

PROTECCIÓN JURÍDICA DE LAS PÁGINAS WEB. ¿APLICACIÓN DE LA REGULACIÓN DE LA TUTELA DE LAS BASES DE DATOS?

GEMMA MINERO ALEJANDRE

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

Este trabajo ha obtenido el **2.º Premio Estudios Financieros 2011** en la modalidad de **DERECHO CIVIL Y MERCANTIL**.

El Jurado ha estado compuesto por: don Carlos CARNICER DíEZ, doña Iciar CORDERO CUTILLAS, don Gastón DURAND BAQUERIZO, don Antonio ORTÍ VALLEJO y don Juan Ignacio PEINADO GRACIA.

Los trabajos se presentan con seudónimo y la selección se efectúa garantizando el anonimato del autor.



Extracto:

Ni la normativa nacional, ni las disposiciones europeas, ni ninguno de los tratados internacionales en materia de propiedad intelectual contemplan una protección específica de las páginas webs, a pesar del actual protagonismo de estas como vías de explotación de obras y prestaciones protegidas por la propiedad intelectual. Partiendo de ambas realidades, el presente estudio examina la posibilidad de aplicar a las páginas webs las protecciones previstas de manera genérica en las referidas normas en relación con las bases de datos, así como las posibles resoluciones jurisdiccionales recaídas en España y, muy especialmente, en Alemania.

Palabras clave: página web, protección autoral, derecho sui géneris.

LEGAL PROTECTION OF WEBSITES. ¿APPLICATION OF DATABASES PROTECTION?

GEMMA MINERO ALEJANDRE

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

Este trabajo ha obtenido el **2.º Premio Estudios Financieros 2011** en la modalidad de **DERECHO CIVIL Y MERCANTIL**.

El Jurado ha estado compuesto por: don Carlos CARNICER DÍEZ, doña Iciar CORDERO CUTILLAS, don Gastón DURAND BAQUERIZO, don Antonio ORTÍ VALLEJO y don Juan Ignacio PEINADO GRACIA.

Los trabajos se presentan con seudónimo y la selección se efectúa garantizando el anonimato del autor.



Abstract:

NEITHER Spanish law, nor European directives or international treaties provide a specific legal protection of websites, despite the current prominence of websites as the principal medium of expression of protected works and other subject-matters. Taking these two issues as a starting point, this study analyzes the way to cover this regulation gap, exploring the possibilities offered by the above-mentioned Laws and the solutions given by the Spanish and German judgments pronounced up to now.

Keywords: websites, copyright, sui generis right.

Sumario

- I. Introducción. Análisis de la falta de normativa específica que regule la protección jurídica de las páginas webs.
- II. Concepto de página web.
- III. Concepto de base de datos. Factibilidad de subsunción de las páginas webs en el concepto de base de datos.
- IV. Tutela jurídica de las bases de datos. Aplicación a las páginas webs.
 - IV.1. Consideraciones generales.
 - IV.2. Tutela por el derecho de autor.
 - IV.3. Tutela por el derecho sui géneris.
- V. Conclusiones.
- VI. Bibliografía.
- VII. Índice de sentencias citadas.

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

La doctrina especializada en propiedad intelectual aún no se ha detenido en el estudio de un producto con una excepcional importancia en nuestros días, desde el inicio de la denominada Sociedad de la Información: las páginas webs. En el plano normativo, ni el legislador español, ni las instancias europeas han regulado aún este fenómeno. Su homólogo estadounidense tampoco ha dictado todavía una normativa al respecto. Dicha falta de atención es, asimismo, predicable a nivel internacional, pues ninguno de los actuales tratados que versan sobre la materia hacen referencia a las páginas webs o a su posible protección.

Dicha ausencia de regulación se puede justificar, por motivos temporales, en el caso del Convenio de Berna para la Protección de las Obras Artísticas y Literarias de 1886, cuya última revisión se remonta a 1971. Teniendo en cuenta que la efectiva articulación de la *World Wide Web* y de sus primeros servidores se produce en 1990 y que tras 1971 no ha sido posible llegar a un acuerdo para la revisión del Convenio de Berna por parte de los Estados firmantes, la inexistencia de una alusión explícita a las páginas webs en este tratado internacional es lógica. Pero tal alegato no puede predicarse, sin embargo, del Acuerdo de la Organización Mundial del Comercio sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio, de diciembre de 1994¹. Y menos aún de los denominados «Tratados Internet», esto es, los Tratados de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual sobre el Derecho de Autor y sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas, de diciembre de 1996².

No existe en la actualidad un sector normativo donde pueda apreciarse un divorcio tan sonado entre realidad social y normativa reguladora.³ Bien es verdad que el comportamiento del legisla-

¹ Conocido a nivel internacional como ADPIC.

² Tratados de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual –a la que nos referiremos en adelante como OMPI– a los que se suele hacer alusión de manera abreviada como TODA (Tratado OMPI sobre el Derecho de Autor) y TOIEF (Tratado OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas). Estos tratados han sido firmados por la Unión Europea como organización internacional y por cada uno de sus 27 Estados miembros, así como por la mayoría de países desarrollados. En la página web oficial de la OMPI se pueden consultar las Partes contratantes de cada uno de estos tratados, así como las fechas en que tuvieron lugar las firmas, ratificaciones y entradas en vigor de los tratados para cada uno de ellos. <http://www.wipo.int/treaties/es/summary.jsp>

³ *Vid.*, en este sentido, C. PADRÓS REIG, en <http://derechocultura.blogspot.com/>, en reseña a su libro *El canon digital a debate. Revolución tecnológica y consumo cultural en el nuevo marco jurídico-económico*, C. PADRÓS REIG y L. LÓPEZ SINTAS (coord.), Atelier, Barcelona, 2011.

dor se ha caracterizado siempre, en este y otros ámbitos, por su carácter reactivo, de manera que sus actuaciones siguen la máxima acción-reacción, sin anticipar acontecimientos o consecuencias antes de que se produzcan efectivamente. Sin embargo, en el ámbito de la propiedad intelectual, la obsolescencia de las normativas existentes y la pasividad de los legisladores a la hora de poner fin a esta caducidad normativa son, incluso, más criticables, dadas sus consecuencias negativas, desincentivadoras, en el desarrollo de nuevas formas culturales. Con todo, el presente trabajo tiene por finalidad no ya la propuesta de nuevas formas de protección, sino el análisis de la factibilidad de la extensión a las páginas webs de tutela actualmente vigentes.

A pesar de las citadas insuficiencias del plano normativo, la jurisprudencia creciente referida a este producto de la informática es el reflejo jurídico de una realidad práctica incuestionable: Internet es, actualmente, el medio de comunicación dominante en nuestra sociedad, la ventana que permite comunicarnos en un mundo sin fronteras físicas. Si se me permite el símil, Internet es el motor. Las páginas y sitios webs, junto con los programas de ordenador, son los vehículos con los que poder movernos en este mundo globalizado ⁴.

De hecho, cada vez son menos las obras o prestaciones protegidas por la propiedad intelectual que se explotan físicamente y más las que lo hacen de manera intangible, a través de Internet. Esto es, contenidas en páginas o sitios webs. Pero, además de esas obras o prestaciones merecedoras de la tutela por el derecho de autor y los derechos afines, el acceso y la utilización de los datos, de la mera información, también se realiza actualmente de manera generalizada a través de este medio de comunicación de masas, siendo las páginas webs la principal vía de ejercicio del derecho fundamental a la información [art. 20.1 d) CE]. De ahí que la protección que se otorgue a las páginas webs deba guardar un equilibrio entre los varios intereses en juego (autores y otros titulares de derechos de propiedad intelectual, prestadores de servicios de la Sociedad de la Información, usuarios, etc.).

Las anteriores conclusiones tienen sus consiguientes repercusiones económicas. Siendo el uso digital de material protegido por la propiedad intelectual un hecho empírico, la mayoría de los informes realizados a nivel nacional coinciden en destacar cómo el consumo total de las obras y prestaciones protegidas no ha disminuido, sino que se mantiene constante a lo largo de los últimos años. Lo que ha variado es la procedencia y la cuantía de los ingresos de los titulares de derechos de propiedad intelectual, viéndose aumentado considerablemente el mercado digital y, a su vez, disminuida en la misma medida la explotación en los formatos físicos tradicionales ⁵. A la luz de la evidencia empírica de estos resultados se puede concluir que la tecnología digital no perjudica la creación, sino que facilita la divulgación en masa y el acceso a la cultura de los ciudadanos. Con todo, la producción y distribución de las industrias culturales requieren un replanteamiento, si no quieren des-

⁴ Para un estudio de la evolución de los medios de comunicación y en la cultura en general, *vid.* D.J. MOSCOSO SANCHEZ, «De la Galaxia Gutenberg a la Galaxia Internet», en *Revista Científica de Comunicación y Educación*, 2004, núm. 23, págs. 124-128; M. CASTELLS, *La galaxia de Internet: reflexiones sobre Internet, empresa y sociedad*, Plaza y Janés, Barcelona, 2001, págs. 138. ss; y, de este mismo autor, «La era de la información. Economía, sociedad y cultura. Volumen III: Fin de milenio», Alianza Editorial», Madrid, 2004, 4.ª edición, págs. 405 y ss.

⁵ *Vid.* Informes Anuales de 2009 y 2010 de la Industria de Contenidos Digitales del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio. Disponibles en www.red.es/media/registrados/2009-11/1258625905407.pdf?aceptacion y www.red.es/media/registrados/2010-11/1290073066269.pdf?aceptacion

colgarse de la realidad social actual y sus nuevos hábitos de consumo y pretenden sacar un adecuado rendimiento económico de ello.

A día de hoy este tema es objeto de discusión en los principales debates planteados sobre la materia a nivel internacional. En sus recientes intervenciones públicas, el Director General de la OMPI, F. GURRY, se declara preocupado por el actual desfase o la falta de suficiente conexión entre la regulación de los derechos de autor y derechos afines y el uso digital de materiales protegidos por la propiedad intelectual, sobre todo en relación con las páginas webs, dado su papel protagonista en el actual estado de la técnica. De manera muy acertada, en el seno del congreso internacional celebrado en Australia a finales de febrero de 2011, en el que se trató la cuestión de la adaptación de la regulación de los derechos de propiedad intelectual a las nuevas tecnologías, el citado Director General de la OMPI afirmaba que «en lugar de oponer resistencia, tenemos que aceptar la inevitabilidad del cambio y buscar con inteligencia la forma de abordarlo»⁶.

El principio que debe guiar dicha tarea es la neutralidad ante la tecnología y los modelos de explotación de material protegido por la propiedad intelectual surgidos para adaptarse a esta tecnología. Así, la regulación de la propiedad intelectual no puede influir en la práctica sobre las posibilidades técnicas de la expresión creativa o sobre los modelos operativos que surgen de esas posibilidades técnicas, ni debe tratar de preservar modelos operativos creados por tecnologías hoy en día obsoletas. Todo lo contrario. La eficiencia y utilidad de las normas reguladoras de la materia radica en su aptitud para servir a todas y cada una de las técnicas de producción, distribución y utilización de obras intelectuales y prestaciones protegidas, con independencia de las tecnologías empleadas para ello. Solo así la propiedad intelectual logrará ser un auténtico incentivo para el dinamismo cultural, y no un freno a este⁷.

Con dosis de realismo, F. GURRY reconoce que no hay una única y omnipotente respuesta a la pregunta de cómo hacer frente a los desafíos que se plantean a los derechos de propiedad intelectual en la era digital, sino que el problema se debe afrontar desde varios frentes. Así, el segundo principio basilar que debe guiar la adaptación de los derechos de propiedad intelectual a la Sociedad de la Información es la coherencia. La legislación es el primer paso a la hora de llevar a cabo esa aclimatación, pero es un medio limitado. Sus carencias en el terreno práctico se deben tratar de colmar por los órganos jurisdiccionales, con su valiosa labor de interpretación del ordenamiento jurídico. Asimismo, los operadores con capacidades suficientes para ello, entre los que se encuentran las entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual, son piezas útiles. Concretamente, se hace

⁶ Seguidamente afirmaba «No tenemos otra opción: o bien el sistema del derecho de autor se adapta a la ventaja natural que se le presenta, o bien desaparece». Discurso pronunciado por F. GURRY, Director General de la OMPI en la University of Technology de Queensland (Australia) el 25 de febrero de 2011. Documento PR/2011/679. Disponible en la página web de la OMPI en el siguiente enlace http://www.wipo.int/pressroom/es/articles/2011/article_0005.html

⁷ Este problema no es nuevo. A lo largo de la historia, la noción de propiedad intelectual, su objeto y extensión ha variado, a medida que se producían cambios sociales que introducían cambios en su justificación antropológica y social. Así, la propia imprenta supuso en su día un fuerte cuestionamiento de la propiedad de los manuscritos donde se acumulaba el saber cultural. La democratización del acceso a las fuentes de conocimiento y la reacción, más allá de la posesión del escrito originario o de sus pocas copias manuales, fue considerada en su día poco menos que una creación diabólica. Ese mismo paradigma puede apreciarse en la revolución tecnológica actual y su consiguiente desmaterialización de las creaciones culturales.

indispensable la creación de una infraestructura global que permita la concesión mundial de licencias de explotación en Internet de obras y prestaciones protegidas, y que lo haga de manera legal y simple, con tanta facilidad como la actual obtención ilegal de dicho material protegido en Internet. Cuando el medio de explotación es de alcance mundial, las licencias de explotación limitadas al ámbito nacional se revelan totalmente ineficaces. La calificación como infracción de la utilización incontestada de material protegido por la propiedad intelectual y la imposibilidad de obtener una licencia internacional conforman una contradicción en sus propios términos. Ello, unido a la falta de una definición con validez mundial del concepto de usuario ⁸ y la debilidad técnica de las medidas tecnológicas de protección de los derechos de propiedad intelectual frente a los frecuentes ataques de los hackers informáticos, conforman un clima de inseguridad jurídica que debilita la solidez tradicional de los derechos de propiedad intelectual. En el caso de las páginas webs, la solución suele venir del recurso a la figura contractual, cuyo potencial, de configurarse en términos tanto definidos como equilibrados, es mayor que el de la propia normativa. Sin embargo, la insuficiencia de la vía contractual radica en su eficacia únicamente interpartes y, por tanto, su ineptitud como remedio general.

Con todo, este desequilibrio actual no es un hecho irreversible. Una respuesta que, siguiendo los parámetros de neutralidad, coherencia y simplicidad anteriormente apuntados, proteja de manera firme a la vez que ecuánime el fenómeno de las páginas webs se predica, por tanto, necesaria para poder hacer frente a los desafíos digitales existentes.

En relación con las páginas webs y los motivos que justifican su protección por la propiedad intelectual que se analizarán, conviene destacar desde ya la existencia de varios hechos irrefutables. Uno, a pesar de la ausencia de una definición de estas contenida en la Ley de Propiedad Intelectual ⁹, las páginas y sitios webs son protegidos efectivamente en sede jurisdiccional, tanto por los órganos jurisprudenciales españoles, como por otros órganos jurisprudenciales de nuestro entorno y por el propio Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE), tal y como seguidamente se verá. Dos, en la práctica, a las páginas webs se les aplican las medidas tecnológicas de protección de los derechos de propiedad intelectual, así como la información para la gestión de derechos, previstas en la LPI (arts. 160-162), en las mismas condiciones que a cualquier obra o prestación protegida por el derecho de autor o por derechos afines a este.

A lo largo del presente trabajo se analizarán las razones que explican la necesidad de protección de las páginas webs por la propiedad intelectual, así como sus posibles formas de tutela que, dentro de la propiedad intelectual, son aplicables a este producto informático. A pesar de la complejidad que, desde el punto de vista técnico, caracteriza a las páginas webs, la protección que de estas proponemos busca ser lo más simple posible. Tal sencillez se apoya en el aprovechamiento y extensión a las páginas webs de aquellas regulaciones existentes actualmente que mejor se amolden a las características técnicas de este producto informático. Con una interpretación correcta, aclimatada al contexto web, no será necesaria la configuración de nuevas regulaciones, distintas y complementarias de las actuales, que dificultarían aún más el complicado marco normativo vigente.

⁸ No existe a nivel mundial una aclaración sobre suficiencia o no del consentimiento implícito, y no solo el explícito, de los titulares de los derechos de propiedad intelectual afectados por la utilización del tercero para poder calificar al tercero como usuario legítimo o no.

⁹ Ley a la que en adelante nos referiremos como LPI.

Neutralidad, coherencia y simplicidad son, por tanto, como hemos señalado ya, la hoja de ruta que guiará el estudio de las alternativas que se exponen en el presente trabajo.

II. CONCEPTO DE PÁGINA WEB

Con carácter preliminar conviene precisar qué se entiende por página web. Esta se puede definir como un documento electrónico adaptado a la *World Wide Web*, solamente accesible a través de Internet, y escrito en un lenguaje de marcado, generalmente en HTML o, cada vez más, en XHTML¹⁰.

Por su parte, un sitio web es una colección de páginas webs relacionadas, imágenes, vídeos u otros archivos digitales típicamente comunes a un dominio o subdominio en Internet¹¹. El acceso a los sitios web se realiza mediante navegadores web, que son *softwares* creados para realizar la interpretación de los códigos HTML/XHTML necesaria para la visualización de las páginas por el usuario¹². Dicho acceso puede ser libre o privado, según requiera o no un código de acceso o contraseña¹³.

A las páginas de un mismo sitio web se accede mediante un dominio común –o subdominio, en su caso–, contenido en un mismo servidor web¹⁴. En un mismo servidor pueden coexistir varios dominios –siempre y cuando referencien a la misma IP– y, dentro de estos, varios subdominios. Con todo, si bien la URL de todos ellos podrá tener partes comunes, dos subdominios o páginas webs diferentes que pertenezcan a un mismo sitio web o a un mismo dominio no compartirán sus URLs de manera íntegra, sino hasta la parte correspondiente al dominio. No así respecto de la parte que se

¹⁰ Las siglas HTML son las iniciales de *Hyper Text Markup Language*, Lenguaje de Marcado de Hipertexto, actual lenguaje predominante para la elaboración de páginas webs. Por su parte, las siglas XHTML se refieren al *Extensible Hyper Text Markup Language*, Lenguaje Extensible de Marcado de Hipertexto. Este segundo lenguaje fue creado con el fin de sustituir al primero como lenguaje estándar para las páginas webs. Si bien en su versión 1.0 tiene aún las mismas funcionalidades que el HTML, se está avanzando en la línea de las recomendaciones del *World Wide Web Consortium*, dirigido por Sir T. BERNES-LEE. Para un profundo estudio del funcionamiento de los lenguajes de marcado, las páginas webs y el tráfico web en general, *Vid. T. BERNES-LEE, Weaving the Web, The Original Design and Ultimate Destiny of the World Wide Web by Its Inventor*, HarperCollins, San Francisco, 2000.

¹¹ En algunas ocasiones, el sitio web es denominado portal. Es habitual que las varias páginas webs que conformen ese portal no sean más que secciones del mismo, de manera que comparten un dominio, pero no una URL, como posteriormente se expondrá.

¹² *Internet Explorer, Mozilla Firefox o Google Chrome*, entre otros.

¹³ Como posteriormente se expondrá, las páginas webs son el mejor ejemplo de aplicación del código de acceso –una de las principales medidas tecnológicas de protección de los derechos de propiedad intelectual–.

¹⁴ Un servidor web, también llamado servidor HTTP o Web Servers, es un programa que procesa cualquier aplicación del lado del servidor –escritas en lenguaje de programación– realizando conexiones con el cliente y generando una respuesta que es ejecutada por el navegador web. Esto es, un programa en ejecución de forma continua en un ordenador –también se utiliza el término servidor para referirse al ordenador que lo ejecuta–, manteniéndose a la espera de peticiones por parte de un cliente (un navegador de Internet) y contestando a estas, bien sirviendo la página web solicitada, que será mostrada en el concreto ordenador, bien, en su caso, mostrando el mensaje correspondiente si se detectó algún error. Para la transmisión de todos estos datos se opera mediante un protocolo, generalmente HTTP –de ahí su nombre, servidor HTTP–. Algunos servidores web importantes son *Apache, Cherokee, IIS, Tomcat y Lighttpd*.

corresponda con el nombre de la concreta carpeta ¹⁵. En otras palabras, la URL de cada carpeta (cada página web dentro de un mismo sitio web o cada sección dentro de una misma página web) está conformada por el nombre del dominio (incluido el .com, .es u otros) más el nombre adjudicado a esa concreta carpeta, que habrá de ser, necesariamente, diferente al de las demás ¹⁶. A pesar de la organización dada por la URL, son los hiperenlaces existentes entre las varias páginas con un dominio o subdominio común las que controlan de manera particular cómo el usuario percibe y utiliza –interactúa– esa estructura general y cómo el tráfico web fluye pluridireccionalmente entre las distintas páginas webs, siguiendo órdenes del concreto usuario.

Con carácter general, en la fisonomía o configuración de una página web se pueden distinguir claramente dos partes. Por un lado, lo que aquí vamos a calificar como «estructura» –denominada en lenguaje informático *front-end*–, esto es, el menú o botones, que, partiendo del diseño y usabilidad (*user experience*), la maquetación y la programación cliente, permite la interacción del usuario. Y, por otro lado, lo que a lo largo de este trabajo calificaremos como «contenido» –denominado en lenguaje informático *back-end*–, conformado por los contenidos alojados en lo que desde el punto de vista informático se entiende como «bases de datos» y «servidores» ¹⁷. A pesar de la mayor o menor complejidad de la estructura, es en el contenido donde realmente radica la mayor variación, heterogeneidad y riqueza de las páginas webs. Contenido que, además, en muchas ocasiones no tiene un carácter artístico, sino meramente informativo. De ahí que la protección de dicho contenido exija ciertas especialidades frente a los tradicionales derechos de propiedad intelectual. Estos factores son tenidos en cuenta en las propuestas que se presentan a continuación.

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

Con carácter preliminar, en relación con la definición contenida en el artículo 1.2 de la Directiva 96/9/CE, de 11 de marzo de 1996, sobre la protección jurídica de las bases de datos ¹⁸, debe destacarse que el concepto de base de datos tiene un carácter europeo. Esto es, que ha sido armonizado a nivel comunitario y debe interpretarse de manera uniforme y autónoma en todos los Estados miembros, con arreglo al Derecho europeo, con independencia de sus anteriores normativas nacio-

¹⁵ Las siglas URL hacen referencia al *Uniform Resource Locator*; Localizador Uniforme de Recursos. El URL de un recurso informático es su dirección en Internet, esto es, el nombre que aparece en la barra de direcciones del navegador utilizado. Combina el nombre del servidor que proporciona la información, el nombre del archivo y el protocolo a seguir para recuperar los datos. El URL permite que el navegador localice dicho recurso y lo muestre de forma apropiada.

