

Centro Regional para el Fomento del Libro en América Latina y el Caribe © CERLALC, 2009
Selección y disposición de las materias y comentarios, Ricardo Antequera Parilli

Fotografía. Originalidad. Marco conceptual.

PAÍS U ORGANIZACIÓN: España

ORGANISMO: Audiencia Provincial de Barcelona

FECHA: 24-1-2008

JURISDICCIÓN: Judicial (Civil)

FUENTE: Texto del fallo a través del Portal del Consejo General del Poder Judicial de España, por <http://www.poderjudicial.es/jurisprudencia>

OTROS DATOS: Recurso 281/2006. Resolución 17/2008.

SUMARIO:

“Los derechos de propiedad intelectual que confiere la obra fotográfica son los propios del derecho de autor, al ser mencionada en el catálogo de creaciones originales literarias, artísticas y científicas ...”.

[...]

“... para que las fotografías realizadas por el actor merezcan la consideración de obra fotográfica sobre la que proyectar los derechos de autor reconocidos en la Ley, es necesario que constituyan creaciones originales, artísticas o científicas, propias del autor”.

[...]

“No es tan importante que el resultado creativo de la fotografía sea enteramente nuevo, como el esfuerzo realizado en la creación y el hecho de que la misma presente la singular impronta personal del autor”.

[...]

“... la fotografía debe considerarse original si constituye una creación intelectual del autor que refleja su personalidad sin que se tome en consideración ningún otro criterio tal como el mérito o la finalidad. Si bien esta originalidad, como hemos apuntado en otras ocasiones, puede resultar tanto de su captación como de su ejecución ...”.

[...]

“El nivel de creatividad exigido requiere en primer lugar que se trate de una composición original. Presupone por supuesto que se trata de una creación, en la medida que responde a la selección de un motivo y el encuadre, pero ello sólo no es suficiente. La creación debe gozar de originalidad, que engloba dos aspectos, uno subjetivo y otro objetivo. Por una parte, en la fotografía debe poder apreciarse la impronta intelectual, afectiva o

emocional de su autor, quien por ello ha de llegar a plasmar en la imagen su propia concepción o comprensión respecto del motivo, lo que no siempre es fácil de advertir. Para ello debemos atender a la composición de la imagen. Y por otra parte, la imagen no debe implicar una representación común o banal del motivo fotografiado, tiene que separarse de la masa de lo conocido [...]. Es esencial que el fotógrafo influya en la configuración final de la imagen, mediante la elección del motivo y su contexto, la iluminación, la oportunidad de captar el motivo en un momento determinado... Pero sin perder de vista que lo realmente importante es que el fotógrafo se sirva de esos elementos para expresar una idea, su concepción sobre el motivo fotografiado, sobre cómo debe representarse”.

COMENTARIO: La fotografía requiere, como singular característica, el uso de un artefacto -la máquina-, que sirve de *"intermediario"* entre el creador y el resultado. Pero esa intermediación no es exclusiva de este género de arte visual, pues también ocurre en la obra cinematográfica y otras producciones audiovisuales, en los programas de ordenador y en las creaciones realizadas con el auxilio de ordenadores. La fotografía y otras formas expresadas por procedimiento análogo, constituyen obras del ingenio en la medida en que guarden los requisitos de las demás producciones protegidas, es decir, una manifestación creativa con características de individualidad. Esa originalidad no radica en el aparato fotográfico (aunque la calidad de la máquina pueda influir en la resolución u otros aspectos técnicos), sino que supone un talento en el fotógrafo que puede residir en el sentido de la oportunidad y/o en su sensibilidad al elegir la distancia, el ángulo, la luz, la ocasión, el enfoque o las figuras, por ejemplo. Y poco importa si el autor es un profesional o un aficionado, o que la fijación se haya tomado con un aparato simple o una máquina altamente sofisticada. © **Ricardo Antequera Parilli, 2009.**

TEXTO COMPLETO:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La parte dispositiva de la sentencia apelada es del tenor siguiente: "Que **ESTIMANDO PARCIALMENTE** la demanda interpuesta por Don Angel Quemada Ruiz, Procurador de los Tribunales y de Don Pedro Jesús y otros, contra **HERMES EDITORA GENERAL, S.A.** representada por el Procurador de los Tribunales Don Jaime Castell Nadal, debo acordar y acuerdo: 1º Declarar que la demandada ha infringido los derechos de propiedad intelectual de los demandantes. 2º Condenar a la demandada a que cese en la reproducción y distribución, sin previa autorización de los autores, de las fotografías que se reseñan en el escrito de demanda y de aquellas otras cuya titularidad corresponda a los demandantes. 3º Condenar a la demandada al pago de 21.369,50 euros. 4º Condenar a la demandada al pago de la cantidad que se determine en ejecución de sentencia por aquellas otras reproducciones ilícitas no constatadas, a calcular con arreglo a los parámetros que se determinan en el

fundamento jurídico cuarto. 5º No hacer especial pronunciamiento en cuanto a las costas procesales".

