

Centro Regional para el Fomento del Libro en América Latina y el Caribe © CERLALC, 2010
Selección y disposición de las materias y comentarios, Ricardo Antequera Parilli

Fotografía. Originalidad. Obra fotográfica. Mera fotografía.

PAÍS U ORGANIZACIÓN: España

ORGANISMO: Audiencia Provincial de Alicante, Sección 8ª

FECHA: 19-6-2006

JURISDICCIÓN: Judicial (Civil)

FUENTE: Texto del fallo a través del Centro de Documentación Judicial (CENDOJ) del Consejo General del Poder Judicial de España, en <http://www.poderjudicial.es/jurisprudencia>. Actualización: 20-10-2010.

OTROS DATOS: Recurso 118/2006. Sentencia 236/2006.

SUMARIO:

“La demanda sustenta su pretensión en la reproducción incontestada por el demandado de dos fotografías (de un Ecce-homo y de la Virgen de los Dolores) que afirma el actor, son de su propiedad y que entiende, se trata de una reproducción (en carteles y carátulas para vídeos) que suponen una vulneración de los derechos que el actor, como autor de dichas fotografías, tiene sobre lo que califica, son obras fotográficas, vulnerándose además el derecho moral de autor ...”.

[...]

“... el vigente Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual ..., distingue entre obras fotográficas ... y meras fotografías ..., atribuyendo a éstas la consideración de derecho afín, con menor duración y sin reconocimiento de derechos morales, sino sólo los económicos ..., de modo tal que resulta imprescindible a la hora de efectuar una valoración económica por un uso incontestado de la fotografía, definirla o de auténtica «obra fotográfica» o de «mera fotografía», a sabiendas que la Ley no ofrece elementos que permitan la distinción de las meras fotografías a la obra fotográfica ...”.

[...]

“... el Tribunal Supremo, ... y con carácter general para distinguir las obras susceptibles de propiedad intelectual de otras creaciones señaló que «está claro que las Leyes sobre propiedad intelectual se refieren sólo a «obras» que sean resultado de una «creación» individualizada y personalizada, con una «paternidad» en concepto de «autor». No significa que todo lo reproducido por las artes gráficas, es decir, todos los «productos» de esta industria se conviertan automáticamente en «obras» de literatura, arte o ciencia. Esta distinción entre simples «productos» de la industria y «obras» de creación literaria, artística o científica vale igualmente para la pintura o para el labrado de la piedra y otros materiales o para su moldeo tridimensional, etc.», y se destacaba que sólo merece protección lo que es producto de la inteligencia”.

“Más específicamente, en el ámbito que ahora nos ocupa el Tribunal Supremo ..., negó a una fotografía efectuada por un profesional a una modelo, que lo contrató para la confección de su «book» el carácter artístico de la reproducción fotográfica, que los usos sociales y la Ley solo estiman concurrente cuando el fotógrafo incorpora a la obra el producto de su inteligencia, un hacer de carácter personalísimo que trasciende de la mera reproducción de la imagen de una persona bella, porque entonces el deleite que produzca la contemplación procede de ésta, pero no de la fotografía en sí”.

“En el caso que nos ocupa, no parece que existan motivos que individualicen las fotografías al extremo de merecer la calificación de originales, de artísticas, en suma, de «obra fotográfica», ya que no se aprecia en ellas ningún elemento diferenciador de las que cualquier fotógrafo no profesional pudiera hacer”.

“La simple perfección técnica, de encuadre, luz, pose y contraste, no resulta en absoluto suficiente. Las fotografías son «planas», esto es, no aportan más que el retrato de unas figuras tal cual son, sin incorporar elemento alguno que las originalicen respecto de cualesquiera otras que de dichos rostros pudieran hacerse. En conclusión, pueden ser perfectas desde un punto de vista técnico - que no discutimos-, pero en absoluto poseen el plus de originalidad que las eleven a la categoría de artísticas ...”