¹⁶ Muchos de estos subdominios se crean y configuran por motivos de posicionamiento o indexación, por su facilidad de lectura por los buscadores. Así, por ejemplo, el subdominio <http://www.derecho.uam.es> seguramente tendría un mejor posicionamiento que <http://www.uam.es/derecho/>

¹⁷ Si bien, como seguidamente veremos, el concepto informático de base de datos dista mucho de parecerse al concepto jurídico. La amplitud del concepto jurídico conformado por la Directiva de bases de datos permite englobar en él muchos más productos que los que, desde un punto de vista estrictamente informático, pueden calificarse como base de datos.

¹⁸ Directiva 96/9/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo de 1996, sobre la protección jurídica de las bases de datos (DO L 77, de 27 de marzo de 1996), a la que, en adelante, nos referiremos como «la Directiva».

nales, y teniendo en cuenta el contexto de dicha disposición y el objetivo que la normativa de que se trate pretende alcanzar¹⁹.

En este contexto deben destacarse varios aspectos. En primer lugar, el carácter único de la definición del concepto de base de datos contenida en la Directiva. Solo comparable, a nivel internacional, con la definición propuesta en el seno de la OMPI, con la que guarda una considerable similitud –práctica identidad–, que se explica por el origen europeo de esta propuesta, que finalmente no fue incluida en los Tratados OMPI de 1996²⁰. De ahí que, en segundo lugar, deba llamarse la atención sobre la inexistencia, a nivel internacional, de una definición constitutiva del concepto de base de datos, desligada de cualquier alusión a los requisitos exigidos para la protección de esta por la propiedad intelectual. Así, las legislaciones que regulan la protección de las bases de datos, compilaciones o colecciones no dedican un precepto a definir, con carácter previo, lo que deba entenderse por base de datos²¹.

¹⁹ La teoría del concepto europeo elaborada por el TJUE puede considerarse, a día de hoy, doctrina jurisprudencial consolidada. *Vid.*, entre otras, las SSTJUE de 18 de enero de 1984, *Ekro*, C-327/82, f. 11; de 19 de septiembre de 2000, *Linster*, C-287/98, f. 43; de 9 de noviembre de 2000, *Yiadam*, C-357/98, f. 26; y, más recientemente, la STJUE de 21 de octubre de 2010, asunto *SGAE v. PADAWAN*, C-467/08, ff. 33 y 34.

La jurisprudencia citada debe entenderse en el sentido de que el TJ parte manifiestamente de una presunción a favor de la interpretación autónoma debido a la necesidad de efectuar una interpretación uniforme y de otorgar un trato igual. Presunción que, no obstante, puede quedar desvirtuada si no es posible definir un concepto uniforme o si así lo exige una mera armonización parcial. Tales circunstancias no se dan en el presente caso, puesto que, tanto del tenor del propio artículo 1.2 y del considerando 17.º de la Directiva, como de su contexto y de los objetivos perseguidos por la normativa de la que forma parte se deduce un concepto de base de datos armonizado y completo, sin necesidad de recurrir a las definiciones que, en su caso, pudieran existir en las distintas regulaciones nacionales. Para un análisis de la metodología de análisis de los conceptos de carácter europeo y de las implicaciones prácticas de la armonización de estos, *Vid.* S. LÓPEZ MAZA y G. MINERO ALEJANDRE, «El carácter equitativo de la compensación por copia privada. Comentario a la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 11 de octubre de 2010 (Caso Padawan)», *Revista de propiedad intelectual*, (pe. i.), núm. 36, 2010, págs. 95-98.

Esta conclusión se ve confirmada por el objetivo de la normativa en la que figura este concepto de base de datos. En efecto, la finalidad de la Directiva, basada, en particular, en el actual artículo 114 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea –que, a su vez, se remite a su art. 26, en relación con el objetivo general de consecución del correcto funcionamiento del mercado interior–, es la de armonizar la protección jurídica de las bases de datos, así como impedir las distorsiones de la competencia en el mercado interior resultantes de la diversidad de normativas de los Estados miembros, implica el desarrollo de conceptos autónomos de Derecho de la Unión. (*Vid.* párrafo 57 de las Conclusiones de 8 de junio de 2004 de la Abogada General Stix-Hackl en el asunto *British Horseracing Board*, C-203/02).

A ello se une la razón económica existente detrás de esta armonización: la creación de un régimen estable y uniforme de protección jurídica de los derechos de los fabricantes de bases de datos como requisito *sine que non* para la consecución de un nivel de inversión considerable en el sector de las bases de datos, de cara a la creación de una industria europea de la información fuerte, capaz de competir con el resto de actores mundiales. Una interpretación o una aplicación no uniforme del concepto de base de datos equivaldría directamente a frustrar dicha finalidad. (*Vid.* considerandos 12.º y 13.º de la Directiva, previos a la propia definición del concepto de base de datos).

²⁰ *Vid.*, documento CRNR/DC/6, Propuesta básica de las disposiciones sustantivas del Tratado relativo a la Propiedad Intelectual respecto de las bases de datos, para consideración en la Conferencia Diplomática. Ginebra, Suiza, 30 de agosto de 1996. Disponible en <http://www.wipo.int/meetings/en/archive.jsp>. *Vid.*, asimismo, la sección dedicada a él en EIPR, 1996, 18(11), Sup. xi-xii.

²¹ Por el contrario, sus disposiciones solamente regulan los requerimientos que deben cumplirse para quedar protegidas. Así, por ejemplo, el caso estadounidense, cuya sección 101 de la Copyright Act, dedicada a la definición de los conceptos empleados a lo largo de la norma, dicta: «Una compilación es una obra formada por la colección de materiales preexistentes o de datos que han sido seleccionados, coordinados o dispuestos de manera tal que su resultado constituya una creación intelectual original». La sección 103(b) prosigue: «El derecho de autor de las compilaciones únicamente protege la aportación original del autor de tal obra, pero no a los materiales preexistentes empleados en la elaboración de esta».

Todas estas consideraciones son importantes en un doble sentido. Uno, porque las reflexiones que se vierten a continuación van a ser aplicables de manera uniforme a todos y cada uno de los Estados miembros de la Unión Europea, así como a los países que, formando parte del Espacio Económico Europeo, han decidido hacer suya dicha definición comunitaria del concepto de base de datos²². Y dos, porque, a contrario, cabe deducirse que las conclusiones a las que se llegue en el presente trabajo no van a poder ser extrapolables, sin una necesaria aclimatación a sus respectivas peculiaridades normativas, a otros ordenamientos distintos del europeo.

Asimismo, debe hacerse hincapié en el hecho de que el concepto de base de datos configurado a nivel europeo es aplicable tanto al derecho de autor como al derecho sui géneris, esto es, a las dos posibles formas de protección de las bases de datos, cuyo estudio seguidamente realizaremos²³.

Dicho esto, conviene adentrarnos en el concepto europeo de base de datos para poder afirmar si la subsunción de las páginas webs en dicho concepto es o no posible. El artículo 1.2 de la Directiva –y, en el plano nacional, el citado art. 12.2 de la LPI, que transpone el precepto europeo– definen las bases de datos como «recopilaciones de obras, de datos o de otros elementos independientes dispuestos de manera sistemática o metódica y accesibles individualmente por medios electrónicos o de otra forma». Por tanto, son varios los requisitos exigidos a la hora de calificar o no como base de datos a un producto.

El derecho de autor de la compilación es independiente y no afecta o perjudica al ámbito de aplicación ni a la duración de los derechos de autor que puedan recaer sobre los materiales preexistentes».

El legislador español de 1987 también seguía esta línea, transponiendo al ordenamiento nacional, si bien con ciertas peculiaridades, la previsión contenida en el Convenio de Berna. Así, el artículo 5 del citado Convenio dispone: «Las colecciones de obras literarias o artísticas tales como las enciclopedias y antologías que, por la selección o disposición de las materias, constituyan creaciones intelectuales estarán protegidas como tales, sin perjuicio de los derechos de los autores sobre cada una de las obras que formen parte de estas colecciones». Por su parte, el antiguo artículo 12 de la LPI de 1987 establecía: «Las colecciones de obras ajenas, como las antologías, y las de otros elementos o datos que por la selección o disposición de las materias constituyan creaciones intelectuales, sin perjuicio, en su caso, de los derechos de los autores de las obras originales». Por tanto, la protección conferida a las «colecciones» en el mencionado artículo 12 de la LPI de 1987 era la propia del derecho de autor, y, por ende, esas «colecciones» no eran sino una modalidad de obra protegida, añadida a las enumeradas en los artículos 10 y 11 de esta Ley 22/1987. Este no es el caso actual, tal y como posteriormente se expondrá. Las mismas consideraciones cabe predicar del ADPIC, cuyo artículo 10.2 declara: «Las compilaciones de datos o de otros materiales, en forma legible por máquina o de otra forma, que por razones de la selección o disposición de sus contenidos constituyan creaciones de carácter intelectual, serán protegidos como tales».

²² Islandia, Liechtenstein y Noruega. Para una reseña de las normativas de transposición, *vid.* «Reseña de las legislaciones vigentes de propiedad intelectual en materia de bases de datos no originales», documento OMPI SCCR/8/3, presentado por el Comité Permanente de Derecho de Autor y Derechos Conexos, octava sesión, Ginebra, 4 a 8 de noviembre de 2002. *Vid.*, asimismo, T. BALLARINO, «Banche dati, diritto internazionale privato e trattamento dello straniero», *Annali Italiani del Diritto d'Autore, della cultura e dello spettacolo*, AIDA, VI, 1997, pág. 189.

²³ Dicha técnica fue seguida, asimismo, por los legisladores español y francés. En el caso español, la transposición de la definición contenida en el artículo 1.2 de la Directiva se llevó a cabo mediante la introducción de un segundo apartado en el artículo 12 de la LPI, dentro del Libro I (dedicado únicamente al derecho de autor), pero aplicable al Título VIII del Libro II (dedicado al derecho sui géneris), por expresa remisión del párrafo segundo del artículo 133.1 de la LPI. Por su parte, el legislador francés también optó por incluir la definición en el artículo L 112-3 CPI, dentro del Título I del Libro I (Derecho de autor) y no repetirla después en el Título IV del Libro III (Título dedicado al derecho sui géneris, dentro del Libro sobre disposiciones generales relativas al derecho de autor, derechos vecinos y derecho sui géneris). Sin embargo, en aras de una mayor claridad, el legislador alemán optó por mantener una definición en el contexto de la protección autoral (art. 4.2 UrhG) y otra en relación con la tutela sui géneris (art. 87.a UrhG), de considerable parecido pero no mimética redacción.

En primer lugar, la exigencia referida al contenido tiene, sobre todo, un carácter aclaratorio, afirmando que dicho contenido puede estar conformado bien por obras, bien por datos o bien por otros elementos, así como por una combinación de estos ²⁴. De la redacción del citado precepto cabe deducir que el legislador europeo ya preveía en 1996 la amplitud que el concepto de base de datos iba a tener, dadas las posibilidades de la técnica. Obviamente, este requisito se satisface por las páginas webs, que, generalmente, están conformadas de manera heterogénea, por una mezcla de los tres tipos de contenidos citados. Si bien la subsunción de los concretos contenidos de una página web en uno u otro concepto depende del carácter o del sector de mercado en el que la persona que encarga la realización de la página se incluya. Así, por ejemplo, en el caso de instituciones culturales como pueden ser museos o compañías editoriales, los contenidos de sus correspondientes páginas webs suelen poder calificarse como obras. Sin embargo, en páginas webs del sector musical, los contenidos generalmente se subsumen en el concepto de otros elementos.

Se debe tener en cuenta que, originariamente, la Comisión europea pretendía limitar la protección contenida en la futura Directiva a las bases de datos electrónicas y que, dentro de estas, las páginas webs empezaban a tener ya entonces una importancia considerable ²⁵, si bien el protagonismo del que estas gozan actualmente era impensable en aquella época –mediados de los años noventa–. A ello debe unirse el hecho de que la mayoría de las legislaciones nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea vigentes con anterioridad a la adopción de la Directiva hicieran referencia a las «colecciones», pero no a las «bases de datos» ²⁶, pues tradicionalmente, en la conciencia común,

²⁴ Por «otros elementos» se entiende todo aquello que ni se califica como obra desde el punto de vista de la propiedad intelectual ni es un dato o información (*Vid.* la amplitud del considerando 17.º de la Directiva). Así, pueden englobarse tanto las prestaciones protegidas por la propiedad intelectual (actuaciones, interpretaciones o ejecuciones, fonogramas, grabaciones audiovisuales, fotografías, emisiones y transmisiones de las entidades de radiodifusión, así como determinadas producciones editoriales), como aquellas otras realidades residuales que, sin gozar de la protección del derecho de autor ni de los derechos afines, no pueden ser tenidas por datos o información, como pueden ser, entre otras, las disposiciones legales o reglamentarias y sus correspondientes proyectos, las resoluciones de los órganos jurisdiccionales y los actos, acuerdos, deliberaciones y dictámenes de los órganos públicos (art. 13 LPI). Por tanto, la amplitud o estrechez del concepto de «otros elementos» depende directamente de la concreta holgura dada al concepto de dato o información.

²⁵ El artículo 1.1, así como el considerando 13.º de la Propuesta inicial de Directiva presentada por la Comisión, se referían únicamente a las bases de datos cuyos contenidos hubieran sido «dispuestos, almacenados y accesibles por medios electrónicos». *Vid.*, asimismo, los apartados 3.1.1-3.1.6 y 3.1.10 de la Exposición de Motivos que acompañó dicha Propuesta inicial, en el que se justificaba esta limitación del ámbito de aplicación en las características peculiares propias de las bases de datos electrónicas, como son su tendencia a ser exhaustivas y extensivas, así como sistemáticas y metódicas, por deberse su funcionamiento y sistemas de búsqueda a la labor realizada por programas de ordenador. Razones por las cuales estas bases de datos no encajaban habitualmente en los requisitos exigidos para su protección por el derecho de autor en el Convenio de Berna y en las legislaciones nacionales que algo establecían al respecto, en donde sistemáticamente se requería como criterio especial de originalidad que tales bases de datos constituyeran, en atención a los criterios de selección o disposición de sus contenidos, creaciones intelectuales.

Ello dejaba la protección de aquellas bases de datos que, por no ser electrónicas, no entrasen en el ámbito de cobertura de las bases de datos sujeta –como hasta ese momento había estado– a la correspondiente tutela contemplada en el ordenamiento de cada Estado miembro, pero debiendo en todo caso ser acorde con lo dispuesto en el artículo 2.5 del Convenio de Berna (considerando 19.º de la Propuesta inicial de Directiva presentada por la Comisión).

²⁶ Tal era el caso, por ejemplo, del antiguo artículo 12 de la LPI, cuya redacción se remonta a la Ley 22/1987, de 11 de noviembre, de Propiedad Intelectual.

Para un análisis de estos conceptos, *Vid.* S. CÁMARA LAPUENTE, «Últimas orientaciones internacionales sobre la protección jurídica de las bases de datos», *Autor y Derecho. Ciberrevista sobre propiedad intelectual*, vol. 1, 2000-2001. Este autor se pregunta si se trata de dos productos u objetos diferentes, tratados conjuntamente por su afinidad, pero con caracteres dispares, o, por el contrario, de dos objetos idénticos.

el término base de datos se vinculaba a aquellas recopilaciones para cuyo acceso se requiere algún tipo de medio electrónico y que permiten búsquedas estratégicas.

El único motivo real que llevó a las instancias europeas a ampliar dicha definición a toda base de datos, con independencia de su formato, no fue otro que el cariz de las negociaciones que en esa fecha se llevaban a cabo con vistas a la adopción del futuro ADPIC, del que ya entonces se conocía el texto de su futuro artículo 10.2, en donde la protección de las bases de datos se configuraba con independencia de la forma de estas, esto es, tanto en el caso de las bases de datos electrónicas como también de las no electrónicas. La razón del viraje realizado por el legislador europeo era, pues, evidente: limitar la protección exclusivamente a las bases de datos electrónicas –por muy innovadoras que en aquellos momentos pudieran parecer– sería cerrar puertas a los desarrollos tecnológicos futuros, y excluir radicalmente aquellos nuevos tipos de bases de datos que, fruto de la Sociedad de la Información, puedan surgir de la mano de técnicas novedosas distintas a la electrónica²⁷. Por tanto, la introducción de esta consideración tiene el gran acierto de ser tecnológicamente neutral²⁸. Ello hace que se pueda albergar bajo el mismo concepto de base de datos, por ejemplo, tanto la colección de obras exhibidas en un museo como la recopilación de archivos en los que tales obras aparecen digitalizadas en la página web de la correspondiente institución cultural.

Si bien, en principio, el número de elementos que, de manera efectiva, formen parte del contenido de la base de datos no es relevante²⁹, este sí puede ciertamente llegar a condicionar la existencia de una inversión sustancial, requisito necesario para obtener la protección del derecho sui géneris, como forma de tutela de las páginas webs que posteriormente se expodrá³⁰.

²⁷ Si bien la intención originaria de la Comisión fue justo la contraria, no se dio cuenta entonces de las repercusiones negativas que para la protección futura de las bases de datos a nivel europeo pudiera tener limitar el ámbito de aplicación de la Directiva a las bases de datos electrónicas.

Teniendo en cuenta los argumentos que acaban de ser expuestos, el Consejo decidió introducir en su Posición Común dos novedades tendentes a superar el desacierto de la Comisión. Por un lado, ya en el artículo 1.1 de la Directiva se declararía que la protección jurídica prevista en esta se refiere a «las bases de datos, sean cuales fueren sus formas». Por otro lado, y por si se pudiera albergar aún algún tipo de duda, en el considerando 14.º se aclararía la conveniencia de «hacer extensiva la protección prestada por la presente Directiva a las bases de datos no electrónicas». Vid. apartado 8 de la pág. 24 de la Exposición de Motivos que acompañó a la Posición Común del Consejo de la Unión Europea.

Además, todo ello queda corroborado con la literalidad que la Unión Europea dio a la nota explicativa 1.13, que acompañaba a la citada Propuesta del fallido Tratado OMPI sobre bases de datos presentada por la Unión Europea. En ella se dice: «La protección se extiende a las bases de datos tanto en forma electrónica como no electrónica. Además, esta redacción abarca todas las formas o medios actualmente conocidos o ulteriormente desarrollados».

²⁸ Si bien también puede considerarse que los problemas ligados a esa originaria redacción podrían haber sido resueltos por la vía de la analogía, teniendo presente que lo que a principios de la década de los noventa –y aún hoy– se calificaba como electrónico estaba muy ligado a su carácter digital y este, a su vez, a todo aquello que se aleja del tradicional formato o soporte material.

²⁹ Si bien el Parlamento europeo propuso una enmienda por la que se incluyera en la definición de base de datos la expresión «un número importante» de obras, datos y otros elementos, esta enmienda no fue aceptada ni por la Comisión ni por el Consejo, pues se entendía que, dada su indeterminación, más que aclarar, habría planteado mayores problemas de interpretación y no habría sido conforme a la definición contenida en el ADPIC ni a los debates que entonces se mantenían en el marco de la OMPI sobre un posible protocolo al Convenio de Berna. Vid. punto 8 de la pág. 24 de la Posición Común del Consejo, de 10 de julio de 1995.

³⁰ Vid. las Conclusiones de la Abogada General Stix-Hackl de 8 de junio de 2004, relativas al asunto *Fixtures Marketing Ltd. v. Oy Veikkaus Ab*, C-46/02.

El segundo requisito exigido es el carácter independiente de los elementos que conforman el contenido de la base de datos. Ello significa que los elementos habrán de ser separables unos de otros sin que resulte afectado el valor de su contenido informativo, artístico u otro³¹. La racionalidad de esta exigencia pasa por su entendimiento en un sentido conceptual, luego no se trata de una independencia de carácter físico (o separabilidad física de un elemento con respecto al conjunto). El carácter independiente se traduce, por tanto, en la potencialidad del usuario de separar en su mente los elementos individuales contenidos en la base de datos cuando accede a ella³². A efectos prácticos, este requisito se entenderá cumplido toda vez que los elementos individuales tengan sentido por sí mismos, de manera que su existencia no dependa del resto de elementos que lo acompañan, ni de su contexto, esto es, de su integración en la base de datos³³.

Una página web satisface este segundo requisito, incluso cuando se interprete de manera estricta, pues al acceder a la *home* o página principal, el usuario no visualiza todo el contenido de la página, sino que, como regla general, solamente encontrará el menú, y será pinchando en los botones que conforman dicho menú cuando se desplegará el contenido de esta. Por tanto, el acceso a la totalidad del contenido de una página web no podrá realizarse, salvo en supuestos excepcionales³⁴, en un

En el Derecho comparado, la regla general es también la de la irrelevancia del número de obras, datos o elementos contenidos en la base de datos como criterio a tener en cuenta a priori a la hora de definir el concepto de base de datos. La Federación de Rusia es una excepción, pues, desde 2008, está en vigor la reforma de la Parte IV del Código Civil, donde, por primera vez en este país, se regula de manera específica la protección de las bases de datos. La Sección 1334.1 del Código Civil ruso establece la protección de toda base de datos consistente en un mínimo de 10.000 elementos singulares de información. Además, parafraseando el artículo 7 de la Directiva europea, que posteriormente se expondrá, contempla la tutela de las bases de datos para cuya producción se haya destinado una inversión sustancial.

³¹ En este sentido se pronuncia la STJUE de 9 de noviembre de 2004, *Fixtures Marketing Ltd. v. OPAP*, C-444/02, f. 29, haciendo suyas las Conclusiones de la Abogada General C. Stix-Hackl, de 8 de junio de 2004 referidas al citado asunto (párrafo 39). Así, para el caso concreto del litigio principal, el TJ concluyó que «la fecha, el horario y la identidad de los dos equipos correspondientes a un partido de fútbol –contenidos en las correspondientes listas de partidos– están incluidos en el concepto de elementos independientes en el sentido del artículo 1.2 de la Directiva en la medida en que tienen un valor informativo autónomo» (f. 33). *Vid.*, asimismo, M. LEISTNER, «The Legal Protection of Telephone Directories Relating to the New Database Maker's Right», *International Review of Industrial Property and Copyright Law 2000*, págs. 950 y ss., especialmente pág. 956; y S. CHALTON, «The Copyright and Rights in Databases Regulations 1997: Some Outstanding Issues on Implementation of the Database Directive», *EIPR*, 1998, pág. 179.