SEGUNDO.- Contra la referida sentencia interpuso recurso de apelación la representación procesal de los fotógrafos actores, todos menos Donato , que fue admitido a trámite en ambos efectos, elevándose los autos a esta Sala, previo emplazamiento de las partes, y comparecidas las mismas se siguieron los trámites legales. La vista del recurso tuvo lugar el día 18 de octubre de 2007.

TERCERO.- En el presente juicio se han observado y cumplido las prescripciones legales.

Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. IGNACIO SANCHO GARGALLO.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: La sentencia recurrida estima parcialmente la demanda interpuesta por diez fotógrafos profesionales, autores de una serie de fotografías que sin su consentimiento

habrían sido reproducidas por la demandada de forma masiva en numerosos libros por ella editados, bajo dos sellos (Edicions Castellnou y "Almadraba editorial"). La sentencia califica estas fotografías de meras fotografías, a los efectos de reconocerle únicamente la protección prevista en los art. 128 TRLPI, y condena a la demandada, además de a cesar en la reproducción y distribución de esas fotografías, a indemnizar a los actores en la suma de 21.369,50 euros, como consecuencia de valorar en 150 euros cada una de las 244 fotografías reproducidas ilícitamente, así como al pago de la cantidad que se determine en ejecución de sentencia por aquellas otras reproducciones ilícitas no constatadas (a razón de 87,58 euros por fotografía insertada en el interior del libro y 187,69 euros por la incorporada en la portada), todo ello sin condenar en costas a ninguna de las partes.

La sentencia es recurrida en apelación por nueve de los fotógrafos, todos menos Donato, sobre la base de los siguientes motivos: 1º porque la sentencia carece de un apartado de hechos probados, encontrándose los mismos desparramados a lo largo de la fundamentación jurídica; 2º por un error a la hora de interpretar los arts. 10.1h) y 128 TRLPI, al calificar las fotografías de los actores como meras fotografías y no como obras fotográficas; 3º porque incurre en un error en la apreciación de la prueba pericial sobre las fotografías de los actores; 4º por la improcedencia de rebajar las pretensión económica en concepto de explotación ilícita; 5º porque rechaza de forma infundada la pretensión de indemnización del daño moral; y 6º, por un infundado rechazo de la condena en costas.

SEGUNDO: Efectivamente, la sentencia carece de un apartado específico dedicado a los hechos probados. El art. 208.2 LEC impone al Juez el deber de motivar los autos y las sentencias, que necesariamente deben contener "los antecedentes de hecho y los fundamentos de derecho en los que se base la subsiguiente parte dispositiva o fallo". En el artículo siguiente, bajo la rúbrica "Reglas especiales sobre forma y contenido de las sentencias", se especifica con mayor detalle el contenido de cada uno de estos apartados. En relación con los antecedentes de hecho,

dispone que "se consignaran, con la claridad y la concisión posibles y en párrafos separados y numerados, las pretensiones de las partes o interesados, los hechos en los que los funden, que hubieren sido alegados oportunamente y tengan relación con las cuestiones que hayan de resolverse, las pruebas que se hubiesen propuesto y practicado y los hechos probados, en su caso".

Esta mención a los hechos probados, que constituye una novedad en relación a la legislación anterior, no supone que necesariamente deba contenerse en la sentencia una relación de hechos probados.

La Ley de enjuiciamiento prevé la posibilidad de que, por las peculiaridades de la cuestión litigiosa, proceda hacer un pronunciamiento ordenado de los hechos declarados probados, de ahí la apostilla final de "en su caso", que no es siempre que haya hechos controvertidos, sino cuando en atención a lo que es objeto de enjuiciamiento facilite la claridad en la exposición y argumentación. No debe perderse de vista que en el enjuiciamiento civil las cuestiones fácticas están tan ligadas a su valoración jurídica que es difícil separarlas, que ordinariamente resulta más lógico vincular la determinación de los hechos probados con la justificación jurídica de por qué se estiman o desestiman las pretensiones de las partes.

De este modo, la omisión de esta relación de hechos probados no determina la nulidad de la sentencia, porque ni forma parte esencial de la misma (según el art. 208.2 LEC sólo son los antecedentes de hecho, los fundamentos jurídicos y el fallo), ni con su omisión se ocasiona una indefensión a las partes, siempre que en los fundamentos jurídicos aparezca claramente qué hechos se estiman probados.

En realidad, la controversia en este pleito, tal y como ha quedado establecida en esta alzada, se centra fundamentalmente en una interpretación legal en torno a lo que debe entenderse por obra fotográfica y mera fotografía, así como a la valoración de las fotografías reproducidas sin consentimiento de sus autores. Lo que se resuelva al respecto determinará el alcance de la protección de los derechos infringidos.

Y en todo caso, es también objeto de controversia la cuantificación de la indemnización.

TERCERO: Es indudable que la actual Ley establece un sistema de doble protección para las fotografías, según puedan ser calificadas de obras fotográficas o de meras fotografías. Los derechos de propiedad intelectual que confiere la obra fotográfica son los propios del derecho de autor, al ser mencionada en el catálogo de creaciones originales literarias, artísticas y científicas del art. 10.1 TRLPI, en concreto en la letra h). Mientras que la mera fotografía, que se define de forma negativa en contraposición a la obra fotográfica, se configura como un derecho afín, que confiere a su titular los derechos de explotación previstos en los arts. 17 y ss TRLPI (autorizar su reproducción, distribución y comunicación pública), pero con un limitación temporal de 25 años (art. 128 TRLPI).