COMENTARIO: Como en el caso de las demás obras literarias o artísticas, las fotografías están protegidas por el derecho de autor siempre que ostenten la característica de la originalidad y, por tanto, reflejen la personalidad de su autor y no la simple habilidad manual o técnica en su ejecución, cuestión de hecho que debe resolverse en cada caso. Sin embargo, tomando en cuenta que muchas fotografías, a pesar de estar ayunas de originalidad pueden tener un valor informativo, publicitario, etc., y por ello susceptibles de explotación por parte de terceros, muchas legislaciones reconocen una protección “*sui generis*”, como una suerte de derecho “*afín*” al derecho de autor, a las fotografías no creativas, conocidas también como “*meras fotografías*”. Conforme a esa tutela particular, el fotógrafo de la fijación no original ostenta solamente derechos patrimoniales exclusivos sobre su fijación visual (aunque casi siempre por un plazo de protección inferior al concedido por el derecho de autor a las fotografías originales), pero al no haber obra carece de derechos de orden moral. Al existir ese régimen diferenciado, la jurisprudencia en esos países ha sido especialmente rigurosa al momento de apreciar la originalidad de las fotografías, a los efectos de ubicar tu tutela por uno de los dos derechos. Por el contrario, cuando solamente se protegen cuando tienen originalidad, la jurisprudencia ha sido más permisiva, partiendo del principio por el cual la originalidad se presume y quien la niegue debe probarla. © **Ricardo Antequera Parilli, 2010.**

TEXTO COMPLETO:

La Sección Octava de la Audiencia Provincial de Alicante, integrada por los Iltmos. Sres. Expresados al margen, ha visto los autos de Juicio Ordinario sobre reclamación de cantidad, seguidos en instancia ante el Juzgado de Instrucción (antiguo mixto nº 2) número dos de Torrevieja con el número 226/01, y de los que conoce en grado de apelación en virtud del recurso entablado por la parte actora, D. Carlos José, representado ante este Tribunal por el Procurador D^a. Pilar Follana Murcia y dirigido

por el Letrado D^a. Rosario Andreu Gómez; y como parte apelada la parte demandada, D. Juan Antonio, representado ante este Tribunal por el Procurador D^a. Pilar Fuentes Tomás y dirigida por el Letrado D^a. Estefanía Capdepón González, que ha presentado escrito de oposición.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado de Instrucción num. dos de Torrevieja, en los referidos autos tramitados con el núm. 226/01, se dictó

sentencia con fecha 9 de septiembre de 2005, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "Que estimando como estimo la excepción de falta de legitimación activa formulada por el Procurador D^a. Araceli Devesa Partera en nombre y representación de D. Juan Antonio, debo absolver y absuelvo a la parte demandada de las pretensiones contenidas en la demanda formulada por el Procurador D. Francisco Javier Maseres Sánchez en nombre y representación de D. Carlos José, sin entrar a conocer de la cuestión de fondo y ello con expresa imposición de las costas a la parte actora."

SEGUNDO.- Contra dicha Sentencia se preparó recurso de apelación por la parte arriba referenciada; y tras tenerlo por preparado, presentó el escrito de interposición del recurso, del que se dio traslado a las demás partes, presentando una apelada el correspondiente escrito de oposición. Seguidamente, tras emplazar a las partes, se elevaron con fecha 23 de marzo de 2006 los autos a este Tribunal donde fue formado el Rollo número 118/M-38/06, en el que, tras resolverse positivamente para el apelante-proponente sobre la propuesta de prueba testifical, se señaló para su práctica el día 14 de junio de 2006, en el que tuvo lugar, quedando los autos en tal fecha vistos para Sentencia.

TERCERO.- En la tramitación de esta instancia, en el presente proceso, se han observado las normas y formalidades legales.