³² En un sentido similar parecen apuntar T. APLIN, S. BEUTLER y E. DERCLAYE. *Vid.* T. APLIN, «The EU Database Directive: Taking Stock», en *New Directions in Copyright Law. Volume 2*, F. MACMILLAN (coord.), Edwar Elgar, Massachusetts, 2006, pág. 101; S. BEUTLER, «The Protection of Multimedia Products through the European Community's Directive on the Legal Protection of Databases», *Entertainment Law Review*, núm. 8, 1996, pág. 324; y E. DERCLAYE, «What is a Database? A Critical Analysis of the Definition of a Database in the European Database Directive and Suggestions for an International Definition», *The Journal of World Intellectual Property Organization*, 2001, pág. 981.

En aplicación de este criterio interpretativo se entenderá que dicho requisito de independencia no se satisface respecto de cada una de las partes de un conjunto de información bursátil, pues estas no adquieren significado sino siendo consideradas de una manera global, en comparativa con el resto de resultados del mercado de valores. Tampoco se cumple este requisito en las obras o grabaciones audiovisuales, literarias o musicales, ni en los fonogramas, puesto que cada imagen, palabra o sonido cuya secuencia conforma el contenido de estas no tiene un carácter independiente. Así se pronunció expresamente el legislador europeo en el considerando 17.º de la Directiva que se comenta.

³³ En definitiva, la interpretación propuesta evita que se tenga en consideración a la hora de entender cumplido o no este requisito el hecho de que una obra, dato o elemento pueda o no tener un valor diferente dependiendo de su contexto. Esto es, con este criterio interpretativo será indiferente que esos contenidos adquieran un valor añadido –respecto al que tendrían individualmente considerados– al formar parte de una base de datos.

³⁴ Estos supuestos excepcionales suelen referirse a las primeras páginas webs que fueron creadas, muy sencillas y de carácter estático.

mismo momento temporal, sino que se deberá acceder parcialmente, de manera que el clickeo en cada uno de los botones del menú desplegará la parte del contenido de la página inserta en ese botón, pero no en los otros. La estructuración de las páginas webs propicia, pues, el cumplimiento de la exigencia de independencia conceptual³⁵.

La tercera exigencia está muy ligada con la anterior. Se refiere básicamente a la necesidad de que los elementos que conformen el contenido de la base de datos sean «accesibles individualmente»³⁶. Con todo, ambos requisitos no deben confundirse. El carácter independiente, como se ha expuesto, puede interpretarse en un sentido más abstracto o conceptual, entendiéndose cumplido siempre y cuando la existencia de los elementos no dependa de su integración en la concreta base de datos. Por el contrario, el requerimiento de la accesibilidad individual hace referencia a un concepto más físico o cognoscitivo, en el sentido de la posibilidad de percepción individual o separada, por parte del usuario, de cada uno de los elementos que conforman el contenido de la base de datos³⁷. De ahí que este tercer requisito plantee serios problemas en el caso de bases de datos de soporte físico, pues en muchos casos parece imposible tratar de percibir uno de los elementos de manera individual sin que ello suponga la percepción, por lo menos, de los otros elementos cercanos a este, cuando no del resto de elementos del conjunto.

Sin embargo, estos problemas prácticos no se plantean en el caso de las páginas webs, pues, teniendo en cuenta el funcionamiento de su estructura y la forma de visualización parcial de los contenidos que acaba de ser expuesta, la apertura de la página principal no implica la visualización de la totalidad de los contenidos, sino que para ello se requiere del clickeo en todos y cada uno de los botones del menú. Además, suele suceder que el clickeo en cada uno de estos no suponga tampoco la visualización de todos los contenidos que conforman esa opción (ese botón), sino que, cuando son varios los contenidos que configuran esa concreta opción, generalmente se vuelva a dar la alternativa de clickear sobre cada uno de ellos para que aparezca un nuevo desplegable, teniendo asociadas cada una de esas opciones un URL propio, que permite ser mostrado de manera directa e individual en pantalla mediante su escritura en la barra de direcciones del navegador³⁸.

³⁵ De no existir dicha estructura, el usuario podría encontrar dificultades para concebir de manera individual los elementos contenidos en la página.

³⁶ Este tercer requisito es el más ambiguo de todos. El TJUE parece haberse olvidado en sus resoluciones de la existencia de este requisito, pues no se refiere a él. De ahí que la doctrina abogue por una interpretación algo flexible del mismo. Para un estudio de la cuestión, *vid.* E. DERCLAYE, «The Court Of Justice Interprets the Database Sui generis Right For The First Time», *European Law Review*, 2005, núm. 30(3), págs. 420-430; M. POWELL, «The European Union's Database Directive: An International Antidote to the Side Effects of Feist?», *Fordham International Law Journal*, núm. 20, 1997, pág. 1.229; N. SANJUAN, «Derecho sui generis sobre bases de datos: análisis sobre la jurisprudencia comunitaria. Caso Fixtures y British Horseracing», *Revista de propiedad intelectual (pe.i.)*, núm. 22, 2006, págs. 82-83; y T. APLIN, «The EU Database Directive: Taking Stock», *cit.*, pág. 103.

En el plano jurisdiccional esta interpretación holgada también se contiene, entre otras en la Sentencia del Bundesgerichtshof alemán de 6 de mayo de 1999, *Tele-Info-CD*.

³⁷ Así, siguiendo las definiciones contenidas en el diccionario de la *Real Academia Española*, el término «accesible» significa «que tiene acceso», y el término «individualmente», «con individualidad; uno a uno».

³⁸ Con todo, los problemas de aplicación que puedan plantearse, excepcionales en el caso de las páginas webs, se podrán sortear entendiendo el requisito de la independencia conjuntamente con la exigencia de la accesibilidad individual. Así, estos requerimientos se cumplirían en toda base de datos en la que sus elementos pudieran ser buscados y percibidos de manera individual, por oposición a la interpretación estricta del término «accesible», que llevaría a exigir que cada ele-

El cuarto de los requisitos exigidos se refiere a la disposición «de manera sistemática o metódica»³⁹. En definitiva, con ello se trata de trazar una línea entre el concepto de base de datos y lo que sería una mera acumulación de datos arbitraria, desestructurada y sin orden alguno. Esta exigencia supone que la disposición de los contenidos debe haberse hecho obedeciendo algún criterio anteriormente fijado, pero sin que tal criterio esté sujeto a ningún tipo de exigencia –ni lógica, ni artística, ni estética–⁴⁰. El cumplimiento de este requisito no tiene gran dificultad en el caso de las páginas webs, pues bastará con que, en definitiva, el orden de los contenidos no se deba al simple azar⁴¹. La existencia de un *back-end* lleva implícito el cumplimiento de este cuarto requisito, pues la ordenación de los contenidos de la página en dicho *back-end* siempre sigue un orden. Además, en términos generales, la propia existencia del menú –la clasificación u orden de los contenidos que dicho menú supone– es también una demostración del cumplimiento de esta exigencia en toda página web.

Respecto de este cuarto requisito debe tenerse en cuenta el considerando 21.º de la Directiva que se comenta, según el cual «no se requiere que estas materias –refiriéndose a las obras, datos u otros elementos anteriormente citados– se hayan almacenado físicamente de forma organizada». A falta de una mayor concreción, entendemos que tal afirmación viene referida únicamente a las bases de datos electrónicas, en concreto, en aquellas en las que los contenidos están almacenados de mane-

mento pudiera recuperarse o ser consultado separadamente, sin visualización del resto de elementos circundantes. Esta interpretación teleológica, y no literal, que proponemos es, sin duda, la que más se ajusta a la realidad práctica actual.

³⁹ El diccionario de la lengua española de la *Real Academia Española* define el término «disponer» como «Colocar, poner algo en orden y situación conveniente». Por tanto, parece que lo que se exige con ello es que los contenidos de toda base de datos sigan un orden bien sistemático, bien metódico. De acuerdo con el TJUE este carácter sistemático o metódico supone «un plan o modo de clasificación, sea de la naturaleza que sea, que permita la localización de cualquier elemento independiente contenido en su seno». *Vid.* STJUE *Fixtures Marketing Ltd v. OPAP*, cit., ff. 30 y 31.

⁴⁰ De hecho, como posteriormente se expondrá, recurrir a la lógica como criterio de ordenación o disposición del contenido suele implicar el incumplimiento del requisito de la originalidad del criterio de selección y disposición, requerimiento exigido para el otorgamiento de la protección autoral –pero no para la protección por el derecho sui géneris–. Lo que sí está claro es que la organización de los elementos debe ser el resultado de una cierta actividad intelectual por parte del fabricante –lo que no implica que deba tratarse de una obra o creación intelectual–, y no una mera acumulación arbitraria.

⁴¹ *Vid.* en este sentido las Conclusiones de la Abogada General Christine Stix-Hackl en el asunto *Fixtures Marketing contra OPAP*, cit., párrafo 40; y en el asunto *Fixtures Marketing contra Veikkaus*, cit., párrafo 37.

Buena parte de la doctrina también ha destacado la facilidad de cumplimiento de esta exigencia en términos generales. *Vid.*, entre otros, E. DERCLAYE, «Do Sections 3 and 3A of the CDPA Violate the Database Directive? A Closer Look at the Definition of a Database in the U.K. and its Compatibility with European Law», *European Intellectual Property Review*, núm. 24, 2002, págs. 468-9; L. KAYE, «The Proposed EU Directive For the Legal Protection of Databases: A cornerstone Of the Information Society», *European Intellectual Property review*, núm. 17, 1995, pág. 583; I. STAMATOUDI, «Copyright and Multimedia Works: A Comparative Analysis», Cambridge University Press, Cambridge, 2002, capítulo 5; y T. APLIN, «The EU Database Directive: Taking Stock», cit., págs. 102-3.

Como se enunció al principio de este trabajo, a pesar de la falta de regulación expresa del fenómeno de las páginas webs, el interés jurisprudencial que estas han despertado en los últimos años ha sido considerable. El análisis del cumplimiento de estos requisitos se puede encontrar, entre otras, en las siguientes sentencias españolas: STS de 30 de enero de 2008, en casación de la SAP de Alicante, Sección 5.ª, de 2 de octubre de 2000, que, a su vez, confirmó el fallo de la SJPI de Elda de 2 de julio de 1999; SAP de Santa Cruz de Tenerife (Sección 4.ª), de 8 de marzo de 2004; y de la SJMerc. núm. 2 de Barcelona de 11 de febrero de 2009, que enfrentaba a las compañías aéreas *Ryanair* con *Edreams*, en un litigio sobre la utilización de los contenidos de la página web de la primera.

La jurisprudencia alemana ha sido, asimismo, bastante prolija, pudiéndose citar, entre otras, las siguientes resoluciones: Sentencia del Landgericht de München I de 30 de marzo de 2000, en el asunto *MIDI-Files*; Sentencia del *Oberlandesgericht* de Düsseldorf de 29 de junio de 1999 en el caso *baumarkt.de*; y Sentencia del Landgericht de Köln, de 25 de agosto de 1999, en el asunto *Kidnet/Babynet*.

ra electrónica, entre las que se encuentran las páginas webs. A la hora de determinar el cumplimiento de esta exigencia, en este tipo de bases de datos cabe distinguir, por un lado, la ordenación o almacenamiento físico realizados por el diseñador o programador web a los efectos de la interacción con el programa de ordenador y, por otro lado, el orden conceptual concreto con el que dicho contenido se presenta o visualiza por el usuario al llevar a cabo dicha interacción⁴². El primero tiene una expresión estática en el código fuente de la página, mientras que el segundo varía en función de la interactividad realizada por cada concreto usuario, siendo muchas las posibilidades que generalmente puede presentar una página web dinámica. De manera que el requisito de disposición sistemática o metódica solamente se entiende referido a esta segunda realidad, la ordenación conceptual de los contenidos, percibida o incluso creada a su voluntad, por medio de la interacción configurada en esa página, si bien dentro de los límites marcados por la estructura del diseñador web. No se exige, pues, que dicha sistematicidad o metódica deba ser cumplida también por el concreto almacenamiento físico de los contenidos, en lo que, desde el punto de vista informático se denomina bases de datos y servidores –esto es, en el *back-end* de la página web– utilizados para llevar a cabo el funcionamiento de la concreta página web. Por tanto, en aquellos casos frecuentes en los que la ordenación física y la ordenación conceptual puedan no coincidir, dado que la primera se rige por las normas de utilización de los lenguajes de marcado, mientras que la segunda sigue la voluntad del concreto usuario, dentro de las posibilidades creadas por el diseñador o programador web, se habrá de estar a la segunda ordenación y puede concluirse que, salvo contadas excepciones, esta siempre cumple el requisito de la sistematicidad o metódica de la disposición⁴³.

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

En este punto conviene destacar el hecho de que ni la Directiva ni ninguna de las normativas nacionales de transposición se refieren al carácter dinámico o estático que deban tener las bases de datos para merecer esta calificación⁴⁴. Por ello, entendemos que tanto las páginas webs estáticas como las cada vez más frecuentes páginas webs dinámicas podrán subsumirse en este concepto europeo.

⁴² En un sentido similar se han pronunciado W.L. AUSTIN, «A Thoughtful and Practical Analysis of Database Protection under Copyright Law and a Critique of Sui generis Protection», *Journal of Technology, Law and Policy*, 1998 (párrafos 32-37), disponible en <http://journal.law.ufl.edu/techlaw/3-1/austin.html>; y T. APLIN, «The EU Database Directive: Taking Stock», cit., pág. 103.

⁴³ Así se consideró por la Kammergericht (tribunal de segunda instancia) de Berlín en su Sentencia de 9 de junio de 2000, en el asunto *C.Net*. Tras comprobar que, a pesar de no estar los elementos físicamente ordenados, el *software* empleado para realizar las búsquedas permitía su recuperación atendiendo a patrones sistemáticos. Ello, unido al cumplimiento de los restantes requisitos, hizo al tribunal concluir que la base de datos –la página web– era merecedora del derecho sui generis previsto en el artículo 87 a) de la UrhG.

⁴⁴ Esta observación se contiene en el párrafo 37 de las Conclusiones de la Abogada General Stix-Hackl en el asunto *Fixtures Marketing contra Veikkaus*, anteriormente citadas.

Sin embargo, estas consideraciones no parecen haber sido tenidas en cuenta por la Dirección General del Mercado Interior y los Servicios en su informe de 2005⁴⁵. En este documento el citado órgano de la Comisión europea realiza un análisis de la aplicación práctica y la verdadera efectividad de los dos tipos de tutela articulados en la Directiva para proteger las bases de datos. Los pesimistas resultados económicos y las estadísticas contenidas en el citado informe se refieren, en su mayoría, a bases de datos físicas o, en su caso, a bases de datos producidas en ambos formatos (físico y electrónico). Solo una minoría de bases de datos electrónicas son tenidas en cuenta a estos efectos. Además, en relación con estas, únicamente se computan las llamadas transacciones *business-to-business* (B2B), expresión que, por oposición al término *business-to-consumer* (B2C), no abarca las relaciones entre fabricante y consumidor final de la base de datos, sino solamente la del fabricante con el distribuidor y la del distribuidor con el minorista. No se hace mención expresa, sin embargo, de las páginas webs, a pesar de ocupar estas actualmente un claro protagonismo en el sector de las bases de datos. Dichas insuficiencias son atribuibles al origen parcial de los datos contenidos en dicho informe: las encuestas realizadas por el *Gale Directory of Databases*⁴⁶, así como por el *European Publishers Council* y por la *European Association of Directory and Database Publishers*, asociaciones de origen privado que tienen entre sus miembros a las principales empresas del sector de bases de datos de tipo comercial a nivel europeo. De ahí la crítica que buena parte de la doctrina ha dirigido contra la subjetividad y la falta de visión global de este documento⁴⁷, De haberse tenido en cuenta convenientemente a la hora de realizar este informe la asombrosa evolución del sector de las páginas webs, seguramente los resultados reflejados en este no hubieran sido tales.

Una vez concluido que las páginas webs se amoldan perfectamente al concepto europeo de base de datos, debemos adentrarnos en el análisis de las consecuencias prácticas que ello implica. Esto es, en el estudio de qué concretos derechos corresponderán al fabricante de esa base de datos. Asimismo, teniendo en cuenta el funcionamiento actual del encargo y realización de páginas webs, habremos de contestar a la pregunta de quién es el titular de tales derechos.

⁴⁵ «First evaluation of Directive 96/9 EC on the legal protection of databases», *DG Internal Market and Services working paper*, de 12 de diciembre de 2005. Disponible en http://ec.europa.eu/dgs/internal_market/evaluation/evaluationdatabasesdirective.pdf. Para una síntesis de este, http://ec.europa.eu/internal_market/smn/smn40/docs/database-dir_en.pdf

⁴⁶ El *Gale Directory of Databases*, conocido bajo las siglas GDD, se trata del mayor directorio internacional de bases de datos, que goza actualmente del más alto prestigio a nivel mundial y que constituye un punto de referencia entre los usuarios de bases de datos. Entre otras cosas, realiza estadísticas sobre la evolución de la industria de las bases de datos, utilizando para ello datos que les proporcionan sus propios clientes.

⁴⁷ *Vid*, entre otros, A. KUR, R. M. HILTY, C. GEIGER y M. LEISTNER, «First Evaluation of Directive 96/9/EC on the Legal Protection of Databases», *Comment by Max Planck Institut for Intellectual Property, Competition and Tax Law, IIC*, 2006, núm. 37, págs. 551-558, especialmente págs. 551-552; y E. DERCLAYE, «Intellectual Property Rights on Information and Market Power: Comparing the European and American Protections of Databases», *IIC*, 2007, núm. 3, págs. 275-298. A nivel nacional, también han tratado esta cuestión N. SANJUAN, «Derecho sui generis sobre bases de datos: análisis sobre la jurisprudencia comunitaria. Caso Fixtures y British Horseracing», *Revista de propiedad intelectual (pe.i.)*, núm. 22, 2006, págs. 63-104, (pág. 70); C. M. GARCÍA MIRETE, «El futuro incierto de la Directiva 96/9/CEE sobre la protección jurídica de las bases de datos», *Revista de propiedad intelectual (pe.i.)*, núm. 27, 2007, págs. 57-72, (pág. 59); y G. MINERO ALEJANDRE, «Protección jurídica de las bases de datos: estudio de la aplicación de la Directiva 96/9/CEE 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.

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

IV.1. Consideraciones generales

En primer lugar, conviene advertir que el concepto de base de datos configurado en la Directiva y en sus normas nacionales de transposición es un término genérico que no tiene la capacidad para determinar, per se, la protección por alguno de los dos regímenes contenidos en aquella. De manera que no todo lo que encaje en ese concepto de base de datos va a gozar de la tutela otorgada por la norma europea. La protección solamente se aplicará respecto de la base de datos que, además, cumpla el requisito de la originalidad de los criterios de selección o disposición de su contenido previsto en el artículo 3.1 (protección del derecho de autor) y/o cuya obtención, verificación o presentación de su contenido represente una inversión sustancial en el sentido del artículo 7.1 de la Directiva (tutela del derecho sui géneris).

En segundo lugar, se debe recordar la necesidad de distinguir, en el caso de las páginas webs, la *estructura* –su menú o botones, *frontend*, en términos informáticos– del *contenido* de estas –la información, obras o prestaciones protegidas, generalmente fotografías, fonogramas o grabaciones audiovisuales, que conforman el contenido del *back-end* desde el punto de vista informático–.

Teniendo en cuenta estas dos observaciones, cabe afirmar que la protección contenida en la Directiva sobre bases de datos se amolda formidablemente a las páginas webs, pues distingue dos tipos de tutela aplicables a las bases de datos. Una protege la *estructura* de esta, es decir, sus criterios de selección y/o disposición de los contenidos. La otra tutela frente al uso in consentido de la totalidad o de una parte de los *contenidos* de la base de datos, con independencia del posible uso adicional de la estructura de esta⁴⁸. El primer tipo de tutela corresponde al tradicional derecho de autor (arts. 3-6 Directiva), mientras que para el segundo tipo de protección el legislador europeo decidió crear un nuevo derecho de propiedad intelectual, si bien su propio nombre advierte de las especialidades que lo caracterizan frente a los tradicionales derechos de propiedad intelectual: el derecho sui géneris (arts. 7-11 Directiva)⁴⁹.

⁴⁸ A ello cabe adicionar, asimismo, la protección que cada uno de esos contenidos pudieran merecer de manera individual, bien por el derecho de autor, bien por los derechos conexos, o bien por derechos ajenos al campo de la propiedad intelectual (art. 13 Directiva).

⁴⁹ La doctrina no es pacífica a la hora de calificar como derecho de propiedad intelectual o no esta tutela sui géneris. Buena parte de la doctrina se pronuncia a favor de su adscripción a la categoría –un tanto miscelánea– de los derechos afines, anexos o vecinos al derecho de autor. En esta línea se han pronunciado R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, «La protección jurídica de las bases de datos», *Revista de propiedad intelectual (pe.i.)*, núm. 1, 1999, pág. 50-52; así como, de este mismo autor, «Título VIII. Derecho sui géneris sobre las bases de datos», en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Tecnos, 3.ª ed., 2007, págs. 1.649-1.655; S. CÁMARA LAPUENTE, «El nuevo derecho sui géneris sobre las bases de datos», *Actualidad Civil*, núm. 3, 1999, págs. 84-89; A. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, «Riesgos de las nuevas tecnologías en la protección de los derechos intelectuales. La quiebra de los conceptos tradicionales del derecho de propiedad intelectual. Soluciones jurídicas», en *El derecho de propiedad intelectual y las nuevas tecnologías*, Ministerio de Cultura, Colección Análisis y Documentos, 1996; A. LUCAS y H. J. LUCAS, *Traité de la propriété littéraire & artistique*, Litec, 2000, París, pág. 123; A. ESTEVE PARDO, *La obra multimedia en la legislación española*, Aranzadi, 1997, pág. 160; J.A. MESSÍA DE LA CERDA BALLESTEROS, *La protección jurídica del fabricante de bases de datos: derecho sui géneris y competencia desleal*, Dykinson,

Dado que los objetos protegidos por estos dos tipos de tutela recaen sobre objetos distintos, el legislador europeo optó por no configurarlas de manera excluyente, sino acumulativa, si bien los supuestos en los que una misma base de datos –y, por ende, una misma página web– merezca simultáneamente ambas protecciones van a ser, como se verá, algo residuales. El potencial del derecho sui generis hace que, en el entorno web, ocupe una clara preeminencia frente al tradicional derecho de autor, pues colma sus lagunas y suple sus insuficiencias con bastante facilidad, acoplándose mejor a las peculiaridades derivadas de la rápida evolución del diseño y la programación web con una celeridad que el derecho de autor no puede seguir.