Hasta ahora hemos venido afirmando que "para que las fotografías realizadas por el actor merezcan la consideración de obra fotográfica sobre la que proyectar los derechos de autor reconocidos en la Ley, es necesario que constituyan creaciones originales, artísticas o científicas, propias del autor. Así se desprende del art. 6.1 de la Ley 27/1995, de 11 de octubre, que traspone la Directiva 93/98/CEE (relativa a la armonización del plazo de protección del derecho de autor y de determinados derechos afines) y del propio art. 10.1 TRLPI, en la medida en que con carácter general se refiere a "creaciones originales" y ello debe predicarse también de las fotografías a las que se refiere en la letra h)". Por ello hemos venido considerando que "cabe hablar de una doble exigencia, originalidad y suficiente altura creativa, para que la fotografía tenga la consideración de obra fotográfica".

Cómo recordábamos recientemente (S de 15 de junio de 2006 RA 99/2005), citando la jurisprudencia de la Sala primera del Tribunal Supremo y otros precedentes de este tribunal, la concurrencia de estos requisitos depende de que el autor incorpore o no a la obra el producto de su inteligencia, un hacer de carácter personalísimo que trasciende de la mera reproducción de la imagen de que se

trate (SSTS de 26 de octubre de 1992 y 29 de marzo de 1996) y de que por ello la obra resulte ser "hija de la inteligencia, ingenio o inventiva del hombre", (STS de 7 de junio de 1995). Debe por lo tanto incorporar una especificidad tal que permita considerarla como una realidad singular (SAP Barcelona Secc. 15ª AC 2000/235). No es tan importante que el resultado creativo de la fotografía sea enteramente nuevo, como el esfuerzo realizado en la creación y el hecho de que la misma presente la singular impronta personal del autor. Tal y como apunta el Considerando 17 de la citada Directiva 93/98/CEE, la fotografía debe considerarse original si constituye una creación intelectual del autor que refleja su personalidad sin que se tome en consideración ningún otro criterio tal como el mérito o la finalidad. Si bien esta originalidad, como hemos apuntado en otras ocasiones, puede resultar tanto de su captación como de su ejecución [SS de 1 de febrero 2005 (RA 344/2002) y 29 de julio de 2005 (RA 70/2004)].

CUARTO: Esta interpretación, que es la misma que realiza la sentencia recurrida, se califica por la parte apelante de incorrecta, a la luz de la finalidad de la Directiva 93/98/CEE del Consejo, de 29 de octubre de 1993, así como del art. 3 CC que impone una interpretación de la norma "de acuerdo con los antecedentes legislativos, con la realidad social del tiempo e que han de ser aplicadas y fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas".

El recurso llama primero la atención de los antecedentes legislativos, y en concreto de la Ley de Propiedad Intelectual de 1879, que introdujo genéricamente la protección de "las obras científicas, literarias o artísticas que pueden darse a la luz por cualquier medio", y del art. 1 del Reglamento que al especificar qué debe entenderse por obras, incluye expresamente "la fotografía". En este marco normativo cita la doctrina de principios de siglo que consideraba que las fotografías de paisajes, de fauna salvaje, y similares, deben ser protegidas como obras autorales, y la Real Orden de 28 de agosto de 1924, enmendada del Registro General de la Propiedad Intelectual, que a instancia de un fotógrafo inscribió como "obra" algunas de sus fotografías de "naturaleza viva".

Para la parte apelante, estos antecedentes ratifican su tesis interpretativa de que la iluminación seleccionada, la propia selección del motivo, su encuadre, y demás elementos a decidir previamente a "disparar" la máquina, como conjunto de decisiones creativas, adaptadas por el fotógrafo, hacen que estas obras sean creaciones estéticas, con la misma calidad "prima facie" y con el mismo derecho a obtener protección legal, que si el autor hubiera pintado un cuadro o hubiera hecho una escultura, por poner como símil otras dos obras plásticas reconocidas en la ley.

Es cierto que, como apunta el recurso, después de estos antecedentes legislativos, tanto la Ley de Propiedad Intelectual de 11 de noviembre de 1987 como el Texto Refundido posterior aprobado por Real Decreto Legislativo de 12 de abril de 1996, pasaron a distinguir entre "obra fotográfica" y "mera fotografía", atribuyendo a esta última como ya hemos expuesto antes la consideración de derecho afín a los de autor.

No niega la apelante que el art. 10 TRLPI exige que la obra fotográfica sea una "creación original", pero considera que del trámite parlamentario de elaboración de la Ley de 1987 puede inferirse que dentro de las creaciones originales se incluía no sólo la fotografía con carácter artístico sino también la fotografía con finalidad documental. Para ello cita lo sucedido con la enmienda 313 del Grupo Parlamentario de Minoría Catalana, que pretendía añadir a la mención del art. 10.h) LPI a "las obras fotográficas y las obtenidas por procedimientos análogos a las fotografías", la apostilla "siempre que tengan carácter artístico o documental", siendo retirada esta enmienda en la Ponencia del Congreso con la justificación de que "su introducción en el texto supondría reiteración de conceptos ya incluidos en el Proyecto".

