC: *Le contrat de command en droit d'auteur français*, págs. 36 y ss., 2000.
- R. EVANGELIO LLORCA: *El encargo de obra intelectual*, págs. 48 y ss., 2006.
- I. GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ y A. GONZÁLEZ GOZALO: «La protección de las páginas y sitios web a través de la propiedad intelectual», *Revista de Propiedad Intelectual, Pe.i.*, págs. 82 y ss., 2001.
- J. GASTER: «Zur anstehenden Umsetzung der EG-Datenbankrichtlinie (II)», *Computer und Recht*, pág. 720, 1997.
- M.C. GETE-ALONSO Y CALERA: «Comentario al artículo 43», *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, págs. 757 y ss., 2007.
- F. GOTZEN: «The Industrial Property Right Protection of the Producer of a Database. Some Reflections in the Future of European and Japanese Protection Schemes», *Institute for Intellectual Property Bulletin*, págs. 21 y ss., 2007.
- P.B. HUGENHOLTZ: «*The New Database Right: Early Case Law from Europe*», Fordham University School of Law, Ninth Annual Conference on International IP Law & Policy, 2001.
- P. KARIMA: «Portée de la protection par *copyright* de l'interface d'un logiciel», *Communication-Commerce Electronique*, pág. 66, 2005.
- M. LEHMANN: *Internet- und Multimediarecht (Cyberlaw)*, págs. 105 y ss., 1997.
- M. LEISTNER: «The Protection of Databases», *Research Handbook on the Future of the EU Copyright, Research Handbooks in Intellectual Property*, E. DERCLAYE (coord.), págs. 429 y ss., 2009.
- «Legal Protection for the Database Maker-Initial Experience from a German Point of View», *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, págs. 447 y ss., 2002.
- *Der Rechtsschutz von Datenbanken im deutschen und europäischen Recht*, págs. 171-173, 2000.
- I.J. LLOYD: *Information Technology Law*, págs. 416-417, 2011.
- E.J. LOUWERS y S.T. CHOW: *International Computer Law. A practical Guide to International Information Technology Law*, pág. 67, 2009.

- A. LUCAS y H.J. LUCAS: *Droit d'auteur et numérique*, págs. 716 y ss., 1998.
- A. LUCAS-SCHLOETTER: «La création salariée et le droit contractuel d'auteur. Étude de droit comparé», *Revista de propiedad intelectual, Pe.i.*, págs. 15 y ss., 2005.
- H. MACQUEEN: «Copyright and the Internet», *Law and the Internet: A Framework for Electronic Commerce*, L. EDWARDS y T. WAELDE (dirs.), 2000.
- G. MINERO ALEJANDRE: «Protección jurídica de las bases de datos: estudio de la aplicación de la Directiva 96/9/CE tres lustros después de su aprobación y comentario a la primera evaluación realizada por la Comisión europea en 2005», *Revista de propiedad intelectual, Pe.i.*, págs. 28 y ss., 2011.
- «Protección jurídica de las páginas webs. ¿Aplicación de la regulación de la tutela de las bases de datos?», *Ceflegal. Revista práctica de Derecho*, págs. 12 y ss., 2011.
- J.M. RODRÍGUEZ TAPIA: «Comentario al artículo 51», *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, págs. 840 y 842, 2007.
- / F. BONDÍA ROMÁN: *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, pág. 209, 1997.
- G. SCHRICKER: «*Urheberrecht, Kommentar*», págs. 147-158, 1999.
- A. STROWEL y E. DERCLAYE: *Droit d'auteur et numérique*, págs. 291 y ss., 2001.
- S. VON LEWINSKI y M.M. WALTER: *European Copyright Law. A Commentary*, págs. 680 y ss., 2010.