Las disposiciones sobre el derecho de autor contenidas en la Directiva son, en buena medida, una transposición armonizada, a nivel europeo, de las obligaciones contraídas por la Unión Europea con la firma del Convenio de Berna y del Acuerdo ADPIC, en los que se contempla la protección autoral de las bases de datos.⁵⁰ Por el contrario, el derecho sui generis configurado en la Directiva tiene un carácter único y exclusivo, pues, como veremos posteriormente, los intentos de extenderlo a otros ordenamientos nacionales o de contenerlo en tratados internacionales han sido infructuosos.

Dicho esto, conviene aclarar que, por indicación expresa del artículo 1.3 de la Directiva, ninguna de las dos protecciones previstas en esta –ni el derecho de autor, ni el derecho sui generis– se aplicará a «los programas de ordenador utilizados en la fabricación o en el funcionamiento de bases de datos accesibles por medios electrónicos» –de las páginas webs–. Ello no puede entenderse como una desprotección de aquellos programas de ordenador empleados para permitir la operación de las aplicaciones incluidas en la página web por el simple hecho de su inclusión en esta. Todo lo contrario. Tal precepto trata de exponer, si bien en términos no muy precisos, que el hecho de que la base de datos en la que un determinado programa de ordenador es utilizado quede protegida, bien por el derecho de autor, bien por el derecho sui generis o bien por ambos derechos, no afectará a la protección autónoma y adicional que pueda recibir dicho programa de ordenador en sí mismo considerado, con una existencia independiente –y anterior, en la inmensa mayoría de casos– a la de la base de datos⁵¹. Por tanto,

2006; A. KÉRÉVER, «Protection par droit d'auteur ou protection sui generis», en *Banques de données et droit d'auteur*, Jornadas organizadas por el Institut de Recherche en propriété intellectuelle Henri Desbois (IRPI) y la Université Paris-Dauphine (París, noviembre de 1986); F. KAPPES, «Die EG-Datenbank-Richtlinie und ihre Umsetzung in das deutsche Urheberrechtsgesetz», *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, 1997, núm. 3, págs. 654-676; G. KOUMANTOS, «Les bases de données dans la directive communautaire», *Revue Internationale du Droit d'Auteur (RIDA)*, núm. 171, 1997; R.H. WEBER, «Schutz von Datenbanken-Ein neues Immaterialgüterrecht?», *Archiv für Urheber-, Film-, Funk- und Theaterrecht (UFITA)*, 1996, núm. 32, págs. 5-30. Algo más ecléctico en cuanto a la plena identificación del derecho sui generis con los derechos conexos se muestra, a pesar el título de su artículo, M.S. SPOLIDORO, «Il contenuto del diritto connesso sulle banche di dati», *Annali Italiani del Diritto d'Autore, della cultura e dello spettacolo (AIDA)*, 1997, VI, págs. 45-63.

En contra de su naturaleza de derecho conexo se ha pronunciado E. DE ARESTI GUTIÉRREZ, «La protección jurídica de las bases de datos en la Comunidad Europea», en *La armonización de los derechos de propiedad intelectual en la Comunidad Europea*, cit., pág. 136.

⁵⁰ *Vid.* los citados artículo 5 del Convenio de Berna y el artículo 10.2 del Acuerdo ADPIC, en los que simplemente se establece la obligación de las Partes contratantes de regular en sus respectivos ordenamientos una protección para las colecciones cuyos criterios de selección o de disposición sean originales. Estas consideraciones se encuentran contenidas, asimismo, en el artículo 5 del TODA, de diciembre de 1996 (posterior, por tanto, a la Directiva).

⁵¹ Así se entiende de la lectura conjunta del artículo 2 a) y el considerando 23.º de la Directiva. Las referencias contenidas en este considerando a la Directiva 91/250/CEE de programas de ordenador deben entenderse trasladables a la actual versión consolidada de esta: la Directiva 2009/24, del Parlamento europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2009, sobre protección jurídica de los programas de ordenador (DO L 111/16, de 5 de mayo de 2009).

ambas realidades, la base de datos –página web– y el programa de ordenador serán protegidos conforme a las especialidades de las Directivas que los regulan –Directiva de programas de ordenador y Directiva de bases de datos– y los correspondientes preceptos nacionales de transposición (arts. 95-104 LPI, en el caso de los programas de ordenador, y arts. 12 y 133-137 LPI, en el caso de las bases de datos) contemplan para cada uno de ellos. Pudiendo concluirse que tanto en el plano temporal –en relación con el momento a partir del cual se entiende protegido cada uno de ellos y la duración de cada una de estas tutelas– como en el plano material –sobre todo en la vertiente de los límites o excepciones a cada uno de los derechos que puedan recaer sobre estos– las protecciones de las bases de datos y de los programas de ordenador utilizados en la conformación y el funcionamiento de estas suelen diferir.

Más complicaciones implica, sin embargo, la interpretación del considerando 20.º de la Directiva, según el cual «la protección prevista en la presente Directiva podrá aplicarse igualmente a los elementos necesarios para el funcionamiento o la consulta de algunas bases de datos como el *Thesaurus* y los sistemas de indización». De la propia letra de este precepto se deduce que la enumeración prevista en él tiene un carácter meramente interpretativo, y no de *numerus clausus*, pudiendo existir otros elementos que cumplan tal función, tales como las referencias cruzadas, muy habituales en bases de datos de tipo técnico –así, por ejemplo, las jurídicas–, siendo su labor la de hacer más eficiente la búsqueda del usuario de la base de datos. Sin embargo, en relación con las bases de datos electrónicas no queda muy claro qué interpretación deba darse a esos «elementos necesarios para el funcionamiento o la consulta», que, por exclusión expresa del artículo 1.3 de esta norma, no pueden tratarse de programas de ordenador. A la luz de la divergente regulación que se otorgará según que el supuesto concreto pueda ser calificado de «elemento necesario para el funcionamiento o la consulta» o como «programa de ordenador utilizado en la fabricación o funcionamiento», la delimitación de una y otra categoría es una cuestión clave⁵².

El problema está en la extrema dificultad que tiene tal delimitación, ya que, en el caso de las bases de datos electrónicas, la inmensa mayoría –por no hablar de la casi totalidad– de *Thesaurus* e índices no son otra cosa que meras aplicaciones de un programa de ordenador –aplicaciones que, desde el punto de vista de la propiedad intelectual, serían calificadas por sí mismas como programas de ordenador–⁵³ utilizado por la base de datos para hacer viable el acceso por el usuario al conteni-

⁵² La jurisprudencia recaída hasta el momento no guía el análisis de esta cuestión. Así en la STS (Sala de lo Civil, Sección 1.ª) de 18 de diciembre de 2008, Sentencia núm. 1204/2008 (RJ 2009\534) se afirma que «las bases de datos, así como el sistema informático, son conceptos un tanto especiales respecto a las demás obras de propiedad intelectual. La protección por la propiedad intelectual se extiende a los elementos necesarios para el funcionamiento o la consulta; tales elementos son los esenciales para la disposición de forma sistemática o metódica de los datos, siendo esto, precisamente, lo que constituye la creación intelectual, esto es, los caracteres de originalidad y creatividad» (F.J. 14.º).

⁵³ Debe tenerse en cuenta que la definición de programa de ordenador contenida en la LPI no coincide con lo que desde el punto de vista informático se entiende por tal. En el presente trabajo nos guiaremos única y exclusivamente por su definición jurídica. Así, el artículo 96.1 de la LPI, de manera holgada, define el programa de ordenador como «toda secuencia de instrucciones o indicaciones destinadas a ser utilizadas, directa o indirectamente, en un sistema informático para realizar una función o una tarea o para obtener un resultado determinado, cualquiera que fuere su forma de expresión y fijación». Tal definición, sin embargo, no se contiene ni en el articulado ni en el texto de los considerandos de la Directiva de programas de ordenador. En definitiva, en contra de lo que hubiera sido deseable, el precepto legal no traslada al ámbito del Derecho lo que en la Informática se define como programa de ordenador. Por tanto, legalmente, algo que en Informática se califica como servidor, como buscador o como aplicación, entre otros, se va a calificar como programa de ordenador y a proteger como tal.

do de esta. En otros casos lo que sucede es que el sistema de filtrado de resultados del sistema de indexación, sin ser un programa de ordenador ni parte de este, utiliza un lenguaje complejo muy similar al de los programas de ordenador, pero, por no tratarse de tal, no cae bajo la tutela otorgada por la Directiva sobre programas de ordenador. Luego la única manera de gozar de algún tipo de protección en el ámbito de la propiedad intelectual sería por la vía de considerarlo parte de la base de datos, como uno de los «elementos necesarios para el funcionamiento o consulta» de esta, a los que se refiere el considerando 20.º de la Directiva, y no como un programa de ordenador, a pesar de la amplitud de los términos empleados en el citado artículo 96 de la LPI.

Pues bien, podría darse el caso en el que tales «elementos esenciales» cumplieren con los requisitos del artículo 1.2 de la Directiva, para caer dentro del concepto de base de datos, pero no superasen las exigencias del artículo 3.1, para merecer la tutela del derecho de autor, ni los requisitos del artículo 7.1 de esta norma, para gozar de la cobertura dada por el derecho sui generis. La consecuencia de ello –y el mayor desatino de esta regulación del legislador europeo– sería la posible falta de protección –pues ni se aplicará la Directiva de programas de ordenador⁵⁴, ni tampoco la Directiva de bases de datos–⁵⁵.

La idea que el legislador europeo tuvo en mente a la hora de redactar ese artículo 1.3 no era equivocada, ya que no dudaba de la importancia que los programas de ordenador tienen con respecto a las correspondientes bases de datos, sino que partía de que estos estaban suficientemente protegidos por la Directiva de programas de ordenador, cuya plena vigencia se mantiene expresamente en la Directiva de bases de datos. Las dificultades pueden devenir a la hora de aplicar tales categorías teóricas a supuestos prácticos que se tratan de bases de datos electrónicas, y, sobre todo, a las páginas y sitios webs, cada vez más complejas desde el punto de vista técnico. Tales escollos en la distinción entre ambos conceptos –base de datos y programa de ordenador– surgen con más facilidad en aquellos regímenes –distintos del español– en donde la legislación sobre propiedad intelectual no ofrece una definición de programa de ordenador, de manera que a la hora de resolver las posibles dificultades habría de recurrirse al concepto informático⁵⁶. Esta falta de uniformidad difícilmente podrá conseguir los objetivos armonizadores perseguidos por el legislador europeo con la adopción de ambas Directivas.

⁵⁴ Salvo en aquellos ordenamientos nacionales que, como el español, regulan una definición de programa de ordenador mucho más amplia que el correspondiente concepto informático.

⁵⁵ Es por ello que un importante sector de la doctrina se muestra sumamente crítico con las repercusiones que las dos normas europeas provocan. En este sentido, M. PATTISON, «The European Commission's Proposal On The Protection of Computer Database», *EIPR*, 1992, núm. 113; J. WORTHY & E. WEIGHTMAN, «*Exploiting Commercial Information: A Legal Status Report. The Computer Law and Security Report*», 1996; E. DERCLAYE, «*The Legal Protection of Databases. A Comparative Analysis*», Edward Elgar, Cheltenham, UK, 2008; págs. 67-69; S. CHALTON, «The Amended Database Directive Proposal: A Commentary and Synopsis», *EIPR*, 1994 (3), págs. 94-102; M.J. DAVISON, «The Legal Protection of Databases», Cambridge University Press, Cambridge, 2003, págs. 74 y 75; y T. APLIN, «The EU Database Directive: Taking Stock», en *New Directions in Copyright Law. Volume 2*, F. MACMILLAN (coord.), Edward Elgar, Massachusetts, 2006, pág. 101.

⁵⁶ Esto sucede, por ejemplo, en el ordenamiento británico, en donde la *Copyright Designs and Patents Act* no ofrece una definición de programa de ordenador. Tal circunstancia tiene su origen en la falta de unificación del concepto en la propia Directiva de programas de ordenador, en donde, si bien sí se configura un régimen protector único, se deja al arbitrio de los legisladores nacionales de los Estados miembros lo que haya de ser considerado como programa de ordenador. De ahí que sea la doctrina de origen inglés –o la doctrina que ha estudiado el ordenamiento británico– la más crítica respecto del extremo comentado. *Vid.* M. J. DAVISON, «The Legal Protection of Databases», cit., págs. 74 y 75; y T. APLIN, «The EU Database Directive: Taking Stock», en *New Directions in Copyright Law. Volume 2*, cit., pág. 101.

IV. 2. Tutela por el derecho de autor

Como ya hemos adelantado, la primera de las protecciones citadas, la autoral, se liga a la originalidad y su tutela se refiere solamente a la estructura de la base de datos. Por tanto, para determinar si una página web se considera o no una obra desde el punto de vista de la propiedad intelectual no se debe tener en cuenta el contenido de esta. Por primera y única vez en lo que al derecho de autor se refiere, el legislador europeo armoniza en sede de bases de datos los términos en los que debe medirse dicha originalidad: bien los criterios de selección, bien los criterios de disposición de los contenidos, habrán de constituir una creación intelectual de su autor (art. 3.1 Directiva)⁵⁷. El carácter original ha de venir, pues, de estos dos criterios –o de uno de ellos–, y no de otros, como podrían ser las pautas estéticas o cualitativas.

La mayor o menor exigencia de dicho carácter original se deja en manos de los Estados miembros, luego va a depender, en buena medida, de las doctrinas jurisprudenciales tradicionales seguidas en estos y de su pertenencia o bien a la tradición del derecho de autor o bien al sistema del *copyright*⁵⁸. Con todo, buena parte de la doctrina ha advertido de la degradación progresiva del concepto de originalidad a la que paulatinamente se ha ido aproximando el legislador europeo en las tres ocasiones en las que, hasta ese momento, había tenido ocasión –programas de ordenador, fotografías y bases de datos–, en un claro acercamiento a su homólogo estadounidense –y, consiguientemente, a la tradición seguida por Inglaterra e Irlanda, gemela a la norteamericana–⁵⁹. En el siguiente apartado del presente trabajo, dedicado al derecho sui géneris, se reflexionará sobre el valor de los términos en que el legislador europeo se ha referido al criterio de la originalidad, tan disímil en la nor-

La previsión de una definición expresa en la normativa sobre propiedad intelectual otorgaría un nivel de seguridad jurídica mucho mayor, evitando el reenvío a otras disciplinas distintas de la jurídica, y de lenguaje de carácter técnico, difícil de subsumir en este ámbito.

⁵⁷ *Vid.*, asimismo, los considerandos 15.º y 16.º de la Directiva que se comenta.

⁵⁸ A falta de un pronunciamiento del TJUE en el que se contenga un criterio claro y definido sobre los términos en que debe entenderse la originalidad de una base de datos, la interpretación y aplicación del requisito del carácter original seguirá dependiendo, como sucedía antes de la adopción de la norma europea, de los órganos jurisdiccionales nacionales que conozcan de los supuestos de hecho concretos. Un pronunciamiento del máximo órgano jurisdiccional europeo que aporte algo de luz en un entorno tan complejo como el de las bases de datos se hace indispensable a la hora de acabar o, por lo menos, atenuar, los obstáculos que las divergencias nacionales suponen para el funcionamiento de las libertades de circulación dentro del mercado interior.

⁵⁹ La citada Directiva de programas de ordenador y la Directiva 93/98/CEE, sobre armonización del plazo de protección, que ha sido consolidada por la posterior Directiva 2006/116/CE, del Parlamento europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa al plazo de protección del derecho de autor y de determinados derechos afines (DO L 372, de 27 de diciembre de 2006). Estas normas europeas se refieren únicamente a la «creación intelectual propia de su autor» –que no a la creación original– como sinónimo de originalidad de los programas de ordenador (*Vid.* art. 1.3 Directiva de programas de ordenador y, en el plano nacional, 96.2 LPI) y de las obras fotográficas (*Vid.* art. 6 y considerando 17.º segunda Directiva citada). Para un análisis de esta cuestión, *vid.* S. CÁMARA LAPUENTE, «El nuevo derecho sui géneris sobre las bases de datos», cit., pág. 77; R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, «Comentario a la STS de 30 de enero de 1996», en *CCJC*, núm. 41, págs. 736-740; G. SCHRICKER, «Farewell to the Level of Creativity (Schöpfungshöhe in German Copyright Law?)», *IIC*, núm. 26, 1995, págs. 41-48; M. BUYDENS, «La protection de la quasi-crétation», Larcier, Bruselas, 1993, págs. 91-116; P. CERINA, «The Originality Requirement in the Protection of Databases in Europe and in the United States», en *IIC*, 1993, vol. 5, pág. 582 y ss.; G. KOUMANTOS, «Les bases de données dans la directive communautaire», cit., págs. 90-9; y R. CASAS VALLÉS, «The requirement of originality», en *Research Handbook on the Future of EU Copyright*, Research Handbooks in Intellectual Property, E. DERCLAYE (coord.), Edward Elgar, Cheltenham, UK, 2009, págs. 102 y ss.

mativa interna de los Estados miembros, y sobre su opción por un estándar tan bajo que pone en tela de juicio la perdurabilidad como regla general de criterios autorales tradicionalmente altos. Dicha evolución se revela especialmente idónea para la protección de los productos surgidos de las nuevas tecnologías, en general, y de las páginas webs, en particular.

Sin embargo, y a pesar de esta libertad de configuración estatal y de la progresiva laxitud del concepto de originalidad, es un lugar común que criterios de ordenación de los contenidos tales como el orden alfabético o cronológico carecen de todo ápice de originalidad. En el caso de las bases de datos convencionales, estos criterios resultan ser los más utilizados por sus fabricantes, dado su potencial para conseguir la mayor funcionalidad y facilidad de manejo posible de la base de datos producida ⁶⁰.

Pero ello no es así en páginas webs, donde el orden de los contenidos suele seguir lógicas más subjetivas, y, por tanto, tiene una mayor probabilidad de granjearse la protección por el derecho de autor. Si bien no puede realizarse una afirmación con validez general, pues la originalidad habrá de analizarse *ad casum*, sí puede decirse sin miedo a resultar errados que el formato web permite al diseñador y programador web crear espacios novedosos para los usuarios, originales, frente a los cánones tradicionales del formato físico. De ahí la mayor facilidad para su protección autoral. Las tecnologías web empleadas, el tipo de letra, los tamaños, los colores, el movimiento de los elementos que se visualizan en pantalla, los sonidos asociados a las acciones que realiza el usuario, las propias posibilidades de interacción del usuario o de personalización de la página, la facultad de compartirla en redes sociales y el resto de acciones asociadas a la usabilidad y la programación cliente son parámetros a tener en cuenta a la hora de calificar una página web como creación intelectual o no ⁶¹. En resu-

⁶⁰ Sin embargo, cuando los criterios de selección y disposición son otros, la protección autoral de la estructura de la base de datos sí suele concederse. Así, por ejemplo, la SAP de Lugo (Secc. 2.ª) de 8 de febrero de 2001, Sentencia núm. 44/2001, ratificada por la STS (Sala de lo Civil, Secc. 1.ª) de 8 de julio de 2008, Sentencia núm. 623/2008, consideró merecedora de la protección autoral a una base de datos en la que los criterios de disposición seguidos era la clasificación según clientes y productos. Para un comentario de esta, *vid.* J.J. MARÍN LÓPEZ, «La protección de las bases de datos por el derecho de propiedad intelectual en la praxis reciente del Tribunal Supremo», *Comunicaciones en Propiedad Industrial y Derecho de la Competencia*, núm. 53, marzo de 2009, pág. 54-60. En este mismo sentido se pronuncia la SAP de Barcelona (Secc. 15.ª) de 23 de junio de 2005, Sentencia núm. 306/2005, respecto de un catálogo de sellos en el que el criterio de disposición no seguía un orden alfabético ni cronológico, así como la SAP de Guipúzcoa (Secc. 2.ª) de 22 de mayo de 2000, confirmada por la STS (Sala de lo Civil, Secc. 1.ª), de 18 de diciembre de 2008, Sentencia núm. 1204/2008, en la que se consideró que la recopilación de fotografías y artículos de prensa y las fichas de cada uno de ellos gozaban de la suficiente originalidad en la selección como para merecer la protección autoral.

En el caso de bases de datos de contenido jurisprudencial que han pasado a explotarse *on-line* se considera que los criterios de disposición «a favor» y «en contra» utilizados de manera continuada y generalizada en el sector para clasificar las sentencias y resoluciones contenidas en este tipo de bases de datos no son originales. *Vid.*, en este sentido, la SJMerc. núm. 4 de Madrid de 29 de diciembre de 2009, Sentencia núm. 238/2009.

Por otra parte, tanto más difícil será la existencia de originalidad en la selección de los contenidos cuanto más completa pretenda elaborarse la base de datos con respecto a la temática concreta sobre la que la recopilación verse. En este sentido se pronunció el TS, haciendo suyos los pronunciamientos de instancia, en la STS (Sala de lo Civil) de 17 de octubre de 1997, Sentencia núm. 886/1997. Para un estudio de la aplicación jurisprudencial de los criterios de originalidad de la estructura de una base de datos, *vid.* G. MINERO ALEJANDRE, «Protección jurídica de las bases de datos: estudio de la aplicación de la Directiva 96/9/CE tres lustros después de su aprobación y comentario a la primera evaluación realizada por la Comisión europea en 2005», *cit.*

⁶¹ Dependiendo del contenido de la página web y de las exigencias del concreto cliente que la encargue, el diseñador y el programador web tendrán mayor o menor libertad a la hora de configurar las denominadas *user experience* y programación cliente.

midas cuentas, la originalidad de las bases de datos, cuando se refiere a páginas webs, se traduce en el carácter novedoso para el usuario.

Por tanto, esta novedad, como antónimo de habitualidad o tradición, no debe medirse desde el punto de vista del creador, que habitualmente se tratará de un diseñador o programador web profesional, sino que debe tomarse como parámetro de medición al usuario medio, al público en general, al igual que sucede en términos generales con la determinación de la originalidad de cualquier tipo de obra. Novedad que puede residir en múltiples aspectos y suele evolucionar mucho más rápido que como lo hace en el entorno *off-line*. Basta el uso de cualquier innovación o primicia en los lenguajes de marcado, de programación o en alguna otra tecnología web, o la introducción de nuevas combinaciones de elementos entre las infinitas posibilidades ofrecidas por las tecnologías web actuales para que la página se considere original y merecedora, por tanto, de la protección por el derecho de autor.

Pasando a otra cuestión, se debe tener en cuenta que la Directiva de bases de datos regula sucintamente el contenido de la protección autoral en el ámbito patrimonial, pero deja total libertad a los Estados miembros para la regulación de los derechos morales en que dicho derecho de autor se descompone. Esta falta de armonización europea de la vertiente moral del derecho de autor es una constante en las Directivas sobre propiedad intelectual adoptadas hasta el momento⁶². En el campo práctico, en las bases de datos tradicionales, los derechos morales han tenido y tienen poca importancia⁶³. Ello se explica, en buena medida, por el gran número de personas implicadas en su elaboración, lo que les hace merecer habitualmente la calificación de obras colectivas.