Para los apelantes, a falta de un criterio legal más claro sobre la distinción entre obra fotográfica y mera fotografía, debe acudir al que proporciona la Directiva comunitaria 93/98/CEE del Consejo de 29 de octubre de 1993, que en su art. 6 señala como características de las obras fotográficas, la originalidad en el sentido de que "... sean

creaciones intelectuales propias del autor..., sin que sea aplicable ningún otro criterio para determinar el derecho de protección de autor". El recurso, después de invocar alguna interpretación doctrinal que concibe este requisito de originalidad de la obra fotográfica como "originalidad subjetiva", pone de relieve la discordancia entre lo traspuesto por el legislador español y lo que debía haberse traspuesto: el art. 6.1ª de la Ley 27/1995 que incorporó la Directiva se refiere a las fotografías que "constituyen creaciones originales, artísticas o científicas, propias del autor", cuando el art. 6 de la Directiva lo hace a "las fotografías que constituyan originales en el sentido de que sean creaciones intelectuales del autor". Sigue argumentado el recurso que bajo la trasposición legal de la Directiva parece que se impone un requisito de originalidad a la fotografía para que pueda ser considerada obra fotográfica, que va más allá de lo previsto por la Directiva, que entiende por obra fotográfica cualquier fotografía no copiada; y la exigencia de este plus o grado de originalidad exigida a la fotografía para considerarla obra fotográfica constituye una discriminación de la fotografía respecto de cualquier otra obra, ya sea artística, literaria o científica, a quienes no se les aplica esta distinción.

Por otra parte, el recurso insiste en que las fotografías de los actores gozan de novedad objetiva, entendida como "estadísticamente único", pues, como a su juicio ha quedado acreditado por la aseveración de los peritos y testigos, "diferentes fotógrafos, teniendo el mismo equipo técnico, la misma luz, etc, no hacen la misma fotografía".

Finalmente, el recurso propone alterar los criterios de distinción entre "obras fotográficas" y "meras fotografías", de forma que dentro de esta segunda categoría tan sólo se incluirían las fotografías realizadas por una máquina automática o sin margen de creatividad.

QUINTO: Los antecedentes legislativos, y en concreto la regulación anterior a la Ley de Propiedad Intelectual de 11 de noviembre de 1987, que protegía "las fotografías" como obras susceptibles de derechos de propiedad intelectual, sin distinguir entre obra fotográfica y meras fotografías, resultan irrelevantes, pues

tanto el tratamiento unificado como el diferenciado constituyen opciones del legislador, de modo que a partir de la Ley de Propiedad Intelectual de 1987 se optó por un tratamiento diferenciado entre "obra fotográfica" y "meras fotografías", que perdura en el actual Texto Refundido de 1996. En consecuencia, debemos partir de la existencia de este tratamiento diferenciado.

La mención a la enmienda 313 del Grupo Parlamentario de Minoría Catalana, que pretendía añadir a la mención del art. 10.h) LPI a "las obras fotográficas y las obtenidas por procedimientos análogos a las fotografías", la apostilla "siempre que tengan carácter artístico o documental", que fue retirada de la ponencia argumentándose que su inclusión supondría una reiteración, tan sólo podría llevarnos a concluir que en la mente de quienes participaron en la deliberación parlamentaria el carácter artístico o documental estaría implícito en la concepción de las "obras fotográficas" a que se refiere el art. 10.h) LPI, tanto en su redacción de 1987 como en la del actual Texto Refundido. En primer lugar no podemos confundir la mens legislatoris con la mens legis, pues una vez aprobado un texto legal este pasa a tener autonomía respecto de quienes intervinieron en el proceso de su elaboración, de modo que para desentrañar lo que quiere decir la Ley, en este caso los preceptos que se refieren a la distinción entre "obras fotográficas" y "meras fotografías", debemos acudir a una interpretación gramatical, lógica, sistemática y finalista, que nos permita conocer su verdadero sentido, no necesariamente coincidente con la idea que en su momento pudieron tener aquellos que intervinieron en su elaboración y/o aprobación.

La referencia al carácter documental no sirve para distinguir entre "obra fotográfica" y "mera fotografía", pues resulta muy difícil negarlo en esta segunda categoría sin vaciarla de contenido, contrariando así el tratamiento diferenciado que sí queda explicitado indudablemente en la Ley.

Y al mismo tiempo, contrariamente a lo que se argumenta en el recurso, el contexto de la normativa comunitaria contempla este tratamiento diferenciado asociando a la obra

fotográfica ese plus de creatividad que el recurso pretende negar.