VISTO, siendo Ponente el Il^{mo} Sr. D. Luis Antonio Soler Pascual.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La demanda sustenta su pretensión en la reproducción in consentida por el demandado de dos fotografías (de un Ecce-homo y de la Virgen de los Dolores) que afirma el actor, son de su propiedad y que entiende, se trata de una reproducción (en carteles y carátulas para vídeos) que suponen una vulneración de los derechos que el actor, como autor de dichas fotografías, tiene sobre lo que califica, son obras fotográficas, vulnerándose además el derecho moral de autor que le corresponde conforme al artículo 14 del Texto

Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, reclamando la suma de ochocientas mil pesetas, pretensión a la que se opone el demandado alegando resumidamente que no consta la titularidad de dichas fotografías (alega falta de legitimación activa), esto es, que hayan sido realizadas por el actor tal y como él afirma y, en segundo lugar, que en todo caso se trata de "meras fotografías" y no de una obra artística dado que le falta la originalidad y singularidad requerida por el artículo 10 del TRLPI, calificando subsidiariamente de desproporcionada la cantidad económica solicitada.

La Sentencia de instancia, acogiendo la falta de legitimación (ad causam) en el entendimiento que de la prueba practicada no queda probada la autoría de las fotografías en cuestión, absuelve al demandado, cuestión que es la primera sobre la que entiende este Tribunal debe de pronunciarse ya que constituye sin duda, el antecedente fáctico necesario para cualquier otra cuestión sobre la que deba motivarse para la decisión final.

Pues bien, la prueba practicada ante esta alzada ha despejado toda duda sobre la autoría. Es cierto que en el libreto correspondiente a la Semana Santa de Rojales del año 2001 -doc. nº 1 demanda-, se hace constar en su ficha técnica que las fotografías son de "Fotos Aráez", del "Archivo Junta Mayor" y de "Archivos particulares y Museo", sin diferenciar titularidades, esto es, sin atribución individualizada de la fotografía de la portada (del Ecce-Homo) y de la contraportada (de la Virgen de los Dolores) a uno u otro de los mencionado en dicha ficha. Ahora bien, no sólo tampoco resulta tal mención excluyente de dicha titularidad, todo lo contrario, establece un primer punto de conexión, sino que en todo caso, tal conexión se confirma de manera indubitada a través del contenido de las declaraciones de los testigos que han venido a declarar ante este Tribunal, y que han puesto de relieve que en la fecha de realización de las fotografías (ambos testigos recuerdan que lo fueron en 1999), no había en Rojales otro fotógrafo que Carlos José y que fue a él a quien le compraron las fotografías publicadas en la portada y contraportada del libreto de la Semana Santa.

Procede por tanto desestimar la excepción que en su momento propone el demandado y analizar, a partir de la valoración de las fotografías, los derechos económicos que por el uso in consentido que de dichas fotografías hizo el demandado.

SEGUNDO.- Según los arts. 1 y 2 del TRLPI, corresponde al autor por el solo hecho de su creación y está integrada por derechos de carácter personal y patrimonial que atribuyen al autor la plena disposición y el derecho exclusivo a la explotación de la obra sin más limitaciones que las establecidas en la ley. Los derechos de carácter personal son los denominados derechos morales a que se contrae el art. 14, que antes se apuntaba, se califican de inalienables e irrenunciables. Los derechos de carácter patrimonial comprenden los derechos de explotación y de remuneración y se refieren a ellos los arts. 17 y ss. de la Ley.

Ahora bien, el vigente Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual aprobado por Real Decreto Legislativo de 12 de abril de 1996, al igual que la Ley de Propiedad Intelectual de 11 de noviembre de 1987, distingue entre obras fotográficas (art 14) y meras fotografías (art 128), atribuyendo a éstas la consideración de derecho afín, con menor duración y sin reconocimiento de derechos morales, sino sólo los económicos a que se refieren los artículos 18 (reproducción), 19 (distribución) y 20 (comunicación pública), de modo tal que resulta imprescindible a la hora de efectuar una valoración económica por un uso in consentido de la fotografía, definirla o de auténtica "obra fotográfica" o de "mera fotografía", a sabiendas que la Ley no ofrece elementos que permitan la distinción de las meras fotografías a la obra fotográfica entendida como obra que goza de originalidad en los términos del artículo 10 del TRLPI.