Sin embargo, esto no se puede trasladar, sin más, al entorno web. En la elaboración de la estructura de una página web –no ya de su contenido o en su mantenimiento– el número de personas se ve considerablemente disminuido frente al referido número de creadores de bases de datos no electrónicas. Así, con carácter general, en las webs comerciales que se realizan actualmente, la elaboración de la estructura de la base de datos requiere únicamente de la intervención de uno o dos programadores y diseñadores web⁶⁴. Estos suelen crear un sistema de gestión de contenidos adicional a dicha estructura, con el que se permite a la compañía que encargó la elaboración de la página web actualizar los contenidos de esta de manera fácil y rápida, sin necesidad de una nueva intervención del programador o diseñador, salvo en caso de modificaciones sustanciales de esta.

⁶² De ahí que no sorprenda el hecho de que la Propuesta inicial de Directiva de bases de datos presentada por la Comisión no solo no regulase los derechos morales, sino que los excluyera expresamente del ámbito de aplicación de la Directiva (considerando 22.º). En lo relativo a la configuración del derecho moral y el ejercicio de este, el actual considerando 28.º de la Directiva remite a las legislaciones de los Estados miembros, que habrá de ser conforme con lo dispuesto en el Convenio de Berna.

⁶³ Para un análisis del funcionamiento de las facultades morales del derecho de autor sobre bases de datos, *vid.* E. DERCLAYE, «The Legal Protection of Databases: a Comparative Analysis», Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2008; y S. VON LEWINSKI, «Database Directive», en *European Copyright Law. A Commentary*, Oxford University Press, New York, 2010, págs. 711-715.

⁶⁴ Sin tener en cuenta al diseñador o diseñadores gráficos. En no pocas ocasiones estas tres funciones son realizadas por un mismo *freelance*. Por el contrario, cuando el creador forma parte de la plantilla de una empresa, en la práctica, suelen estar divididas entre varias personas.

Un elemento común en ambos supuestos –el de las bases de datos convencionales y el de las actuales páginas webs– y con importancia a la hora de explicar la menor importancia de los derechos morales frente a los derechos patrimoniales del autor o autores es la práctica habitual, extendida en la inmensa mayoría de sectores comerciales, de que cada uno de los sujetos intervinientes en la elaboración de estas renuncien previa y expresamente –generalmente, en el mismo contrato de cesión de los derechos de explotación– al ejercicio de alguno de los derechos morales de los que pueden ser titulares ⁶⁵.

En el ámbito digital, y más aún en el supuesto de las páginas webs, dichos derechos morales deben sufrir alguna variación frente a sus tradicionales formas de ejercicio respecto de bases de datos elaboradas en formato físico. Así, por ejemplo, el derecho a divulgar la obra –y a elegir las condiciones de dicha divulgación– se debe entender ejercido por el diseñador o programador web una vez se acepta el encargo de elaborar la página concreta, aunque finalmente dicha página decida no ponerse a disposición del público en Internet, cualesquiera que fuere el motivo. En el caso del derecho de paternidad, su ámbito de aplicación no se predica tan amplio como en el entorno *off-line*, pues muchas de las páginas webs son puestas a disposición del público en Internet de manera anónima o, cuando figura el nombre de su autor, tanto el estilo de este como el tamaño de dicha referencia habrán de ajustarse a las normas del sector, sin que la vertiente positiva del derecho de paternidad faculte al autor a exigir la mención de su nombre, por ejemplo, en la cabecera de la página web ⁶⁶. Evidentemente, el derecho a la integridad no permite al diseñador web oponerse a la posterior actualización de la página web o a la inclusión de contenidos en su día no previstos cuando dichas acciones se lleven a cabo por la empresa que encargara la página web haciendo uso del sistema de gestión de contenidos confeccionado por dicho diseñador o programador web.

⁶⁵ Si bien la irrenunciabilidad es una de las notas características de las facultades morales, esta solamente se refiere a la imposibilidad del autor de renunciar al ejercicio futuro de sus prerrogativas morales con carácter general y previo, considerándose nulo todo pacto en este sentido. Por tanto, sí se permite la renuncia al derecho en un caso concreto, o a uno o varios actos de ejercicio de ese derecho (*Vid.* la STS, Sala de lo Civil, de 20 de enero de 2000 y la SAP de Santander de 3 de noviembre de 1992). La validez o no de la renuncia dependerá de que el autor pueda conocer o no el alcance de la misma de manera clara y precisa. El carácter irrenunciable de los derechos morales tampoco impide que el autor pueda renunciar al ejercicio de acciones judiciales contra los actos de infracción de tales derechos, bien de manera expresa (en el contrato de cesión de los derechos de explotación) o tácita (por dejar transcurrir el plazo de ejercicio de las acciones sin ejercitar el derecho). *Vid.* P. MARTÍNEZ ESPÍN, en «*Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*», R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), cit., pág. 210-211. Para un análisis general del funcionamiento de los derechos morales, *vid.* P. CÁMARA ÁGUILA, *El derecho moral de autor. Con especial referencia a su configuración y ejercicio tras la muerte del autor*, Comares, Granada, 1998. A pesar de la fecha de publicación de esta última obra, la doctrina contenida en ella es aún plenamente aplicable al momento presente, dada la falta de armonización del derecho moral a nivel europeo, contemplada expresamente, en sede de bases de datos, en el citado considerando 28.º de la Directiva que se comenta.

⁶⁶ La renuncia a proclamar la paternidad de la obra es bastante frecuente en los contratos de arrendamiento de obra o de servicios con los que se suele articular el encargo de elaboración de una página web. Muchas veces, la renuncia a la cita del nombre del autor se debe a exigencias de la naturaleza de la explotación, de la costumbre del concreto sector material al que la página web se refiere y de la propia estructura de dicha página. Generalmente, esa renuncia es expresa, pero hay supuestos en los que se realiza de manera abdicativa, esto es, el programador o diseñador web, a falta de pacto en este sentido, decide no introducir su nombre o pseudónimo en la página web que crea. Conviene preguntarse sobre la licitud de los contratos que tienen por objeto la renuncia del derecho de paternidad. La tesis que anteriormente expusimos con carácter general es extensible al derecho de paternidad en particular. De manera que el carácter irrenunciable de este simplemente prohíbe la renuncia global, previa y definitiva del derecho de paternidad, pero no aquella renuncia concreta y temporal que permite en todo caso una revocación a posteriori de la misma, como puede ser la renuncia a la mención del nombre del diseñador en la página web puesta a disposición del público en Internet que no implica la renuncia por parte de este a la exhibición de las webs por él diseñadas en su portafolio, blog o página web particular.

En lo que respecta a la vertiente patrimonial del derecho de autor también se deben realizar ciertas observaciones. En primer lugar, las concretas facultades patrimoniales contempladas en la Directiva en relación con las bases de datos no distan de las potestades patrimoniales vigentes con carácter general para todo tipo de obras: la reproducción, la distribución, la comunicación pública –dentro de la cual se subsume el derecho de puesta a disposición del público en Internet– y la transformación. Las extensas referencias contenidas en el artículo 5 de la Directiva a la hora de referirse a ellos no puede interpretarse como la voluntad del legislador europeo de hacer distingo alguno en relación con el derecho de autor aplicable con carácter general a cualquier tipo de obra, sino, más bien, al deseo de abarcar todas las facultades patrimoniales contempladas en los distintos ordenamientos nacionales, a falta de una armonización de la terminología empleada por los legisladores nacionales ⁶⁷.

En segundo lugar, debe hacerse alusión a la aparente falta de regulación en el texto de la norma europea del concreto plazo de duración del derecho de autor, lo cual se explica por la remisión a la Directiva 93/98/CEE, de armonización del plazo de protección del derecho de autor y los derechos afines, contenida en el considerando 25.º de la Directiva de bases de datos ⁶⁸. Por tanto, dicha ausencia de regulación expresa en el articulado de la Directiva de bases de datos es voluntaria, evita una reiteración innecesaria y asegura una coherencia con la regulación prevista para el resto de obras protegidas por la propiedad intelectual. La regla general, por tanto, será la vigencia durante la vida del autor y setenta años después de su muerte (art. 1.1 de la Directiva de armonización del plazo de protección) ⁶⁹. En relación con las páginas webs, este plazo de protección resulta excesivo, teniendo en cuenta que la vida económica o útil de una página web no suele ser tan larga, por contraposición a otro tipo de productos que puedan encuadrarse en el concepto de base de datos y protegerse por el derecho de autor ⁷⁰. De ahí que, como veremos, un plazo más reducido pero con posibilidad de renovación en función de las posibles modificaciones sustanciales introducidas sería mucho más acertado. Por todo ello, entendemos que el derecho sui generis, al que posteriormente aludiremos, se adapta mucho mejor a las peculiaridades tanto técnicas como prácticas y temporales de las páginas y sitios webs.

⁶⁷ Así, por poner un ejemplo, en vez de referirse de manera global al concepto de transformación, el apartado b) del artículo 5 de la Directiva hace alusión a «la traducción, adaptación, reordenación y cualquier otra modificación» y, seguidamente, la letra e) declara «cualquier reproducción, distribución, comunicación, exhibición o representación al público de los resultados de los actos a que se refiere la letra b)». Asimismo, la norma europea no emplea nuestro amplio concepto de comunicación pública, de vigencia únicamente nacional, sino que declara lo siguiente: «cualquier forma de comunicación, exhibición o representación».

⁶⁸ Directiva 93/98/CEE del Consejo, de 29 de octubre de 1993, que actualmente se encuentra codificada en la vigente Directiva 2006/116/CE del Parlamento europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa al plazo de protección del derecho de autor y de determinados derechos afines (DO L 372, de 27 de diciembre de 2006). Para un análisis de la remisión prevista en el citado considerando 25.º de la Directiva de bases de datos, *vid.* S. VON LEWINSKI, «Database Directive», en *European Copyright Law. A Commentary*, cit., pág. 702.

⁶⁹ Sin perjuicio de las especialidades de cómputo previstas para el caso de obras en colaboración (apdo. 2.º del art. 1 Directiva de armonización del plazo de protección) y para las obras anónimas o pseudónimas (apdo. 3.º de este mismo precepto).

⁷⁰ Piénsese en el contraste de duración de la vida económica que puedan tener, sin embargo, las enciclopedias o cualquier tipo de colección –incluso la propia pinacoteca o la concreta exposición temporal que se exhiba en alguna institución cultural, esto es, sus criterios de selección y de disposición del conjunto de obras de arte expuestas, podrían subsumirse en este supuesto–.

En tercer lugar, se debe destacar la libertad que el artículo 6 de la Directiva otorga a los Estados miembros para poder regular otras excepciones, adicionales a las enunciadas en dicho precepto, que fueran contempladas de manera tradicional por el derecho interno de cada concreto Estado, lo cual contrasta con la limitación prevista en el caso de la excepción de copia privada, únicamente aplicable a bases de datos no electrónicas y, por tanto, no extensible en ningún caso a las páginas webs ⁷¹.

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

Con todo, la delimitación entre dicho derecho de puesta a disposición del público *on-line* y el tradicional derecho de reproducción merece un detenido análisis. La clara independencia predicable de ambos derechos en el entorno *off-line* es bastante difusa en el ámbito web. En este sentido, consideramos que el acto de visualización en pantalla de una página web protegida por el derecho de autor únicamente supone el ejercicio del derecho de puesta a disposición, pero no así el del derecho de reproducción, salvo, claro está, en aquellos supuestos en los que en dicha página web se contengan, asimismo, obras musicales o fonogramas u obras audiovisuales o grabaciones audiovisuales, en cuyo caso la acción de escuchar o ver tal material protegido sí sería un acto de reproducción, mas no de la página web, sino de esa concreta obra o prestación protegida.

Entendemos que la reproducción de la página web se produciría, sin embargo, una única vez, en el momento de subirla al servidor en el que vaya a quedar alojada y al que van a dirigirse las peticiones individuales de los usuarios que pretendan acceder a ella. De no defenderse esta interpretación, la frontera entre uno y otro derecho sería prácticamente imposible de distinguir o supondría una superflua superposición de múltiples consentimientos para el uso de un mismo objeto protegido.

Asimismo, el concepto tradicional del derecho de transformación debe amoldarse a la nueva realidad digital, a la luz de la naturaleza y las formas de explotación de algunas de ellas. En aquellas páginas webs dinámicas, en las que la actualización sistemática de sus contenidos es un rasgo definitorio, cada uno de los constantes reajustes introducidos mediante los consiguientes sistemas de gestión de contenidos no habrán de ser tenidos por transformaciones en el sentido tradicional, pues no implican variación alguna de la estructura de esta.

Teniendo en cuenta todas las consideraciones expuestas, se puede concluir que, a pesar de que muchas páginas webs satisfacen efectivamente las exigencias para su protección autoral, su acomodo

⁷¹ Para un extenso análisis del funcionamiento de la excepción de copia privada, *vid.* S. LÓPEZ MAZA, *Límites del derecho de reproducción en el entorno digital*, Comares, 2009, págs. 135 y ss.

do a los caracteres del tradicional derecho de autor, dada la falta de adaptación normativa de este al entorno web, puede no ser una tarea sencilla o, por lo menos, no tan fácil como la aplicación a las páginas webs de la otra forma de protección de las bases de datos regulada en la Directiva: el derecho sui géneris. De ahí que lo que prima facie, en el momento de la adopción de la Directiva, podía aparecer como una tutela menor o residual, se presenta ahora, en relación con las páginas webs, como la protección más sólida que en el campo de la propiedad intelectual pudiera existir, a la que los interesados, por los motivos que seguidamente veremos, desean acudir de forma preferente con respecto al derecho de autor ⁷².

IV.3. Tutela por el derecho sui géneris

Como adelantábamos anteriormente, a diferencia de lo que sucede con el derecho de autor, las potestades que conforman el derecho sui géneris no versan sobre la estructura de una base de datos, sino sobre el contenido de esta, y para su concesión no se requiere un carácter original, sino únicamente una inversión sustancial en la elaboración, presentación o verificación de los contenidos, al estilo del *sweat of the brow* estadounidense y del *skill and labour* británico ⁷³.

La creación por el legislador europeo de este nuevo derecho era consecuencia de la degradación de las tradicionales nociones de obra y de originalidad en los nuevos productos tecnológicos que estaban siendo desarrollados. Como ya hemos adelantado, dicha degradación había quedado patente cinco años antes durante el proceso de elaboración de la Directiva 91/250/CEE de programas de ordenador, así como, en relación con las obras fotográficas, en la Directiva 93/98/CEE, sobre armonización del plazo de protección ⁷⁴, y estaba presente también en el propio considerando 16.º de la Directiva de bases de datos, anteriormente citado, que vincula los términos originalidad y creación intelectual, mas excluye de estos los criterios estéticos o cualitativos ⁷⁵. Las originarias exigen-

⁷² En este sentido también se ha pronunciado, si bien de manera generalizada, en relación con cualquier base de datos, y sin hacer una expresa reflexión a la problemática surgida en torno a las páginas webs, S. CÁMARA LAPUENTE, «El nuevo derecho sui géneris sobre las bases de datos», cit., pág. 78.

⁷³ Este hecho ha sido destacado, entre otros, por F. POMBO, «Spain: Databases-originality and creativity», *EIPR*, 1998, 20(9), págs. 154-155; C. GIELEN, «Netherlands: Database Rights: Unlicensed Data Mining», *EIPR*, 2002, 24(8), págs. 131-132; y P.B. HUGENHOLTZ, «The New Database Right: Early Case Law from Europe», Fordham University School of Law, Ninth Annual Conference on International IP Law & Policy, New York, 2001 (disponible en <http://www.ivir.nl/publications/hughholtz/fordham2001.html>).

⁷⁴ Como se expuso en el anterior apartado del presente trabajo, llama la atención el hecho de que estas normas europeas –las únicas en las que el legislador europeo se ha ocupado de delimitar el criterio de originalidad– se refieran únicamente a la «creación intelectual propia de su autor» –y no a la «creación original»– como sinónimo de originalidad de los programas de ordenador (vid. art. 1.3 Directiva de programas de ordenador y, en el plano nacional, art. 96.2 LPI) y de las obras fotográficas (vid. art. 6 y considerando 17.º segunda Directiva citada). Asimismo, la Directiva de armonización del plazo de protección contempla la posibilidad de los Estados miembros de proteger, mediante derechos afines al derecho de autor, las fotografías que, por no ser creaciones intelectuales del autor, no sean obras fotográficas.

⁷⁵ Asimismo, como se expuso en el anterior apartado, la propia expresión «creación intelectual propia de su autor» –presente en sede de derecho de autor en el art. 3.1 de la Directiva de bases de datos–, desvinculada de toda interpretación correctora en base a la noción «altura creativa», permite conceder la protección por el derecho de autor a algunas producciones con bajísimas cotas de originalidad –lo que, en el ordenamiento alemán recibe el calificativo de *kleine Münze*, «calderilla»–. Para un análisis de esta cuestión, vid. S. CÁMARA LAPUENTE, «El nuevo derecho sui géneris sobre las bases

cias de cumplimiento de altura creativa en aquellos países encuadrados en la tradición del derecho de autor habían dado paso a la protección de toda «creación intelectual propia de su autor», lo que, en resumidas cuentas, es sinónimo de la ausencia de plagio.

Esta evolución del concepto de originalidad se revelaba idónea para la protección de las nuevas tecnologías, cuyo avance o impulso creativo es más lento que en las creaciones intelectuales tradicionales, pues, en la mayoría de los casos, se trata de versiones de productos anteriores o de variaciones mínimas para la mejora de su rendimiento. Por tanto, la configuración del derecho sui generis se trata de un paso más hacia la adaptación de los derechos de propiedad intelectual a las nuevas realidades tecnológicas, en las que el esfuerzo invertido en su producción no se traduce ya en la correspondiente altura creativa exigida antaño.

De ahí que el artículo 7.1 de la Directiva –así como el art. 133.1 LPI y las correspondientes normas nacionales de transposición adoptadas por los Estados miembros– otorguen protección en base a la inversión. Únicamente a la inversión. Inversión que puede ser intelectual, pero que también se puede medir en base a otros criterios cualitativos. De hecho, en la práctica totalidad de páginas webs protegidas por el derecho sui generis las inversiones merecedoras de protección eran inversiones económicas o, por lo menos, inversiones que pueden traducirse en términos monetarios⁷⁶. Así, por ejemplo, en el caso de páginas webs, el esfuerzo intelectual del diseñador y programador y el tiempo empleado son parámetros no económicos, sino cualitativos, pero se pueden computar a estos efectos también desde un punto de vista monetario, bien en el montante finalmente cobrado por esta prestación de servicios, bien en el precio de mercado de esa página. Más sencillo resulta este cómputo en el caso de los recursos informáticos utilizados y de los lenguajes –algunos de uso gratuito y otros onerosos, dependiendo de la concreta licencia utilizada para su explotación– con los que se haya programado la página.

Eso sí, para que una inversión merezca la protección del derecho sui generis debe ser sustancial. A pesar de ser la sustancialidad de la inversión la pieza basilar de este derecho, el requisito *sine qua non* para la protección, ni la Directiva ni ninguna de las normativas nacionales de transposición aclaran lo que deba entenderse por tal⁷⁷. Si bien una mayor guía interpretativa contenida en la pro-

de datos», cit., pág. 77; R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *Comentario a la STS de 30 de enero de 1996*, cit., págs. 736-740; M. BUYDENS, «La protection de la quasi-création», cit., págs. 91-116; y P. CERINA, «The Originality Requirement in the Protection of Databases in Europe and in the United States», cit., págs. 582 y ss; G. SCHRICKER, «Farewell to the Level of Creativity (Sch pfungsh he in German Copyright Law)», cit., págs. 41-48; M. BUYDENS, «La protection de la quasi-création», Larcier, Bruselas, 1993, págs. 91-116; P. CERINA, «The Originality Requirement in the Protection of Databases in Europe and in the United States», cit., pág. 582 y ss; G. KOUMANTOS, «Les bases de données dans la directive communautaire», cit., págs. 90-9; y R. CASAS VALL S, «The requirement of originality», cit., págs. 102 y ss.

⁷⁶ De hecho, el considerando 40.º de la Directiva declara que esta inversión va a poder consistir «en la aplicación de medios financieros y/o en el empleo de tiempo, esfuerzo y energía».

⁷⁷ Hecho que crea una patente inseguridad jurídica y que ha sido criticado por buena parte de la doctrina. *Vid.*, entre otros, P. HUGENHOLTZ, «Program Schedules, Event Data and Telephone Subscriber Listings under the Database Directive. The Spin-Off Doctrine in the Netherlands and elsewhere in Europe», Fordham University School of Law, Eleventh Annual Conference on International IP Law & Policy, New York, 2003 (disponible en <http://www.ivir.nl/publications/hughenoltz/spinoffordham.html>); y «The New Database Right: Early Case Law from Europe», Fordham University School of Law, Ninth Annual Conference on International IP Law & Policy, New York, 2001 (disponible en <http://www.ivir.nl/publications/hughenoltz/fordham2001.html>); y G. MINERO ALEJANDRE, «Protección jurídica de las bases de datos: estudio de la apli-

pia norma europea, a modo de considerando, sería lo deseable, dicha concreción, en términos teóricos, se revela inviable. La determinación de qué es y qué no es sustancial no puede plasmarse en una fórmula exacta ni cuantificarse en términos absolutos o en un límite cuantitativo a partir del cual la inversión se considere merecedora de protección. Los factores a tener en cuenta varían en función de las prácticas de cada sector, muy divergentes entre sí, dada la amplitud del concepto de base de datos.

La única posibilidad real de clarificar dicho concepto viene de la mano de la doctrina jurisprudencial. En ello, el derecho sui generis –su inversión sustancial– no difiere demasiado de la valoración inherente al otorgamiento del derecho de autor –de su originalidad–. Sin embargo, también en sede jurisdiccional se echa en falta una mayor delimitación de los perfiles de este requisito, tanto a nivel europeo como a nivel nacional. La mayoría de sentencias que resuelven las cuestiones prejudiciales de interpretación de las que ha tenido conocimiento el TJUE no llegan hasta un análisis de la sustancialidad de la inversión ⁷⁸ o, cuando lo hacen, se trata de supuestos en los que las inversiones eran sumamente elevadas ⁷⁹. El número de sentencias recaídas a nivel nacional depende de cada Estado miembro, pero, en términos generales, se puede afirmar que hasta fechas recientes, este no ha sido demasiado prolífico. Dichas resoluciones jurisdiccionales nacionales suelen resolver supuestos claros en los que la inversión era o mínima o realmente abultada, pero la franja intermedia existente entre ambos extremos sigue siendo aún una incertidumbre de difícil resolución ⁸⁰.

cación de la Directiva 96/9/CE tres lustros después de su aprobación y comentario a la primera evaluación realizada por la Comisión europea en 2005», cit.