Los apelantes han insistido mucho en la redacción literal del art. 6 de la Directiva 93/98/CEE, de armonización del plazo de protección del derecho de autor y de determinados derechos afines, que al regular la protección de las fotografías dispone: "Las fotografías que constituyan originales en el sentido de que sean creaciones intelectuales propias del autor serán protegidas con arreglo al artículo 1. No se aplicará ningún otro criterio para determinar su derecho a la protección. Los Estados miembros podrán establecer la protección de las demás fotografías". Esta referencia, contrariamente a lo que argumenta la parte apelante, no supone el reconocimiento del criterio de la originalidad subjetiva -obra realizada por su autor- como único válido para deslindar entre la obra fotográfica y la mera fotografía. No debemos olvidar que esta referencia lo es para aclarar a quiénes se les aplica el art. 1 de la Directiva, cuyo apartado 1 dispone que: "Los derechos de autor sobre obras literarias y artísticas a que se refiere el artículo 2 del Convenio de Berna -que incluye "las obras fotográficas"- se extenderán durante la vida del autor y setenta años después de su muerte, independientemente de la fecha en la que la obra haya sido lícitamente hecha accesible al público". La Directiva presupone y admite que en los Estados de la Unión Europea pueda otorgarse distinto grado de protección a las fotografías, distinguiendo entre las "obras fotográficas" y otras fotografías, de manera que la armonización que pretende del plazo de protección lo es exclusivamente para las "obras fotográficas", pues respecto de las otras lo deja a la regulación que cada Estado quiera establecer. Lógicamente, para asegurar un trato igual en toda la Unión Europea respecto de las "obras fotográficas", es preciso determinar qué fotografías pueden acogerse a esta categoría y por tanto gozar de una protección especial. El art. 6 de la Directiva se refiere a las fotografías que constituyan originales en el sentido de que sean creaciones intelectuales propias del autor. Es cierto que la lectura de este precepto ofrece dudas razonables sobre el alcance de esta originalidad, si es meramente subjetiva, como sostiene la apelante, o si es objetiva como

hemos venido sosteniendo hasta ahora. Pero estas dudas se disipan con la lectura del Considerando 17 de la propia Directiva que, después de resaltar la necesidad de "definir el grado de originalidad requerido en la presente Directiva", se remite para ello al Convenio de Berna al afirmar que "debe considerarse original si constituye una creación intelectual del autor que refleja su personalidad, sin que se tome en consideración ningún otro criterio tal como mérito o finalidad". Esta exigencia de que la fotografía constituya "una creación intelectual del autor que refleje su personalidad", va más allá de una originalidad subjetiva, exigiendo un grado de originalidad objetiva en la obra, que suponga algo más que una mera representación de la realidad.

El tratamiento diferenciado entre las obras fotográficas y las meras fotografías, admitido por la normativa comunitaria, no constituye una discriminación relevante, a los efectos de vulnerar el art. 14 de la Constitución Española, de los fotógrafos respecto de otros autores de obras artísticas, literarias o científicas a quienes se les reconoce la protección plena del derecho de autor respecto de todas sus obras, sin distinguir la calidad de las mismas. Para que exista una discriminación debe haber un tratamiento distinto de dos realidades iguales, "por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social" de las personas afectadas, lo que no ocurre en este caso. Y ello porque el trato diferenciado no responde a ninguna condición o circunstancia personal o social de los fotógrafos, sino a la singularidad de la fotografía respecto de otras "obras", que lleva al legislador, de la misma manera que hace respecto de otras obras, como es el caso del diseño, a exigir un plus para reconocerle la consideración de obra susceptible de ser objeto de derechos de autor, sin que por ello se deje de proteger las restantes fotografías, aunque dicha protección sea menor. Sin entrar a juzgar si el tratamiento diferenciado está más o menos justificado, tan sólo debemos advertir que no es absurdo, pues pretende distinguir según el grado de creatividad de las obras, y en cualquier caso es una opción legislativa, que se mueve dentro de un margen que no conculca el principio constitucional de igualdad. Siendo una cuestión

distinta, la valoración que se haga en cada caso del referido grado mínimo de creatividad exigido por la Ley para poder considerar una fotografía como obra fotográfica.

SEXTO: En una primera aproximación a este tratamiento dual de la fotografía, y con ánimo de aportar algunos elementos que permitan después juzgar el presente caso, podemos partir de que la "obra fotográfica", para serlo, debe gozar de un nivel de originalidad y creatividad, quedando reservada la consideración de "meras fotografías" para aquéllas de carácter fundamentalmente técnico, esto es, como se ha afirmado por la doctrina, imágenes cuya concepción y ejecución no implique un esfuerzo intelectual relevante. En cualquier caso, esta distinción no depende de la condición de profesional del fotógrafo, de modo que las obras de éstos no necesariamente deben tener la consideración de "obras fotográficas", sino que ello será así dependiendo del referido nivel de originalidad y creatividad de cada fotografía, y las fotografías tomadas por un "no profesional", si reúnen ese nivel, también pueden merecer esta consideración de "obras fotográficas". Tampoco es relevante la dificultad, el tiempo invertido en la realización de la fotografía o el especial esfuerzo personal y económico empleado, como tampoco lo es que la fotografía haya sido realizada por encargo o el destino que deba dársele a la misma.