Como criterio orientativo, la Directiva 93/98/CEE del Consejo, de 29 de octubre de 1993, relativa a la armonización del plazo de protección del derecho de autor y de determinados derechos afines, en su artículo 6 señala como característica 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 del autor. El considerando 17 de la Directiva aclara que debe precisarse el grado de originalidad requerido para que una fotografía merezca la consideración de obra y a estos efectos "...una obra fotográfica con arreglo al Convenio de Berna 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".

Por otra parte, el Tribunal Supremo, en sentencia de 7 de junio de 1995 y con carácter general para distinguir las obras susceptibles de propiedad intelectual de otras creaciones señaló que "está claro que las Leyes sobre propiedad intelectual se refieren sólo a "obras" que sean resultado de una "creación" individualizada y personalizada, con una "paternidad" en concepto de "autor". No significa que todo lo reproducido por las artes gráficas, es decir, todos los "productos" de esta industria se conviertan automáticamente en "obras" de literatura, arte o ciencia. Esta distinción entre simples "productos" de la industria y "obras" de creación literaria, artística o científica vale igualmente para la pintura o para el labrado de la piedra y otros materiales o para su moldeado tridimensional, etc. ", y se destacaba que sólo merece protección lo que es producto de la inteligencia".

Más específicamente, en el ámbito que ahora nos ocupa el Tribunal Supremo en la sentencia de 29 de marzo de 1996, negó a una fotografía efectuada por un profesional a una modelo, que lo contrató para la confección de su "book" "el carácter artístico de la reproducción fotográfica, que los usos sociales y la Ley solo estiman concurrente cuando el fotógrafo incorpora a la obra el producto de su inteligencia, un hacer de carácter personalísimo que trasciende de la mera reproducción de la imagen de una persona bella, porque entonces el deleite que produzca la contemplación procede de ésta, pero no de la fotografía en sí".

En el caso que nos ocupa, no parece que existan motivos que individualicen las fotografías al extremo de merecer la calificación de originales, de artísticas, en

suma, de "obra fotográfica", ya que no se aprecia en ellas ningún elemento diferenciador de las que cualquier fotógrafo no profesional pudiera hacer.

La simple perfección técnica, de encuadre, luz, pose y contraste, no resulta en absoluto suficiente. Las fotografías son "planas", esto es, no aportan más que el retrato de unas figuras tal cual son, sin incorporar elemento alguno que las originalicen respecto de cualesquiera otras que de dichos rostros pudieran hacerse. En conclusión, pueden ser perfectas desde un punto de vista técnico - que no discutimos-, pero en absoluto poseen el plus de originalidad que las eleven a la categoría de artísticas en los términos del artículo 10-1 TRLPI.

TERCERO.- Sólo cabe por tanto definir los derechos económicos que el uso por parte del demandado, sin autorización, le puede generar al autor de las fotografías.

Ya hemos dicho que tales derechos sólo pueden ser los que deriven de determinados derechos de explotación, y en concreto, por reproducción, distribución y comunicación pública sin autorización, que parece obvio, no tuvo en ningún momento el demandado. Así resulta de la declaración de los testigos, no se contradice además a lo largo del proceso probatorio por el demandado, y desde luego no puede afirmarse que carezca de ellos su autor por más que en su momento las vendiera a la Cofradía ya que no consta en modo alguno que hiciera cesión de sus derechos más allá del uso que de las mismas se hizo en el libreto o, en todo caso, más allá de una simple cesión de uso. Dicho de otro modo, no consta que cediera el actor sus derechos sobre las fotografías de manera extensiva y para todos aquellos eran susceptibles de ser cedidos, lo que desde luego no se puede presumir, al punto que el TRLPI -art 45 -requiere de formalización escrita, señalando el artículo 43-1 que los derechos de explotación de la obra transmitida por actos inter-vivos, queda limitada a cesión del derecho derechos concretamente cedidos, a las modalidades de explotación expresamente previstas y por el tiempo y ámbito territorial que se determinen, estableciéndose en el párrafo segundo de ese

precepto las presunciones en defecto de pacto expreso.