Dicha crítica ha venido, asimismo, de la propia Dirección General del Mercado Interior y los Servicios, en su informe de 2005 (págs. 11-12).

⁷⁸ Así, por ejemplo, las SSTJUE de 9 de noviembre de 2004, en los asuntos *Fixtures Marketing Ltd v. Oy Veikkaus Ab*, (C-46/02); *The British Horseracing Ltd y otros v. William Hill Organization Ltd*. (C-203/02), *Fixtures Marketing Ltd v. Svenska Spel AB* (C-338/02) y *Fixtures Marketing Ltd v. OPAP*, (C-444/02). Lo mismo sucede en la STJUE de 5 de marzo de 2009, C-545/07, *Apis-Hristovich EOOD v. Lakorda AD*. El TJUE no se detiene en el análisis de esta cuestión, si bien la sistemática de la sentencia evidencia que dicho órgano jurisprudencial parte de la base de que la inversión realizada por el demandante en el litigio principal para la recopilación de la legislación y jurisprudencia búlgara puede ser calificada como sustancial a los efectos de la Directiva.

⁷⁹ En el supuesto de hecho que dio origen a la cuestión prejudicial resuelta por la STJUE de 9 de octubre de 2008, C-304/07, en el asunto *Directmedia Publishing v. Albert-Ludwigs-Universität Freiburg*, para llevar a cabo la recopilación de poemas fueron necesarios dos años y medio de trabajo de un grupo de profesores universitarios de la Albert-Ludwigs-Universität de Friburgo y supuso un coste de 34.999 euros, que corrió a cargo de la citada universidad. Inversión que el TJUE considera sustancial en el sentido del artículo 7.1 de la Directiva (párrafo 24).

⁸⁰ La mayoría de las sentencias nacionales pasan por alto el análisis del carácter sustancial de la inversión exigido por el artículo 7.1 de la Directiva, dan por hecho la sustancialidad de este o no proporcionan datos fácticos objetivos que hayan de servir de patrón de comparación para casos futuros. Una de las pocas sentencias españolas en las que dicho examen cobra una relevancia notable es SJPI núm. 13 de Madrid de 24 de julio de 2001, que resuelve el litigio que enfrentó a las editoriales *Aranzadi* y *El Derecho*. El JPI de Madrid consideró sustancial la inversión empleada por la primera en la elaboración de una versión anual de su base de datos jurisprudencial, cuyo contenido abarcaba, entre otras cosas, la jurisprudencia del Tribunal Supremo español del periodo 1980-1993 y cuyo coste supuso la cantidad de 210000 \$ USA –cantidad que hubo de abonarse a la empresa contratada para la transcripción al medio electrónico de las resoluciones contenidas– (F.J. 4).

En el asunto *France Télécom v. M.A. Editions*, el Tribunal de Commerce de París, en Sentencia de 18 de junio de 1999, cit., consideró sustancial la inversión llevada a cabo por la compañía telefónica para la elaboración del directorio electrónico. La cuantía económica empleada también ascendía a cifras muy elevadas. *Id.* T. APLIN, «The EU Database Directive: Taking Stock», cit., pág. 106.

En este punto no pueden perderse de vista las interesantes posibilidades de la relación protección sui géneris-carácter arriesgado de la inversión, seguida por parte de los órganos jurisdiccionales alemanes. Según esta doctrina jurisprudencial, serán protegibles por el derecho sui géneris aquellas inversiones que, si bien no pueden calificarse de considerables en términos absolutos, sí adquieren un carácter arriesgado en el caso concreto, evaluadas desde un punto de vista relativo. Con ello, se permite prestar una especial atención a las circunstancias del caso concreto, y no únicamente a las costumbres del sector. De ahí su potencial para ser aplicada a un producto con manifestaciones tan variopintas como las páginas webs, cuya heterogeneidad hace precipitada la defensa de posiciones o afirmaciones generalizadas. Este criterio es especialmente útil a la hora de deslindar con precisión la tutela de la estructura de una página web de la protección de su contenido. El derecho sui géneris solamente nacerá cuando el tratamiento de dicho contenido haya supuesto una inversión que pueda calificarse como sustancial, atendiendo al esfuerzo que supuso para su fabricante, pero en cuyo cómputo no podrán tenerse en cuenta los ingresos por publicidad⁸¹. Por tanto, el análisis en términos relativos también permite interpretar de manera acertada los conceptos de obtención, verificación y presentación de los contenidos, respecto de los cuales, esta vez sí, la labor de interpretación llevada a cabo por el TJUE ha sido bastante fructífera⁸².

Asimismo, se debe destacar el hecho de que, si bien, como apuntábamos antes, la sustancialidad de la inversión se puede medir tanto en términos cuantitativos como en términos cualitativos, el criterio más utilizado es, con diferencia, el primero de estos, dada su mayor facilidad de análisis.

El esmero en el examen por parte de los órganos jurisprudenciales de la prueba del carácter sustancial de la inversión es el punto de partida y debe tener como base el mantenimiento del principio *minimis non curat pretor*, de forma que el auxilio judicial no sea interpretado de continuo para proteger páginas webs cuyas inversiones en la conformación de los contenidos –con independencia de los recursos empleados en la estructura– sean auténticas futilidades. El TJUE y, en mayor medida, los órganos jurisdiccionales ingleses e irlandeses, se vienen decantando en caso de duda por aquella solución que resultase más coherente a la luz de la finalidad perseguida por el legislador europeo

⁸¹ Con todo, la jurisprudencia alemana no es unánime, pues parte de sus órganos jurisdiccionales nacionales abogan por la medición del carácter sustancial de la inversión en términos absolutos, de manera que una inversión solo merece la protección sui géneris cuando sea elevada desde un punto de vista objetivo. Así, encontramos litigios cuyos supuestos de hecho son prácticamente idénticos o muy parecidos y su resolución jurisdiccional es claramente divergente. Los supuestos relativos a los enlaces y marcos utilizados en el ámbito de Internet son especialmente complicados. *Vid.* por ejemplo, la Sentencia de 29 de junio de 1999, el Oberlandesgericht de Düsseldorf, en el asunto *baumarkt.de*, anteriormente aludido. El tribunal consideró que una página web cuyo contenido estaba conformado íntegramente por anuncios del sector inmobiliario no constituía una base de datos protegida por el derecho sui géneris previsto en el párrafo 87 a) UrhG. Se entendió que la inversión realizada en la obtención, verificación y presentación de tales contenidos no podía ser considerada sustancial, ya que el riesgo asumido por el fabricante era mínimo, toda vez que los ingresos que recibía de las empresas anunciantes eran muy elevados. Sin embargo, en la Sentencia del Kammergericht de Berlín de 9 de junio de 2000, en el asunto *C.Net*, cit., y en la Sentencia del Landgericht de Köln el 25 de agosto de 1999, en el asunto *Kidnet/Babynet*, cit., dictada por él, se falló a favor de la protección de las bases de datos en unos supuestos de hecho muy similares. Para un estudio teórico de la exigencia de una relación riesgo-protección, *vid.* T. APLIN, «The EU Database Directive: Taking Stock», cit., pág. 106.

⁸² *Vid.*, las citadas SSTJUE de 9 de noviembre de 2004 *British Horseracing Board Board Ltd y otros y William Hill Organization Ltd* (ff. 34 y 38-42); *Fixtures Marketing Ltd. v. OPAP* (ff. 40-43); *Fixtures Marketing Ltd. v. Veikkaus* (ff. 32-34 y 37); *Fixtures Marketing v. Svenska* (ff. 21-24 y 27); y *Fixtures Marketing v. OPAP* (ff. 39-43). Para un análisis de esta jurisprudencia. *Vid.* P.B. HUGENHOLTZ, «The New Database Right: Early Case Law from Europe», cit., pág. 2.

con la creación del derecho sui géneris –la protección y la promoción de la inversión en la elaboración de bases de datos– y, con ello, a favor de la protección⁸³. Sin embargo, dicha guía interpretativa no puede dar pie a la generalización de la protección sui géneris de toda página web. En el caso de las páginas webs dinámicas, una interpretación contraria llevaría al absurdo de proteger contenidos cuya vida económica es mínima, pues la subsistencia de su URL y, con ello, su posibilidad de ser visitado suele ser muy corta.

El titular del derecho sui géneris recibe la calificación de fabricante –a diferencia del titular del derecho de autor sobre la estructura, al que se denomina autor–, y podrá ser tanto una persona física –o un grupo de personas físicas– como una persona jurídica⁸⁴. De hecho, en la práctica, este segundo caso es el más común⁸⁵. El fabricante habrá de reunir dos requisitos. Por un lado, la iniciativa y, por otro lado, la asunción de los costes de elaboración de la base de datos⁸⁶. La Directiva excluye expresamente de la definición de fabricante a los subcontratistas (considerando 41.º de la norma europea). Por tanto, teniendo en cuenta la práctica habitual de funcionamiento del encargo y elaboración de páginas webs, el fabricante sería aquella empresa que toma la iniciativa de elaborar o actualizar su página o sitio web, encarga dicho cometido a una persona física o un grupo de estas –*freelances*– o a una empresa dedicada a la búsqueda de diseñadores, maquetadores o programadores web que, formando parte de su plantilla, satisfagan los caracteres y el perfil general exigido por la primera empresa. El concreto diseñador o programador web que realiza la página encargada sería, en su caso, el autor de la estructura de esta, siempre que los criterios de selección o disposición de contenidos diseñados por este gocen de la suficiente originalidad. La empresa intermedia –denominada en la jerga consultora– no gozaría, en principio –salvo cesión expresa del diseñador o programador web– de ningún derecho de propiedad intelectual, pues ni ha tenido la iniciativa, ni ha soportado los costes del tratamiento de los contenidos de la página web realizada –luego no podrá ser considerada fabricante titular del derecho sui géneris–, ni puede entenderse que la página resultante sea una creación intelectual propia de ella –con lo que tampoco gozará del derecho de autor–,

⁸³ Este hecho ha sido destacado por la propia Dirección General del Mercado Interior y los Servicios en su informe de 2005 (*vid.* pág. 12). La Dirección General afirma, con carácter general, que las dificultades en la interpretación y aplicación del derecho sui géneris ha surgido en mucha mayor medida en aquellas jurisdicciones en las que tradicionalmente no venía rigiendo la doctrina *skill and labour*; conclusión lógica dada la similitud del derecho sui géneris, al menos desde un punto de vista funcional, con la tradición anglosajona. Así, por ejemplo, la sentencia de la High Court of Justice (Chancery Division) de 9 de febrero de 2001, en el asunto *British Horseracing Board v. William Hill Organization* (párrafos 31-37).

⁸⁴ Esta aclaración está incluida en el artículo 133.3 a) de la LPI. El legislador español, influenciado por su pertenencia a la tradición del derecho de autor, decidió hacer mención expresa de la posibilidad de proteger mediante el nuevo derecho sui géneris a las personas jurídicas. Dada la naturaleza puramente económica, el legislador europeo no consideró necesario introducir esta referencia. El mayor problema vendría de la mano de las facultades morales ligadas a la protección, pero estas son inexistentes en el caso del derecho sui géneris. De ahí la ausencia de referencia a esta cuestión en la norma europea y el carácter posiblemente innecesario –*ex abundantia*– de la aclaración española.

⁸⁵ Una excepción bastante significativa es el supuesto de los blogs. Sin embargo, generalmente, la inversión empleada en la obtención, verificación y presentación de los contenidos de estos –que no en la propia elaboración de estos contenidos, que en muchos casos merecen el calificativo de obras– no goza de la sustancialidad necesaria para la protección de este por el derecho sui géneris.

⁸⁶ «El fabricante de una base de datos es la persona que toma la iniciativa y asume el riesgo de efectuar las inversiones». Si bien la definición de fabricante se integra en la Directiva en sede de considerando –el 41.º–, en el caso de la transposición llevaba a cabo por el legislador español se prefirió, en pro de una mayor claridad, introducirla en el propio artículo 133 de la LPI, apartado 3.º, dedicado a la definición de los preceptos utilizados en el Título dedicado al derecho sui géneris.

ya que, de ser original, será una creación intelectual propia del concreto programador web que llevó a cabo su diseño, maquetación y programación⁸⁷.

Al igual que el derecho de autor, la protección sui géneris se extiende sobre todo acto de utilización del contenido de página web, con independencia de su calificación a nivel nacional como reproducción, distribución, comunicación pública o transformación, a pesar de la terminología específica empleada por el legislador europeo y algunos de los legisladores nacionales en sus normativas de transposición en relación con el derecho sui géneris⁸⁸. Eso sí, para que la utilización inconstitucional realizada por un tercero sea una infracción del derecho sui géneris habrá de afectar a la totalidad o, por lo menos, a una parte sustancial del contenido de la página web (art. 7.1 Directiva y, en el plano nacional, art. 133.1 LPI). A contrario se entiende que las partes no sustanciales de dicho contenido quedan, por tanto, a la libre utilización. De ahí que, seguidamente, el artículo 8.1 de la Directiva –y el 134 LPI– contemple el uso de partes no sustanciales como un derecho del usuario legítimo, salvo que por su carácter repetido o sistemático equivalgan, en la práctica, a un uso sustancial del contenido de la base de datos (apdo. 5.º del art. 7 Directiva)⁸⁹.

Por tanto, la determinación del carácter sustancial o no de la parte del contenido concretamente utilizada por el tercero es el primer paso a la hora de calificar el uso como una infracción del dere-

⁸⁷ Con todo, en la práctica, es bastante habitual la cesión onerosa de los derechos patrimoniales de explotación de la obra que pudieran corresponder al diseñador o programador a la concreta empresa que encarga la elaboración de la página o sitio web. Por indicación del artículo 43.1 de la LPI, dicha cesión debe entenderse limitada a las concretas facultades patrimoniales expresamente cedidas y al tiempo y ámbito territorial que se haya determinado. Asimismo, en relación con la posible cesión a favor de la consultora respecto de la cual dicho diseñador o programador –autor de la estructura de la página web– es trabajador de plantilla, serán aplicables las consideraciones contenidas en el artículo 55 de la LPI.

⁸⁸ El legislador europeo en el artículo 7 de la Directiva y su homólogo español en el artículo 133 de la LPI, optaron por emplear una terminología ajena a la propiedad intelectual, denominando las facultades comprendidas por el derecho sui géneris «extracción» y «reutilización». Sin embargo, las definiciones de estos dos conceptos contempladas en esos preceptos (apdo. 2.º del art. 7 Directiva y apdo. 3.º del art. 133 ley española) no dejan lugar a duda sobre su extensión: abarcan todas las facultades que, a nivel nacional, se encuadran en los tradicionales derechos de reproducción, comunicación pública, distribución y transformación. La falta de armonización a nivel europeo de estas potestades patrimoniales –y de su propia terminología–, unido a la voluntad del legislador europeo –y, por mimesis, del legislador español– de clarificar que el nuevo derecho que se estaba creando nada tenía que ver con la tradicional tutela de la originalidad por el derecho de autor ni con las facultades morales generalmente unidas a este, fueron motivos de peso suficientes para inducir a las instancias europeas a introducir una terminología nueva y, por ende, tener que definirla en la propia norma adoptada, si bien dicha definición recuerda –si no calca– a muchas de las normativas nacionales en las que se regulan los tradicionales derechos de propiedad intelectual. Esta fue la línea seguida por la mayoría de Estados miembros, a excepción de Alemania, Dinamarca, Finlandia y Suecia, que optaron por hacer uso de los términos tradicionales en el ámbito del derecho de autor y derechos conexos –reproducción o realización de copias, distribución, comunicación y puesta a disposición del público–. *Vid.* párrafo primero del artículo 87 b) de la UrhG y artículos 41.1 y 2.3 de las leyes finlandesa y sueca, así como el artículo 71.1 y 2.3 de la ley danesa.

⁸⁹ Dicha limitación del ámbito de aplicación del derecho sui géneris no ha sido transpuesta por los legisladores de los países escandinavos. La confusión en los ordenamientos sueco, finlandés y danés es absoluta si se tiene en cuenta que su normativa extiende el uso al que tiene derecho el usuario legítimo a la totalidad del contenido del catálogo y, por extensión, a la totalidad del contenido de la base de datos, y no solamente a partes no sustanciales. *Vid.* párrafo cuarto del artículo 25 j) de la ley finlandesa, al que remite el artículo 49.3 de esta; párrafo quinto del artículo 26 g) de la ley sueca, por remisión del artículo 49.3 de la misma norma; y artículo 36, apartados 2.º y 4.º de la ley danesa, al que remite el artículo 71.5 de esta.

cho sui géneris o, por el contrario, como un derecho del usuario legítimo⁹⁰. A pesar de la importancia de este concepto, qué ha de entenderse por parte sustancial es algo que ni la Directiva ni las normas nacionales de transposición explican⁹¹. De hecho, este es uno de los puntos de la Directiva que más críticas ha generado entre la doctrina⁹². Las mayores dificultades se presentan en relación con páginas webs dinámicas, respecto de las cuales puede no estar claro qué deba considerarse como «totalidad del contenido» de esa página web, a la hora de contrastar este con el concreto contenido utilizado para calificar este segundo como parte sustancial o no.

Asimismo, debe tenerse en cuenta que las páginas webs son el mejor ejemplo en el que la doctrina europea establecida en la STJUE *Apis v. Lakorda* puede aplicarse⁹³. De manera que, en relación con aquellas páginas webs que, por su tamaño y naturaleza, puedan ser divididas en módulos o subgrupos –lo que en lenguaje informático se califica como «secciones», dentro de una misma página web– de las que algunas o todas, por su fuerte inversión, sean merecedoras, de la protección sui géneris, de manera autónoma a la protección sui géneris de la página web en su conjunto, el término de comparación a la hora de determinar el carácter sustancial o no del concreto contenido utilizado no va a ser la página web, sino la concreta sección, módulo o subgrupo en el que dicho contenido particular se ubique.

Dicha indefinición puede predicarse, asimismo, del concepto de usuario legítimo, esencial para entender el significado del artículo 8 de la norma europea y la definición negativa del ámbito de protección del derecho sui géneris⁹⁴. Si bien dicha definición no ha sido el objeto directo de ninguna de las cuestiones prejudiciales a las que anteriormente hemos hecho referencia, el TJUE, con carácter de *obiter dicta*, ha aclarado que se trata de todo «usuario cuyo acceso al contenido de la base de datos

⁹⁰ De considerarse sustancial, el supuesto de hecho caerá en el ámbito de aplicación del artículo 7 de la Directiva, siendo necesaria la autorización del fabricante para poder calificar dicho uso como legal. De entenderse no sustancial, la utilización se subsumirá en el artículo 8 de la Directiva, pasando a ser un derecho del usuario legítimo de la base de datos, con independencia del fin a que se destine.

⁹¹ En el texto de la Propuesta originaria de Directiva, sin embargo, sí existía una definición de parte no sustancial. El artículo 1.3 de esta dictaba: «por parte no sustancial se entiende aquellas partes de una base de datos cuya reproducción, considerada cuantitativa o cualitativamente en relación con la base de datos copiada, no suponga un perjuicio a los derechos exclusivos del autor de la base de datos». En relación con ello, el apartado 8.4 de la Exposición de Motivos que acompañó dicha Propuesta inicial de Directiva declaraba: «el término "parte no sustancial" es definido en el párrafo 3º del artículo 1.º, pero la presente Directiva no puede fijar unos límites precisos sobre el volumen de elementos de la base de datos que puedan ser utilizados». Sin embargo, la definición de parte no sustancial acabó desapareciendo del texto de la Directiva en el curso del procedimiento legislativo. Así, en la Posición Común del Consejo no se contiene descripción alguna de este concepto, ni motivación en relación con tal supresión.

⁹² *Vid.*, entre otros, T. APLIN, «The EU Database Directive: Taking Stock», cit., pág. 118; C.D. FREEDMAN, «Should Canada Enact a New Sui géneris Database Right?», *Fordham Intellectual Property Media & Entertainment Law Journal*, núm. 13, 2002, pág. 97; y H.B. HUGENHOLTZ, «The New Database Right: Early Case Law from Europe», cit., pág. 2.

⁹³ *Vid.* STJUE de 5 de marzo de 2009, *Apis v. Lakorda*, cit., ff. 61-65. En el caso concreto del litigio principal, la infracción alegada por el fabricante de una base de datos jurídica electrónica que se comercializaba en dos módulos –«Derecho Búlgaro» y «Jurisprudencia de los tribunales»– consistió en la extracción y reutilización por un competidor de más del 80 por 100 del total de los documentos contenidos en uno de los módulos. Para un interesante análisis de la cuestión, *Vid.* H. SMITH, «EU Database Rights: interpretation of the terms "extraction" and "substantial part" in relation to infringement», *EIPR*, 2009, núm. 31 (7).

⁹⁴ Dicha preocupación ya aparecía recogida en el informe de 2001 de la Dirección del Mercado Interior y los Servicios, *The implementation and application of Directive 96/9/EC on the legal protection of databases*, pág. 376.

con fines de consulta se funda en el consentimiento directo o indirecto de la persona que constituyó la base de datos»⁹⁵. El consentimiento del fabricante es, pues, el único requisito constitutivo de la legitimidad del uso. En la mayoría de los casos la autorización será implícita, deduciéndose dicho carácter implícito del consentimiento de los actos propios llevados a cabo por el concreto fabricante. Las modalidades de explotación utilizadas por este y el ejercicio de la facultad de introducir medidas tecnológicas son las principales pautas a tener en cuenta⁹⁶. Así, por ejemplo, parece obvio que quien ha puesto a disposición del público en Internet una página web, dando acceso libre al contenido de esta y renunciando a la posibilidad de introducir medidas tecnológicas, autoriza fácticamente que los terceros consulten dicho contenido⁹⁷. Obviamente, el consentimiento expreso otorgado por el titular convierte en legítimo el uso realizado por el usuario al que dicha autorización se refiere con la amplitud que el fabricante haya querido darle, empleando, en caso de duda, las técnicas ordinarias de interpretación de los contratos (arts. 1.281-1.289 CC).