De este modo descartamos también el criterio de distinción sugerido por la parte apelante que por defecto atribuye a todas las fotografías la condición de "obras fotográficas" y reduce la calificación de "meras fotografías" a las realizadas por una máquina automática o sin margen de creatividad.

El nivel de creatividad exigido requiere en primer lugar que se trate de una composición original. Presupone por supuesto que se trata de una creación, en la medida que responde a la selección de un motivo y el encuadre, pero ello sólo no es suficiente. La creación debe gozar de originalidad, que engloba dos aspectos, uno subjetivo y otro objetivo. Por una parte, en la fotografía debe poder apreciarse la impronta intelectual, afectiva o emocional de su autor, quien por ello ha de llegar a plasmar en

la imagen su propia concepción o comprensión respecto del motivo, lo que no siempre es fácil de advertir. Para ello debemos atender a la composición de la imagen. Y por otra parte, la imagen no debe implicar una representación común o banal del motivo fotografiado, tiene que separarse de la masa de lo conocido, especialmente en el caso presente en que las fotografías objeto de enjuiciamiento son imágenes de la naturaleza. En estos casos ni la mera captación de la imagen del mundo exterior puede monopolizarse ni el empleo de medios técnico más o menos sofisticados (lentes y/o filtros especiales...) o con mayor o menor destreza. Es esencial que el fotógrafo influya en la configuración final de la imagen, mediante la elección del motivo y su contexto, la iluminación, la oportunidad de captar el motivo en un momento determinado... Pero sin perder de vista que lo realmente importante es que el fotógrafo se sirva de esos elementos para expresar una idea, su concepción sobre el motivo fotografiado, sobre cómo debe representarse.

En casos como el presente en que las fotografías que han sido copiadas sin autorización de sus autores son imágenes del mundo público, la originalidad no responderá tanto a la elección del motivo, que en la mayoría de los casos ya está anticipado, como a que se trate de una composición novedosa. De modo que si la captación tan sólo logra captar la imagen fiel y exacta de lo fotografiado, nos encontraremos ante unas "meras fotografías".

SÉPTIMO: Para juzgar, en concreto, sobre las fotografías que han sido objeto de reproducción sin autorización de los fotógrafos demandantes, por parte de la demandada, la actora aportó un informe pericial emitido por Fidel (documento nº 10 de la demanda).

El informe clasifica las fotografías reproducidas en seis categorías o grupos, por razón de la temática de las imágenes: a) animales, b) paisajes naturales; c) paisajes urbanos; d) actividades agrícolas e industriales; e) fósiles, minerales y documentos museísticos; y f) no catalogable.

Al analizar dos de las fotografías de animales, en concreto las denominadas "Insecto" (I 007) y "Buitres" (B 001), el perito resalta la dificultad que entraña su realización, por el largo periodo previo de observación, la brevedad de los momentos en que el fotógrafo debe captar la acción y la gran capacidad que se precisa para componer con rapidez y saber prever el comportamiento animal. Todo ello lo que denota es un gran dominio de la técnica fotográfica, además de facultades o capacidades de observación y agilidad, que indudablemente son muy meritorias, pero no justifican por sí la impronta personal del autor en la imagen, que es lo que justificaría su consideración como "obras fotográficas".

En relación con los paisajes naturales, el perito resalta, con carácter general sobre este género de fotografías, que para su realización el autor debe en primer lugar identificar la esencia del paisaje, para captar lo más atractivo, además de utilizar adecuadamente la luz. De todas ellas, analiza en particular la fotografía "Encantats" (F 001), para advertir que el encuadre y el uso del teleobjetivo de larga distancia evidencian el carácter artístico de esta fotografía. También señala el perito que la luz en estas altitudes, así como el cielo muy claro ofrecen una dificultad notable para la obtención de la fotografía, concluyendo que ello demuestra que la fotografía está tomada por un especialista, con un equipo fotográfico excelente y bien utilizado. Todas estas consideraciones se mueven también en el plano de las dificultades para la obtención de estas fotografías, qué técnica debe dominar el autor para su realización y qué capacidades debe poseer, lo que permite apreciar su correcta ejecución y su valor técnico, pero nada de ello explica por sí solo que las fotografías necesariamente contengan una impronta especial de su autor.

En cuanto a los paisajes urbanos, el perito afirma que requieren del fotógrafo que pretende captar la imagen una mirada distinta, que permita seleccionar las sensaciones que se perciben para simplificar la imagen. Insiste en que los paisajes urbanos se basan en el arte personal del fotógrafo y su punto de vista sociológico. Luego, en concreto, analiza la fotografía "Estació de França" (C 001), de la

que destaca "el encuadre y la luz, a pesar de la contraluz reinante en la estación, el filtraje de las luces artificiales y las de ambiente para evitar dominantes de color y el tipo de película a utilizar". Y alaba la profesionalidad y pericia del fotógrafo en la captación del contenido informativo del panel, siendo para él un ejemplo de la fotografía difícil que parecería fácil. Hay algunas apreciaciones que claramente se mueven en el plano técnico, respecto de las que podemos afirmar lo mismo que hemos dicho para las anteriores fotografías. Sin negar que respecto de estas imágenes que captan la realidad el autor pueda llegar a impregnar en ellas supersonalidad, transmitiendo una mirada y una determinada sensación o impresión subjetiva advertida al realizar la fotografía, ello no es la regla general, por lo que debe ponerse en evidencia en cada caso. Y en el presente, en la fotografía analizada en particular, resalta el dominio de la técnica a la que hace referencia el perito, que permite reconocer el contenido informativo del panel de la estación, pero no se advierte en ella ninguna sensación o percepción subjetiva que el autor haya querido transmitir, más allá de la reproducción fidedigna de la imagen captada.