En definitiva, el hecho de que se trate de fotografías, sean o no de encargo, no atribuye al comitente derecho de propiedad intelectual alguno sobre la obra, sin perjuicio de la adquisición de los ejemplares de las fotografías acordados, pero los derechos patrimoniales (y morales en su caso) corresponden al fotógrafo, al actor, exigiendo el correspondiente acuerdo la cesión de los derechos de explotación que, repetimos, no consta.

En efecto, los testigos no dicen nada distinto a que las compraron, lo que supone simple y llanamente, la cesión de las fotografías en sus soportes materiales (*corpus mechanicum*) para su comunicación por parte del comprador, pero en absoluto que se cedieran los restantes derechos de explotación, ni desde luego, respecto de terceros que además, afirman los adquirentes, nunca autorizaron.

En consecuencia, la conducta del demandado, realizando y comunicando en lugares públicos carteles publicitarios con la fotografía, como elemento preponderante del cartel, del "Ecce-Homo" y el uso de esta fotografía y la de la Virgen de los Dolores en las carátulas de un vídeo, supone, primero, una actividad ilícita que debe cesar en los términos del artículo 139 TRLPI y, en segundo lugar, la infracción de los derechos de explotación que corresponden al autor de las fotografías, único titular de los derechos de explotación de las mismas, que tiene por tanto, derecho a ser compensado económicamente, compensación que entendemos, debe fijarse en 400 euros atendido tanto lo escaso de la comunicación pública, esto es, de la trascendencia pública alcanzada con lo escaso de las publicaciones, como el precio fijado en su día por la venta a la Cofradía, que señala uno de los testigos, apenas superó los 100 euros, lo que nos permite advertir, siguiendo el criterio del art 140 TRLPI, que difícilmente, la autorización del actor al demandado para la explotación llevada a cabo por éste, hubiera superado la cifra que hemos fijado. Cantidad que devengará, desde la fecha de la interpelación judicial, los correspondientes intereses legales -art 1108 CC y 576 LEC -.

CUARTO.- En cuanto a las costas procesales de la primera instancia, y habiéndose estimado el recurso de apelación, no cabe imponerlas a la parte apelante conforme con lo dispuesto en los artículos 398 en relación al 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Resultando procedente, dado que la estimación del recurso de apelación ha supuesto la estimación parcial de la demanda, declara que en cuanto a las costas de la primera instancia, cada parte abone las causadas a su instancia y las comunes por mitad conforme al artículo 394 LEC.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el Pueblo Español.

FALLAMOS

Que estimando el recurso de apelación deducido por la representación que ostenta el Procurador D^a. María Pilar Follana Murcia de D. Carlos José, contra la sentencia dictada por el Juzgado de Instrucción número dos de los de Torre Vieja de fecha 9 de septiembre de 2005, debemos revocar y revocamos dicha resolución y en su virtud condenamos al demandado, en primer lugar, a cesar en su

actividad ilícita, procediendo a la retirada de los lugares de comunicación pública y del mercado los ejemplares ilícitos que quedaran y a su destrucción, prohibiendo al demandado reanudar esta actividad la explotación señalada y, en segundo lugar, a indemnizar al actor en la cuantía de cuatrocientos euros (400 €), cantidad que devengará intereses legales desde la fecha de la interposición judicial; en cuanto a las costas de la primera instancia, cada parte abonará las causadas a su instancia y las comunes por mitad. Y sin declaración de las costas procesales de esta alzada.

Notifíquese esta Sentencia en forma legal y, en su momento, devuélvanse los autos originales al Juzgado de procedencia, de los que se servirá acusar recibo, acompañados de certificación literal de la presente resolución a los oportunos efectos de ejecución de lo acordado, uniéndose otra al Rollo de apelación.

Así, por esta nuestra Sentencia definitiva que, fallando en grado de apelación, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- En el mismo día ha sido leída y publicada la anterior resolución por el Ilmo. Sr. Ponente que la suscribe, hallándose la Sala celebrando Audiencia Pública. Doy fe.-