Adicionalmente, habrá de considerarse legítimo aquel usuario que realice alguno de los actos permitidos por la Directiva sin necesidad de contar con la autorización del correspondiente fabricante, siempre y cuando ello no infrinja el derecho del fabricante de insertar en su página web medidas tecnológicas de protección y de quedar protegido frente al craqueo o vulneración de estas. Dicha autorización legal únicamente podrá predicarse en relación con las utilidades de partes no sustanciales del contenido de la base de datos (art. 8 Directiva) o, en caso de tratarse de partes sustanciales, cuando dicho uso se subsuma en alguna de las excepciones contempladas en los artículos 6 y 9 de la norma europea, entre las que se encuentra la utilización con fines ilustrativos de enseñanza o de investigación científica, así como el uso para fines de seguridad pública o a efectos de procedimientos administrativos o judiciales⁹⁸. En ningún caso será extrapolable aquí la excepción para la reproducción con fines privados, ya se trate de una página web protegida por el derecho sui generis o de una página merecedora de la protección autoral, dado que la Directiva excluye de manera expre-

⁹⁵ Vid. STJUE de 9 de noviembre de 2004, *British Horseracing Board*, cit., párrafo 58. Dicho consentimiento también puede entenderse otorgado únicamente en relación con una parte de la base de datos en cuestión, y no con la globalidad de esta. En tal caso, los usos permitidos por dicha autorización habrán de referirse únicamente a la concreta parte del contenido de la base de datos sobre la que tal consentimiento verse.

⁹⁶ Como sosteníamos en la introducción de este trabajo, las páginas webs son el paradigma por excelencia de la aplicación o inserción de medidas tecnológicas, protegidas por la propiedad intelectual (arts. 160 y 161 LPI). La Directiva 2001/29/CE del Parlamento europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la Sociedad de la Información, que viene a armonizar a nivel europeo la protección de las medidas tecnológicas por la propiedad intelectual, incluye de manera expresa entre los productos susceptibles de contener medidas tecnológicas protegidas las bases de datos merecedoras de la protección autoral, así como las bases de datos tuteladas por el derecho sui generis (art. 6.3 y 6.4 *in fine*). Si bien dicha mención no se contiene en los citados preceptos de transposición de la norma europea al ordenamiento español, debe entenderse implícitamente vigente, por aplicación del principio de interpretación conforme, que ha de regir en el entendimiento de las normas nacionales, a la luz del ordenamiento europeo. En este sentido se ha pronunciado la doctrina española que ha estudiado la protección de las medidas tecnológicas. Vid., entre otros, A. RAMOS GIL DE LA HAZA, «Medidas tecnológicas de protección e información para la gestión de derechos», *Revista de propiedad intelectual (pe.i.)*, núm. 31, 2009, pág. 90; e I. GARROTE FERNÁNDEZ-DIEZ, en su comentario al artículo 160 de la LPI, contenido en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), Tecnos, 2007, págs. 2.044 y ss.

⁹⁷ De manera que serán aplicables aquí las consideraciones generales de la doctrina de los actos propios.

⁹⁸ En sede de derecho de autor, la autorización legal también puede venir del ejercicio que los legisladores nacionales hayan hecho de la posibilidad de extender las excepciones tradicionales previstas en los respectivos ordenamientos estatales [art. 6.2 d) y considerando 35.º Directiva].

sa la aplicación de dicho límite a las bases de datos electrónicas, en cuyo grupo se subsume toda página o sitio web [arts. 6.2 a) y 9 a) Directiva].

El carácter sustancial de la parte afectada podrá medirse bien en términos cuantitativos, bien desde el punto de vista cualitativo. Eso sí, ambos criterios de evaluación –si bien en mayor medida en el caso del criterio cualitativo– deben ser aplicados en relación con dos parámetros. Uno, la inversión realizada por el fabricante. Y dos, el perjuicio en que, con respecto de dicha inversión –y su consiguiente recuperación–, el concreto acto de utilización no consentido se traduzca. Ello significa que se entenderá por parte sustancial aquella cuya utilización por un tercero suponga un perjuicio en la explotación normal de la página web o los intereses económicos del fabricante. Dicha interpretación es la más equilibrada en relación con el conjunto de intereses en juego. Además, esta apreciación coincide con la postura defendida por la Unión Europea en la Propuesta de Tratado OMPI sobre la protección de las bases de datos que incluyó en sus notas una referencia a esta cuestión ⁹⁹.

En cuanto al criterio cuantitativo, el TJ relaciona el concepto de parte sustancial con el volumen o cantidad de datos extraídos y/o reutilizados, en relación con el total de los datos contenidos en esa base de datos ¹⁰⁰. Por tanto, se utiliza un criterio relativo, según el cual, a la hora de determinar esta sustancialidad desde el punto de vista cuantitativo se debe efectuar una comparación entre el volumen de datos, obras u otros elementos de que se trate y la totalidad del contenido de la base de datos en cuestión ¹⁰¹. No se tendrá en cuenta, sin embargo, el volumen del contenido de la base de datos en la que los elementos procedentes de una base de datos protegida por el derecho sui generis hayan sido transferidos ¹⁰². Esta conclusión es especialmente útil en su aplicación a páginas y sitios webs, cuyo tamaño es muy variable, siendo la comparación entre el volumen de contenidos, en muchas ocasiones, muy complicada. De hecho, una interpretación contraria supondría un trato discriminatorio entre aquellas páginas webs de contenido voluminoso y aquellas otras de tamaño reducido. En concreto, se daría la paradoja de que el uso de una parte cuantitativamente importante de una página web de reducido tamaño no sea tenido como una reutilización de una «parte sustancial» atendien-

⁹⁹ En concreto, la nota 2.09 de dicha Propuesta afirma «El carácter sustancial de toda porción de la base de datos se determina en función del valor de la base de datos. (...) El valor de la base de datos se refiere a su valor comercial. Este valor consiste, por un lado, en inversiones directas efectuadas en la base de datos y, por el otro, en el valor comercial o el valor comercial previsto de la base de datos».

Con todo, esta Propuesta de texto internacional no puede ser utilizada para interpretar un concepto de la Directiva. Lo contrario supondría un incumplimiento de las consecuencias jurídicas interpretativas de todo término con rango de concepto de Derecho europeo como es el derecho sui generis. Vid. S. LÓPEZ MAZA y G. MINERO ALEJANDRE, «El carácter equitativo de la compensación por copia privada. Comentario a la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 11 de octubre de 2010 (Caso Padawan)», cit., págs. 95-98.

¹⁰⁰ Vid. STJUE de 9 de noviembre de 2004, *British Horseracing Board*, cit., párrafo 70.

¹⁰¹ Con ello, el TJUE desechaba la otra alternativa, esto es, el criterio absoluto, según el cual la sustancialidad de la parte de que se trate debe apreciarse en sí misma, sin comparación alguna con el total de la base de datos. Sin embargo, este criterio relativo tiene alguna desventaja frente al criterio absoluto. En concreto, la evaluación en términos relativos tiende a perjudicar a los fabricantes de grandes bases de datos y a favorecer a las pequeñas. Vid. Conclusiones de la Abogada General Stix-Hackl en el asunto *British Horseracing Board*, párrafos 74-76. Vid., asimismo, T. APLIN, «The EU Database Directive: Taking Stock», cit., págs. 118 y 119.

¹⁰² Vid. STJUE de 5 de marzo de 2009, *Apis v. Lakorda*, cit., párrafo 60. En contra, M.A. BOUZA LÓPEZ, «La protección jurídica de las bases de datos: nuevos desarrollos», *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, tomo XVII, 1996, págs. 1.073-1.081.

do a su inclusión en una página web de mayor tamaño, respecto de la cual esa concreta parte insertada no supone una «parte sustancial».

Asimismo, de la jurisprudencia del TJUE se puede deducir un deseo de interpretación y aplicación restringida de este criterio¹⁰³. La amenaza de omnicompreensión que acompañaría a toda interpretación holgada de este criterio es, en el caso de las páginas webs de pequeño tamaño —esto es, de páginas webs cuyo conjunto total de contenidos no sea voluminoso—, especialmente importante.

Por su parte, el criterio cualitativo se refiere «a la magnitud de la inversión destinada a la obtención, la verificación o la presentación del contenido del objeto del acto de extracción y/o reutilización»¹⁰⁴. Esto es, la sustancialidad de la parte de que se trate debe apreciarse en sí misma, sin comparación alguna con respecto del total de la página web concreta. Pero sin que el valor intrínseco de los elementos contenidos en la página web a los que afecta el acto de extracción y/o reutilización pueda constituir un criterio pertinente o relevante a la hora de determinar el carácter sustancial de la parte utilizada¹⁰⁵. Por tanto, la conformación de este criterio de medición dada por el máximo órgano jurisdiccional europeo permite tener en cuenta no ya las peculiaridades de la página web en cuestión, sino los propios caracteres de la parte del contenido de dicha página web efectivamente utilizada. En concreto, la magnitud de la inversión empleada en el tratamiento de esos contenidos específicos utilizados, que puede haber sido muy distinta a los recursos empleados en el procesamiento de otros contenidos que pudieran alojarse en esa misma página web¹⁰⁶. De aplicarse apropiadamente, esta interpretación permite la efectiva consecución del equilibrio entre la necesaria protección de las páginas webs y el derecho fundamental al acceso y disposición de la información, armonía buscada por el legislador europeo en la redacción del citado artículo 8 y de los considerandos 45.º, 46.º y 49.º de la Directiva.

Estos dos criterios de evaluación no son excluyentes. Lo cual significa que la evaluación cualitativa debe poder realizarse con independencia del carácter cuantitativamente sustancial que el contenido extraído y/o reutilizado pueda tener o no respecto del contenido global de la base de datos protegida de la que forma parte. Por tanto, una parte cuantitativamente insignificante del contenido de

¹⁰³ Con carácter general se puede afirmar que, en aquellos supuestos en los que el TJUE ha tenido ocasión de aplicar este criterio de evaluación, se ha mostrado bastante reacio a calificar la concreta parte afectada como parte sustancial. *Vid.* STJUE de 9 de noviembre de 2004, *British Horseracing Board*, cit., párrafo 74.

¹⁰⁴ *Vid.* STJUE de 9 de noviembre de 2004, *British Horseracing Board*, cit., párrafos 71 y 76; STJUE de 5 de marzo de 2009, *Apis v. Lakorda*, cit., párrafos 59 y 66. Para un análisis de esta cuestión, *Vid.*, entre otros, E. DERCLAYE, «Database Sui generis: What Is A Substantial Investment? A Tentative Definition», *IIC*, 2005, vol. 36, pág. 2 y M. LEISTNER, «The Protection of Databases», en *Research Handbook of the Future of EU Copyright*, E. DERCLAYE (coord.), 2009, pág. 439 y «Legal Protection for the Database Maker-Initial Experience from a German Point of View», *IIC*, 2002, núm. 33, págs. 452 y ss.

¹⁰⁵ *Vid.* STJUE de 9 de noviembre de 2004, *British Horseracing Board*, cit., párrafos 71, 72 y 76; STJUE de 5 de marzo de 2009, *Apis v. Lakorda*, cit., párrafos 66 y 67. Para un interesante análisis de la cuestión, *Vid.* M. LEISTNER, «The Protection of Databases», cit., pág. 439.

¹⁰⁶ Así, por ejemplo, el diseño y maquetación de las partes estáticas de una base de datos implican el uso de tecnología CSS y, generalmente, suponen un menor esfuerzo, en términos temporales y humanos, que el diseño de las partes que contiene efectos y caracteres dinámicos, programados en JavaScript o en su versión de jQuery. Asimismo, el esfuerzo, calculado en términos económicos variará según el lenguaje de programación efectivamente empleado en su elaboración haya sido oneroso o no —ASP o PHP—, esto es, según cuáles sean los términos económicos de la licencia Creative Commons.

una base de datos va a poder representar, en términos de obtención, de verificación o de presentación, una importante inversión humana, técnica o financiera y, por ello, constituir, desde un punto de vista cualitativo, una parte sustancial del contenido de la base de datos de la que forma parte¹⁰⁷. El supuesto contrario, si bien menos común, consideramos que también es posible, especialmente en el caso de páginas webs. Esto es, también una parte que desde un punto de vista cualitativo no pueda ser calificada de sustancial va a poder serlo, sin embargo, recurriendo a un criterio de evaluación cuantitativo¹⁰⁸. Generalmente ello se dará cuando la inversión realizada por el fabricante en la elaboración de esa concreta parte no se puede determinar o bien cuando, determinada, no quepa calificarla de sustancial; pero, por el contrario, sí pueda ser considerada sustancial atendiendo a la proporción cuantitativa que supone con respecto de la totalidad de la página web afectada. En este supuesto se podría subsumir aquella página web de una compañía que ha sido diseñada y programada por el propio personal de esta empresa, sin intervención externa, pero cuya inversión es imposible determinar y de la que un tercero utiliza una parte de su contenido que, en comparación con el total del contenido de la citada página, puede ser calificada como sustancial.

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

En cuanto al plazo de protección del derecho sui generis, como adelantábamos en el anterior apartado, su acomodo a la realidad de las páginas webs y, en general, a los productos de las nuevas

¹⁰⁷ Aplicando este criterio de evaluación, es frecuente que partes pequeñas en el conjunto de la base de datos revistan un carácter sustancial, dada la inversión realizada en ellas para conseguir que figuren en esa base de datos en la manera –sistemática, exacta, etc.– en que lo hacen. Con esta interpretación se superan, por tanto, las desventajas de la aplicación única del criterio cuantitativo. Así se pronuncia el TJUE respecto de sentencias no publicadas oficialmente en medios accesibles al público, en cuya obtención se había destinado una gran inversión. *Vid.* STJUE de 5 de marzo de 2009, *Apis v. Lakorda*, cit., párrafo 68.

¹⁰⁸ Por tanto, procede desestimar la tesis según la cual para que el uso de una parte sustancial a la luz de un criterio cualitativo suponga una infracción del derecho sui generis deberá implicar en todo caso un determinado volumen mínimo desde el punto de vista cuantitativo. *Vid.* párrafo 72 *in fine* de las Conclusiones Generales al asunto *British Horseracing Board*, cit.

tecnologías es encomiable y demuestra la maleabilidad y la capacidad de la propiedad intelectual para adaptarse a los nuevos retos de la Sociedad de la Información. El legislador europeo tomó conciencia de la ineptitud de una protección –la del derecho de autor– perdurable durante una franja temporal del derecho de autor –la vida del autor más 70 años después de su fallecimiento–, más extensa que la propia vida útil de muchos productos tecnológicos, para lograr un equilibrio entre la necesidad de protección y el progreso tecnológico. Razón por la cual se optó por configurar un derecho sui géneris cuya vigencia fuera solamente de 15 años, a contar bien desde la fecha de finalización de la base de datos, bien desde la puesta a disposición de esta (apdos. 1.º y 2.º del art. 10 Directiva)¹⁰⁹.

Asimismo, para promocionar la actualización, se estableció la posibilidad de proteger las nuevas inversiones empleadas en la modificación sustancial de esas bases de datos mediante un nuevo plazo de protección propio, distinto de aquel que pudiera recaer sobre la base de datos originaria (apdo. 3.º del art. 10 de la norma europea)¹¹⁰. En el caso de las páginas y sitios webs, esta reducción del plazo de protección es, si cabe, más loable, dado el carácter limitado, desde el punto de vista temporal, de la subsistencia de estos, a la luz de la sucesión constante de nuevos lenguajes de marcado y programación. Un plazo de protección más extenso no promocionaría la actualización de estas, sino que conduciría al resultado contrario, cercano al anquilosamiento. En definitiva, este régimen supone, en términos realistas, que una página web solamente va a estar protegida tanto tiempo como exista, de manera que la duración de su tutela depende de su propio plazo vital, y no de la vida de las personas que la elaboraron¹¹¹.

Finalmente, conviene llamar la atención sobre el hecho de que el potencial del derecho sui géneris para colmar algunas de las deficiencias del derecho de autor en el campo de las nuevas tecnologías, puesto de relieve desde los primeros estadios de la elaboración de la Directiva¹¹², y sus espec-

¹⁰⁹ En concreto, dicho plazo de protección se empieza a computar desde el uno de enero del año siguiente a la fecha en que se termine el proceso de elaboración de la página web o desde el uno de enero del año siguiente a la fecha en que la página es puesta a disposición del público en Internet por primera vez –esto es, cuando la página se pasa del servidor de pruebas al servidor real, accesible por los usuarios mediante la introducción del URL en la barra de direcciones del navegador–, siempre que dicha puesta a disposición fuera realizada antes de la expiración del periodo de 15 años desde la finalización de la elaboración. Con ello se trata de promocionar que las páginas webs sean puestas a disposición del público en un breve periodo de tiempo desde que se finaliza su diseño y programación, bajo la amenaza de perecer el derecho sui géneris cuando dicha puesta a disposición se hace más allá de los 15 años desde la elaboración de la página. Si bien la puesta a disposición no es un requisito sine qua non para la protección, en el caso de páginas webs –no así en el resto de bases de datos que puedan ser explotadas mediante modalidades distintas a la utilización *on-line*–, obviamente, la falta de esta es sinónimo de la imposibilidad de explotación y, por tanto, de inexistencia de terceros frente a quienes ejercitar el derecho sui géneris del fabricante de la página.

¹¹⁰ El carácter sustancial o no de la inversión empleada en la modificación habrá de determinarse a la luz de los criterios cualitativos o cuantitativos a los que acabamos de hacer alusión, sin que exista diferencia alguna entre el análisis del carácter sustancial de la inversión empleada en la elaboración originaria y el de la inversión destinada a la posterior modificación de la página web.

¹¹¹ En este sentido también se ha pronunciado S. CÁMARA LAPUENTE, «El nuevo derecho sui géneris sobre las bases de datos», cit., pág. 98; así como M. LEHMANN, «La nuova direttiva CE sulle banche dati», *Rivista di Diritto Industriale*, 1997, vol. I, págs. 116-117. Estos autores destacan la analogía que el derecho sui géneris presenta con las patentes en lo que a su duración temporal se refiere, más que con el derecho de autor, que perdura *post mortem auctoris*.

¹¹² *Vid.*, entre otros, J.A. GÓMEZ SEGADÉ, «El Libro Verde de la Comisión de la UE sobre los Derechos de Autor y los Derechos Afines en la Sociedad de la Información», *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, vol. 16, 1994-1995, pág. 957; y, de este mismo autor, «Respuesta de los sistemas de propiedad intelectual al reto tecnológico. El Derecho europeo

tativas de éxito fueron rápidamente advertidas por el legislador estadounidense. Durante las últimas legislaturas se han venido presentando varios proyectos legislativos para trasladar al ordenamiento norteamericano el *leit motiv* de la nueva tutela europea¹¹³. Sin embargo, todos estos intentos han resultado fallidos, dadas las críticas de ciertos sectores científicos a la posibilidad de acabar protegiendo los datos, las informaciones y las teorías científicas, necesarias para el progreso de la investigación y la ciencia, así como una jurisprudencia que declara que la tradicional extensión de la propiedad intelectual como tutela frente al uso de la simple información es una práctica contraria a la Norma Suprema¹¹⁴. De ahí que, siguiendo la doctrina sentada por la Sentencia *Feist* en 1991, en el ordena-

continental y el Derecho anglosajón del copyright», en *Derecho de Propiedad Intelectual y Nuevas Tecnologías*, Ministerio de Cultura, 1996, págs. 131-142.

¹¹³ Fueron considerables los esfuerzos empleados y las discusiones llevadas a cabo en el seno de la *House of Representatives* y del *Senate* en aras a la aprobación de una ley que protegiera las inversiones empleadas en la producción de bases de datos. Así, apenas dos meses más tarde de la fecha de la adopción de la Directiva, se presenta el *Database Investment and Intellectual Property Antipiracy Bill*, (H.R. 3531, disponible, al igual que los otros dos borradores que seguidamente se citan en <http://www.copyright.gov/reports/db4.pdf>). Sin embargo, terminó 1996, y con ello la 104.ª legislatura, sin que dicho proyecto encontrara los apoyos suficientes para su aprobación.

La misma suerte corrió el borrador presentado en la 105.ª legislatura, el *Collections of Information Antipiracy Bill*, (H.R.2625, de 1997). Este nuevo fracaso conduce a la reformulación de la H.R.2652, pasando a ser una parte integrante de otro proyecto legislativo: la *Digital Millennium Copyright Act (DMCA)*. Sin embargo, las dudas mostradas tanto por el Ministerio de Comercio como por el Ministerio de Justicia y la Comisión Federal de Comercio condujeron a aprobar la DMCA sin incluir el capítulo relativo a la protección de las inversiones realizadas en la elaboración de bases de datos. En la 106.ª legislatura fueron dos proyectos presentados en el Congreso que no superaron la fase de discusión en el Senado: la denominada H.R.354, en el seno del *House Judiciary Committee* del Congreso, (disponible en <http://judiciary.house.gov/>) y la *Consumer and Investor Access to Information Act* (H.R.1858), propuesta por el *House Commerce Committee* (disponible en <http://energycommerce.house.gov/>). La tensión entre la promoción de la inversión en el sector de las bases de datos al modo originariamente previsto en la antigua doctrina del *sweat of the brow*, por un lado, y la garantía del libre acceso a la información y los recelos de la comunidad científica, por otro, se hacen patentes en las infructíferas discusiones que concluyeron con el informe negativo del Presidente del *Senate Commerce Committee* en enero de 2000 (disponible en <http://commerce.senate.gov/public/>). Durante 2003 se presentan otros dos nuevos borradores, el denominado H.R. 3261, de octubre de 2003, y el H.R.3872, de febrero de 2004. Apenas un mes más tarde se emitía por el Comité de Energía y Comercio un informe relativo a ambos borradores, en el que se expresaba su postura adversa frente a la adopción de estos (disponible en <http://energycommerce.house.gov/>).

Para un análisis de la citada evolución legislativa norteamericana vid. M.J. DAVISON, *The Legal Protection Of Databases*, Cambridge Studies in Intellectual Property Rights, Cambridge University Press, 2003; y J.C. GINSBURG, «The US Initiatives To Protect Works Of Low Authorship», en R. COOPER DREYFURR, D. LEENHEER ZIMMERMAN y H.D. FIRST (eds.), *Innovation Policy for the Knowledge Society*, New York, Oxford University Press, 2001; J. BAND, «The Database Debate in the 18th US Congress: The Saga Continues», *EIPR*, vol. 27, núm. 6 (2005), págs. 205-212; y S. CÁMARA LAPUENTE, «Últimas orientaciones internacionales sobre la protección jurídica de las bases de datos», cit.; y G. MINERO ALEJANDRE, «Protección jurídica de las bases de datos: estudio de la aplicación de la Directiva 96/9/CE tres lustros después de su aprobación y comentario a la primera evaluación realizada por la Comisión europea en 2005», cit.