Por lo que respecta a las fotografías sobre fósiles, minerales y documentos museísticos, el perito resalta la necesidad de emplear los aparatos fotográficos más sofisticados y el conocimiento técnico más elevado del fotógrafo, quien debe ser además paciente y meticuloso. Apreciaciones todas ellas que se hacen para resaltar que sólo así se consigue el resultado, que debe ser "un perfecto retrato científico". Es quizás uno de los ámbitos en los que de forma más clara se aprecia que ello por sí solo no justifica la calificación de estas fotografías como "obras fotográficas" pues, aunque precisen de una técnica especial y de medios extraordinarios, no dejan de ser "perfectos retratos" de la realidad, en los que ordinariamente queda al margen la referida impronta subjetiva del autor. La fotografía analizada en particular es "Guix" (J 021), y en ella el perito resalta la especial iluminación empleada, hecha con fibra óptica, y el procedimiento empleado (sofisticado y costoso), que denotan haber sido hecha por un profesional en mineralogía y macrofotografía.

Siendo todo ello cierto, el resultado puede ser perfecto en relación al objetivo perseguido, que es la representación exacta y nítida del objeto fotografiado, pero en ello, además de la gran capacitación técnica, en todos los sentidos, de su autor, no se observa que haya quedado impregnada ninguna impronta personal que permita apreciar una originalidad, en el sentido antes expuesto.

Finalmente, y por lo que respecta a las actividades agrícolas e industriales, el perito formula observaciones similares a las fotografías de paisajes, resaltando como elementos para su valoración: el interés real del motivo, la luz, la composición de la imagen y la perspectiva que proporcionará las distintas distancias focales de los objetivos. Si bien ello puede en algunos casos ser el cauce para que el autor transmita a través de la imagen esa percepción subjetiva o sensación que refleja su personalidad, no necesariamente será así, y en cualquier caso debe justificarse caso por caso. En el analizado por el perito, que es "Plataforma Perolífera" (D 001), se resalta la dificultad para su captación, pues ha exigido una cámara de formato 6x7 cm., profesional por excelencia, así como que es una toma aérea, desde un helicóptero, lo que exige además de adoptar una posición difícil, con medio cuerpo fuera del helicóptero, hacer un buen encuadre y valorar también muy bien la luz. Todo ello, junto con la elección del momento y la velocidad de tiempo de exposición, pone en evidencia la dificultad para captar la imagen y la profesionalidad de su autor, lo que siendo muy meritorio no aporta por sí originalidad a la fotografía, para poder calificarla de obra fotográfica.

Aunque el referido perito, haciendo una valoración global de todas las fotografías, y no particular de cada una de ellas, concluye que todas reflejan la personalidad o el lenguaje personal de su respectivo autor, se hacen unas afirmaciones que no quedan acreditadas en cada caso, ni contradicen las apreciaciones antes realizadas. Es cierto que, como afirma el perito, la composición de las imágenes, conjugando todos los elementos geométricos, colores y texturas, en la medida en que puedan proporcionar armonía, la iluminación, la diafragmentación con la cámara, la velocidad

de captación de la imagen, el contraste, y otros elementos constituyen el lenguaje por el cual el fotógrafo puede dejar su "impronta" personal en la imagen, siendo además imprescindible el empleo adecuado de los medios técnicos. Pero se echa en falta un análisis detallado de las fotografías objeto de enjuiciamiento en las que se ilustre cómo se puede apreciar en cada una de ellas esa impronta personal, más allá de las apreciaciones antes comentadas de seis fotografías, que como hemos visto resultan insuficientes y han quedado contradichas por lo ya argumentado, y también por las apreciaciones de los otros dos peritos (los señores Jose Manuel y Luis Andrés), que aunque no sean fotógrafos, son profesores de Historia del Arte (ff. 310-331).

Por otra parte, resulta muy significativo que las obras reproducidas en los manuales y libros de referencia de la demandada, por cómo aparecen y qué pretenden ilustrar, muestran que no lo han sido en atención a la singular percepción subjetiva de aquella realidad que captan, sino exclusivamente al motivo fotografiado, que por venir referido o estar relacionado con lo que se expone en el texto, lo acompaña e ilustra. Y también es significativo el lugar de donde han sido extraídas las imágenes, en su mayoría de obras de referencia como "la Historia natural dels països catalans", en donde aparecían para ilustrar los motivos sobre los que se hablaba en el texto, y no por el carácter artístico de estas fotografías.

OCTAVO: Los actores, en su demanda, interesaron la indemnización de los daños y perjuicios sufridos por la reproducción de sus fotografías sin autorización, acogiéndose a una de las opciones del art. 140 TRLPI , en la redacción vigente al tiempo de presentarse la demanda, en concreto optaron por la remuneración que hubieran percibido de haber autorizado las explotación. La demanda, respecto de las 244 infracciones detectadas, calculó la indemnización a razón de 150 euros por reproducción. Y sin embargo, respecto de aquellas reproducciones que se detectaran posteriormente, solicitaba que la condena fuera aplicando como tarifas las de la agencia fotográfica AGE FOTOSTOCK (ff. 546 y 567), que serían 87,58 euros por fotografía insertada

en el interior y 187,69 euros por las que aparezcan en portada.

Ante este tratamiento injustificado, y partiendo de que el importe de 150 euros por reproducción no se justifica, mientras que los importes de 87,58 euros por fotografía insertada en el interior y 187,69 euros por las que aparezcan en portada se extraen de un agencia fotográfica, el Magistrado de lo Mercantil optó por unificar y reconocer en todo caso, tanto respecto de las reproducciones ya detectadas como las que se pudieran detectar más adelante, en ejecución de sentencia, el mismo precio, que es el único respecto del que gozamos de un parámetro objetivo: 87,58 euros por fotografía insertada en el interior y 187,69 euros por las que aparezcan en portada.

En el recurso de apelación, los apelantes justifican el precio de 150 euros por reproducción en atención a los siguientes medios de prueba: en primer lugar, las facturas emitidas por los propios fotógrafos, que no pueden ser tenidas en consideración porque son documentos elaborados unilateralmente por los actores y para preconstituir una prueba; en segundo lugar, otras facturas de estos mismos fotógrafos respecto de otras autorizaciones (documentos 17 a 34 de la demanda), que sí constituyen medio de prueba suficiente, y que avalan que el precio medio sería el solicitado, 150 euros; en tercer lugar, la testifical de la Sra. Laura , el Sr. Gustavo , el Sr. Mariano y la Sra. Silvia , que ratificarían lo anterior. A la Sala le parece relevante que las facturas emitidas en otras ocasiones para autorizar la reproducción de las obras de los actores se sitúan alrededor de los 150 euros por reproducción, que vendría a ser el precio medio.

En consecuencia, y respecto de las reproducciones conocidas de fotografías de los nueve fotógrafos apelantes, todos menos Donato , la indemnización deberá calcularse a razón de 150 euros por reproducción, que aplicadas a las reproducciones ya detectadas y reconocidas, enumeradas en la demanda, darían lugar a las siguientes indemnizaciones:

A Pedro Jesús: 1.200 euros

A Aurelio: 450 euros
A Gregorio: 600 euros
A Juan: 600 euros
A Rodolfo: 450 euros
A Jose Miguel, 300 euros
A Luis Enrique: 600 euros
A Ángel Jesús: 450 euros
Y a Braulio: 7.650 euros

El resto de los pronunciamientos indemnizatorios permanecen en la forma establecida en la sentencia de primera instancia.

NOVENO: La demanda contenía una reclamación de indemnización de daños y perjuicios por daño moral, que se fundaba en la dolosa omisión de la autoría de las fotografías reproducidas por los demandados y en la manipulación de las obras. Como quiera que la indemnización por este concepto presupone el reconocimiento a los fotógrafos actores por dichas fotografías de un derecho moral de autor, que en principio solo corresponde a las obras fotográficas, que son las únicas que gozan de los plenos derechos de autor (art. 10 h TRLPI), y hemos concluido que estas fotografías no gozan de aquella consideración sino de "meras fotografías", es correcta la decisión del Juez Mercantil de no estimar la pretensión de indemnización del daño moral reclamado.

DÉCIMO: En la medida en que las pretensiones de los actores han sido estimadas parcialmente, pues no se les ha reconocido la calificación de sus fotografías como "obras

fotográficas", negándoseles la protección propia de los derechos de autor, es correcta la decisión del Magistrado de lo Mercantil de no hacer expresa condena en costas de la primera instancia.

Por lo que respecta a las costas de esta segunda instancia, como ha sido estimado parcialmente el recurso, no procede hacer expresa condena en costas (art. 398.2 LEC).

FALLAMOS

ESTIMAMOS parcialmente el recurso interpuesto por la representación de Pedro Jesús, Aurelio, Donato, Gregorio, Juan, Rodolfo, Jose Miguel, Luis Enrique, Ángel Jesús y Braulio, contra la sentencia del Juzgado Mercantil nº 2 de Barcelona, de 9 de enero de 2006, cuyo fallo consta transcrito en el hecho primero; que confirmamos con la única salvedad de que respecto de las reproducciones detectadas cuya autoría corresponde a los nueve actores apelantes, la indemnización que los demandados deben abonar será la prevista en el fundamento jurídico octavo. Todo ello sin hacer expresa condena en costas de esta alzada.

Firme que sea esta resolución, devuélvanse los autos originales al Juzgado de su procedencia, con testimonio de la misma para su cumplimiento.

Así por ésta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación al rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.