¹¹⁴ *Vid. US Supreme Court Feist Publications Inc v. Rural Telephone Service Co*, de 27 de marzo de 1991, núm. 89-1919, (499, U.S. 340), en donde, declarando que el criterio del *sweat of the brow* no podría seguir siendo aplicable en relación con las compilaciones, el máximo órgano jurisdiccional norteamericano rechazó la posibilidad de proteger mediante el *copyright* una guía telefónica, por carecer su criterio de disposición —el alfabético— de toda originalidad y, por ello, no poder ser calificada como obra, concretamente como «compilación» en el sentido de la sección 101 de la *Copyright Act*. El máximo órgano jurisdiccional estadounidense declara que la extensión de la propiedad intelectual a la protección de los datos es contraria al artículo I.8, cl.8 de la Constitución estadounidense (apdos. 349 y 350 de la Sentencia *Feist*).

Esta línea ha sido seguida por un gran número de sentencias posteriores, entre las que cabe citar el asunto *CCC Information Services v. Maclean Hunter Market Reports*, 2nd Cir., 1994, el caso *Illinois Bell Telephone Company v. Haines and Co. Inc.*, 932 F. 2d 610, y, en relación con recopilaciones jurisprudenciales, la célebre saga sobre apropiación de los contenidos de las bases de datos de la editorial *Westlaw*. *Vid.*, entre otras, *West Publishing Co. v. Mead Data Central Inc.*, 616 F Suprágs. 1571 (D. Minn 1985); 799 F 2d 1219 (8th Cir. 1986); 479 US 1070 S.Ct (1987); *West Publishing Co. v. Matthew*

miento estadounidense una base de datos solamente vaya a estar protegida por el *copyright* en su estructura –que no en el conjunto de su contenido– y para ello deba satisfacer la exigencia de originalidad de sus criterios de selección o de disposición, quedando desprotegida, en caso contrario, desde el punto de vista de la propiedad intelectual, ante la inexistencia de derecho equivalente al *sui generis* europeo que tutele frente a la utilización de los contenidos. Con todo, conviene advertir del hecho de que los niveles de originalidad vigentes en el ordenamiento estadounidense sigan siendo muy bajos, mucho menos estrictos que los exigidos a nivel europeo con carácter general –no solo en Inglaterra e Irlanda–, de manera que la posibilidad de que una página web –y cualquier base de datos– sea merecedora de la protección del *copyright* en Estados Unidos es mucho mayor que la posibilidad de merecer la protección autoral en cualquiera de los Estados miembros de la Unión Europea¹¹⁵. Teniendo presentes estas consideraciones es fácil entender por qué el funcionamiento de la industria norteamericana de bases de datos no se ha resentido desde el caso *Feist*, sino todo lo contrario¹¹⁶.

Las desavenencias entre Estados Unidos y la Unión Europea han sido, precisamente, el motivo principal de la inexistencia del consenso global necesitado para la aprobación del Tratado OMPI sobre protección jurídica de las bases de datos¹¹⁷. Tratado que sigue estando, a día de hoy, en fase de Proyecto. Por tanto, se puede concluir que, de momento, a la espera de un cambio de postura de los representantes estadounidenses en la próxima reunión del Comité Permanente de la OMPI sobre el Derecho de Autor y Derechos Conexos (programada para los días 15-24 de junio de 2011), el derecho *sui generis* sigue teniendo un carácter único y exclusivo a nivel mundial.

Bender & Co., 522 US 3732 (1999); *West Publishing Co. v. Hyperlaw Inc.*, 526 US 1154 (1999). *Vid.* J.H. REICHMANN, «La guerra delle banche dati. Riflessioni sulla situazione americana», en *Annali Italiani del Diritto d'Autore, della cultura e dello spettacolo*, núm. VI, 1997, págs. 226-236.

Hasta el caso *Feist*, los tribunales estadounidenses habían venido utilizando la teoría del *sweat of the brow* para proteger las compilaciones de datos, de manera que la protección del *copyright* iba asociada al trabajo que suponía la compilación de tales datos, y se extendía, además, a los propios datos contenidos en la compilación. De manera que los subsiguientes compiladores «no estarían legitimados para extraer ninguno de los datos que formasen parte de las bases de datos ya publicadas» (Caso *Jeweller's Circular Publishing Co.*, 281 F, párrafos 88 y 89). *Vid.* P. CERINA, «The Originality Requirement in the Protection of Databases in Europe and in the United States», cit., pág. 586 y ss.; y J.C. GINSBURG, «No "Sweat"? Copyright and Other Protection of Works of Information after *Feist v. Rural Telephone*», en *Columbia Law Review*, 1992, págs. 338 y ss.

¹¹⁵ *Vid.* en este sentido, *Vid.*, entre otras, la citada Sentencia *Illinois Bell Telephone Company v. Haines and Co. Inc.*, 932 F. 2d 610, en la que el supuesto de hecho era parejo al que originó el asunto *Feist*, así como la mencionada saga *Westlaw*. *Vid.*, asimismo, P. CERINA, «The Originality Requirement in the Protection of Databases in Europe and in the United States», en *IIC*, 1993, vol. 5, pág. 586 y ss.; y J.C. GINSBURG, «No "Sweat"? Copyright and Other Protection of Works of Information after *Feist v. Rural Telephone*», en *Columbia Law Review*, 1992, págs. 338 y ss.

¹¹⁶ La bonanza de la industria estadounidense es la verdadera razón por la que el legislador norteamericano no añora la aplicación del *sweat of the brow* que estaba vigente a las bases de datos no originales antes de la referida sentencia (*vid.*, en este sentido, el informe de marzo de 2004 del Comité de Energía y Comercio, en el que se analizan los citados proyectos legislativos presentados en la 108.ª legislatura. Disponible en <http://energycommerce.house.gov/>).

¹¹⁷ Para un análisis de las posturas defendidas por cada una de las Partes, *Vid.*, entre otros, los documentos OMPI BCP/CE/VI/13, EC/BEY/03/6.A, CRNR/DC/88, CRNR/DC/100, DB/IM/6, SCCR/1/INF/2, SCCR/1/INF/3 y SCCR/1/INF/3 Add, DB/IM/7, SCCR/2/INF/2, SCCR/2/10/Rev, DB/IM/2, SCCR/8/6, SCCR/8/8, SCCR/9/2, CDIP/1/3, WIPO-IASP/GE/04/10, IPC/WK/GE/08/11-R_WILLOW y CDIP/3/INF/2STUDY/III/INF/1. Todos los documentos sobre las reuniones, seminarios y grupos de trabajo están disponibles en <http://www.wipo.int/meetings/en/archive.jsp>. *Vid.*, asimismo, S. VON LEWINSKI, «Database Directive», cit., págs. 685-686.

V. CONCLUSIONES

La necesidad acuciante de la adaptación de los derechos de propiedad intelectual a las exigencias de la Sociedad de la Información y los nuevos productos culturales derivados de esta ha sido puesta en evidencia recientemente por el Director General de la OMPI¹¹⁸. 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, dicha exigencia de aclimatación se predica aún más acuciante.

A falta de una normativa que, a nivel nacional, regional o mundial, tenga en cuenta las peculiaridades que caracterizan a las páginas y sitios webs, son varias las alternativas que se pueden encontrar para proteger estos productos. El punto de partida de este trabajo es el cumplimiento de todos y cada uno de los requisitos exigidos a nivel europeo en la definición del concepto de base de datos por toda página web, sin que se haya encontrado dificultad alguna en este análisis. Aspecto este que llama la atención, en comparación con los obstáculos que, en muchas ocasiones, bases de datos de otro tipo suelen encontrar a la hora de encuadrarse en el concreto concepto europeo. Ello lleva a afirmar que las dos formas de tutela previstas en la Directiva que regula la protección jurídica de las bases de datos son aplicables a las páginas y sitios webs, siempre que se cumplan unos requerimientos adicionales. Dicha tutela de la página web será independiente en todo caso de las posibles formas de protección que, de manera autónoma, pudieran recaer sobre los contenidos alojados en tales páginas.

El derecho de autor es una de estas opciones. En concreto, esta tutela se limita a proteger la estructura de la página web, cuando sea original, durante un plazo que se extiende a la vida del autor más 70 años después de su muerte. Plazo que excede con creces el periodo medio de explotación de una página web. El derecho sui géneris, creación única del ordenamiento europeo, es la segunda alternativa, que consideramos más apropiada y eficaz, pues tiene en cuenta aspectos derivados de las nuevas formas de explotación cultural que la protección autoral todavía hoy pasa por alto. Dicha tutela sui géneris protege la inversión realizada en la elaboración de la página web durante un plazo temporal de protección mucho más limitado, pero con posibilidad de renovación, siempre y cuando se lleven a cabo nuevas inversiones merecedoras de protección en la página web originaria. Con ello se consigue una promoción eficaz del proceso de renovación y actualización de los contenidos de las páginas y sitios webs. Las facultades en que se traduce el derecho sui géneris tienen un carácter puramente económico. Se aleja, por tanto, de la vertiente moral inherente a todo derecho de autor, que poca aplicación tiene hoy en el entorno web, a la luz de las prácticas de renuncia generalizada al ejercicio de las potestades morales seguidas por los diseñadores web.

El atractivo que presenta el derecho sui géneris en el campo de las nuevas tecnologías, junto con la insuficiencia del derecho de autor a la hora de proteger productos fruto del avance de estas –siendo el paradigma las bases de datos–, parece consolidar la depreciación del requisito tradicional

¹¹⁸ 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, al que hicimos alusión en el apartado introductorio del presente trabajo.

de la originalidad y facilitar un acercamiento al criterio del *skill and labour* y del *sweat of the brow* anglosajones. Las expectativas de éxito de este nuevo derecho llevaron en su día a la Comisión europea a plantearse la extensión del derecho sui géneris a futuros productos culturales de la Sociedad de la Información, observación que llegó a plasmarse en el texto del Libro Verde sobre los derechos de autor y derechos afines en la Sociedad de la Información, de 1995¹¹⁹. Está por ver si en la próxima reunión del Comité Permanente de la OMPI sobre el Derecho de Autor y Derechos Conexos las propuestas aquí planteadas tienen algún efecto.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- T. APLIN, «The EU Database Directive: Taking Stock», en *New Directions in Copyright Law*. Volume 2, F. MACMILLAN (coord.), Edward Elgar, Massachusetts, 2006.
- T. BALLARINO, «Banche dati, diritto internazionale privato e trattamento dello straniero», *AIDA*, VI, 1997.
- E. BATALER RUIZ, «Últimas sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas sobre el derecho sui géneris sobre las bases de datos», *Revista de Derecho y nuevas tecnologías*, núm. 20, 2009 (3).
- R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, «Título VIII. Derecho sui géneris sobre las bases de datos», en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), 3.ª edición, Tecnos, Madrid, 2007.
- «La protección jurídica de las bases de datos», *Revista de propiedad intelectual*, (pe.i.), núm. 1, 1999.
- M.A. BOUZA LÓPEZ, «La protección jurídica de las bases de datos: nuevos desarrollos», *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, tomo XVII, 1996.
- S. CÁMARA LAPUENTE, «Últimas orientaciones internacionales sobre la protección jurídica de las bases de datos», *Autor y Derecho*, *Ciberrevista sobre propiedad intelectual*, vol. 1, 2000-2001.
- «El nuevo derecho sui géneris sobre bases de datos», en *Actualidad Civil*, núm. 3, 1999.
- R. CASAS VALLÉS, «The requirement of originality», en *Research Handbook on the Future of EU Copyright*, *Research Handbooks in Intellectual Property*, ed. E. DERCLAYE, Edward Elgar, Cheltenham, UK, 2009.
- P. CERINA, «The Originality Requirement in the Protection of Databases in Europe and in the United States», en *IIC*, 1993, vol. 5.
- S. CHALTON, «The effect of the EC Database Directive on the United Kingdom Copyright Law in relation to databases. A comparison of features», *EIPR*, 1997, vol. 19.

¹¹⁹ En el que se decía que este nuevo derecho constituirá el punto de partida de cualquier iniciativa complementaria que se adopte en el futuro en materia de derechos de autor y derechos afines vinculados con la Sociedad de la Información. Libro Verde de la Comisión Europea, de 27 de julio de 1995, sobre los derechos de autor y los derechos afines en la Sociedad de la Información [COM (95) 382 final. No publicado en el Diario Oficial]. Disponible en http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:MhHudF_dt8gJ:europa.eu/legislation_summaries/internal_market/businesses/intellectual_property/124152_es.htm+Libro+Verde+sobre+los+derechos+de+autor+y+derechos+afines+en+la+sociedad+de+la+informaci%C3%B3n,+de+1995&cd=1&hl=es&ct=clnk&gl=es&source=www.google.es

- M.J. DAVISON, *The legal protection of databases*, Cambridge Studies in Intellectual Property Rights, Cambridge University Press, 2003.
- E. DE ARESTI GUTIÉRREZ, «La protección jurídica de las bases de datos en la Comunidad Europea», en AA.VV., *La armonización de los derechos de propiedad intelectual en la Comunidad Europea*, Ministerio de Cultura, Madrid, 1993.
- E. DERCLAYE, «Intellectual Property Rights on Information and Market Power: Comparing the European and American Protections of Databases», *IIC*, 2007, núm. 3.
- «Database Sui generis: What Is A Substantial Investment? A Tentative Definition», *IIC*, 2005, vol. 36.
- «Database Sui generis Right: Should We Adopt The Spin-off Theory?», *EIPR*, núm. 26, 2004.
- «Do Sections 3 and 3A of the CDPA Violate the Database Directive? A Closer Look at the Definition of a Database in the U.K. and its Compatibility with European Law», *EIPR*, 2002, núm. 24.
- «What is a Database? A Critical Analysis of the Definition of a Database in the European Database Directive and Suggestions for an International Definition», *The Journal of World Intellectual Property Organization*, 2001.
- C.D. FREEDMAN, «Should Canada Enact a New Sui generis Database Right?», *Fordham Intellectual Property Media & Entertainment Law Journal*, núm. 13, 2002.
- C.M. GARCÍA MIRETE, «El futuro incierto de la Directiva 96/9/CEE sobre la protección jurídica de las bases de datos», *Revista de propiedad intelectual (pe.i.)*, núm. 27, 2007.
- I. GARROTE FERNÁNDEZ-DIEZ, en su comentario al artículo 160 de la LPI, contenido en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), Tecnos, 2007.
- J. GASTER, «Zur anstehenden Umsetzung der EG-Datenbankrichtlinie (II)», *CR*, 1997.
- C. GIELEN, «Netherlands: Database Rights: Unlicensed Data Mining», *EIPR*, 2002, 24(8).
- J. GINSBURG, «The US initiatives to protect Works of low authorship», en R. COOPER DREYFURR, D. LEENHEER ZIMMERMAN y H.D. FIRST (eds.), *Innovation Policy for the Knowledge Society*, New York, Oxford University Press, 2001.
- «No "Sweat"? Copyright and Other Protection of Works of Information after Feist v. Rural Telephone», en *Columbia Law Review*, 1992.
- P. HUGENHOLTZ, *Program Schedules, Event Data and Telephone Subscriber Listings under the Database Directive. The Spin-Off Doctrine in the Netherlands and elsewhere in Europe*, Fordham University School of Law, Eleventh Annual Conference on International IP Law & Policy, New York, 2003.
- *The New Database Right: Early Case Law from Europe*, Fordham University School of Law, Ninth Annual Conference on International IP Law & Policy, New York, 2001.
- G. KOUMANTOS, «Les bases de données dans la directive communautaire», *RIDA*, núm. 171, 1997.
- A. KUR, R.M. HILTY, C. GEIGER & M. LEISTNER, «First Evaluation of Directive 96/9/EC on the Legal Protection of Databases», *Comment by Max Planck Institut for Intellectual Property, Competition and Tax Law, IIC*, 2006, núm. 37.

- M. LEHMANN, «The European Database Directive and Its Implementation into German Law», *IIC*, vol. 29, núm. 7/1998.
- «La nuova direttiva CE sulle banche dati», *Rivista di Diritto Industriale*, 1997, Vol. I.
- M. LEISTNER, «The Protection of Databases», en *Research Handbook on the Future of the EU Copyright, Research Handbooks in Intellectual Property*, E. DERCLAYE (coord.), Edward Elgar, UK, 2009.
- «Legal Protection for the Database Maker-Initial Experience from a German Point of View», *IIC*, 2002, núm. 33.
- *Der Rechtsschutz von Datenbanken im deutschen und europäischen Recht*, Múnich, 2000, Ed. C.H. Beck.
- «The Legal Protection of Telephone Directories Relating to the New Database Maker's Right», *International Review of Industrial Property and Copyright Law*, 2000.
- S. LÓPEZ MAZA y G. MINERO ALEJANDRE, «El carácter equitativo de la compensación por copia privada. Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 11 de octubre de 2010 (Caso Padawan)», *Revista de propiedad intelectual (pe.i.)*, núm. 36, 2010.
- J.J. MARÍN LÓPEZ, «La protección de las bases de datos por el derecho de propiedad intelectual en la praxis reciente del Tribunal Supremo», *Comunicaciones en Propiedad Industrial y Derecho de la Competencia*, núm. 53, marzo de 2009.
- 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.
- A. RAMOS GIL DE LA HAZA, «Medidas tecnológicas de protección e información para la gestión de derechos», *Revista de propiedad intelectual (pe.i.)*, núm. 31, 2009.
- J.H. REICHMANN, «La guerra delle banche dati. Riflessioni sulla situazione americana», en *Annali Italiani del Diritto d'Autore, della cultura e dello spettacolo*, núm. VI, 1997.
- N. SANJUAN, «Derecho sui géneris sobre bases de datos: análisis sobre la jurisprudencia comunitaria. Caso Fixtures y British Horseracing», *Revista de propiedad intelectual (pe.i.)*, núm. 22, 2006.
- G. SCHRICKER, *Urheberrecht, Kommentar*, 2.^a edición, C.H. Beck, Múnich, 1999.
- S. VON LEWINSKI, «Database Directive», en *European Copyright Law. A Commentary*, Oxford University Press, New York, 2010.

VI. ÍNDICE DE SENTENCIAS CITADAS

Tribunal de Justicia de la Unión Europea

STJUE de 5 de marzo de 2009, *Apis-Hristovich EOOD v. Lakorda AD*, C-545/07.

STJUE de 9 de octubre de 2008, *Directmedia Publishing v. Albert-Ludwigs-Universität Freiburg*, C-304/07.

STJUE de 9 de noviembre de 2004, *Fixtures Marketing Ltd v. Oy Veikkaus Ab*, C-46/02.

STJUE de 9 de noviembre de 2004, *The British Horseracing Ltd y otros v. William Hill Organization Ltd*. C-203/02.

STJUE de 9 de noviembre de 2004, *Fixtures Marketing Ltd v. Svenska Spel AB* C-338/02.

STJUE de 9 de noviembre de 2004, *Fixtures Marketing Ltd v. OPAP*, C-444/02.

España

STS (Sala de lo Civil, Secc. 1.ª), de 18 de diciembre, Sentencia núm. 1204/2008.

STS (Sala de lo Civil, Secc. 1.ª) de 8 de julio de 2008, Sentencia núm. 623/2008.

STS (Sala de lo Civil, Secc. 1.ª), de 30 de enero de 2008, Sentencia núm. 14/2008.

STS (Sala de lo Civil, Secc. Única) de 26 de noviembre de 2003, Sentencia núm. 1125/2003.

STS (Sala de lo Civil) de 17 de octubre de 1997, Sentencia núm. 886/1997.

SAP de Madrid (Secc. 9.ª) de 27 de noviembre de 2006, Sentencia núm. 562/2006.

SAP de Barcelona (Secc. 15.ª) de 23 de junio de 2005, Sentencia núm. 306/2005.

SAP de Madrid (Secc. 14.ª), de 29 de julio de 2005, Sentencia núm. 183/2005.

SAP de Zaragoza (Secc. 2.ª) de 26 de abril de 2005, Sentencia núm. 221/2005.

SAP de Santa Cruz de Tenerife (Secc. 4.ª) de 8 de marzo de 2004, Sentencia núm. 80/2004.

SAP de Pontevedra (Secc. 1.ª) de 6 de octubre de 2003, Sentencia núm. 357/2003.

SAP de Lugo (Secc. 2.ª) de 8 de febrero de 2001, Sentencia núm. 44/2001.

SAP de Alicante (Secc. 5.ª) de 2 de octubre de 2000, Sentencia núm. 795/2000.

SAP de Guipúzcoa (Secc. 2.ª) de 22 de mayo de 2000.

SJMerc. núm. 4 de Madrid de 29 de diciembre de 2009, Sentencia núm. 238/2009.

SJMerc. núm. 2 de Barcelona, de 11 de febrero de 2009, Sentencia núm. 218/2007.

SJPI núm.13 de Madrid, de 24 de julio de 2001, Sentencia núm. 1/2001.

EE UU

West Publishing Co. v. Matthew Bender & Co., 522 US 3732 (1999).

West Publishing Co. v. Hyperlaw Inc., 526 US 1154 (1999).

CCC Information Services v. Maclean Hunter Market Reports, 2nd Cir. (1994).

Feist Publications Inc v. Rural Telephone Service Co, 499 U.S. 340 (1991).

Illinois Bell Telephone Company v. Haines and Co. Inc., 932 F. 2d 610 (1991).

West Publishing Co. v. Mead Data Central Inc., 616 F Supp. 1571 (D. Minn 1985); 799 F 2d 1219 (8th Cir. 1986); 479 US 1070 S.Ct (1987).

Francia

Sentencia del Tribunal de Grande Instance de París de 31 de enero de 2001, *Miller Freeman v. Neptune Verlag*.

Sentencia del Tribunal de Commerce de París de 18 de junio de 1999, en el asunto *France Télécom v. M.A. Editions*.

Alemania

Sentencia del Bundesgerichtshof de 6 de mayo de 1999, *Tele-Info-CD*.

Sentencia del Bundesgerichtshof de 21 de julio de 2005, *Hit Bilanz*.

Sentencia del Bundesgerichtshof de 18 de julio de 2003, *Paper Boy*.

Sentencia de la Oberlandesgericht de Düsseldorf de 29 de junio de 1999, *baumarkt.de*.

Sentencia del Kammergericht de Berlín de 9 de junio de 2000, en el asunto *C.Net*.

Sentencia del Landgericht de Köln de 25 de agosto de 1999, *Kidnet/Babynet*.

Reino Unido

Sentencia de la High Court of Justice, Chancery Division, de 9 de febrero de 2001, *British Horseracing Board v. William Hill Organization*.

Holanda

Sentencia de la Hoge Raad de 22 de marzo de 2002, en el asunto *NVM v. Telegraaf NV*.

Sentencia de la Corte de Distrito de Rotterdam de 22 de agosto de 2000, en el asunto *Algemeen Dagblad a.o. v. Eureka*.