

Centro Regional para el Fomento del Libro en América Latina y el Caribe © CERLALC, 2013  
Selección y disposición de las materias y comentarios, Ricardo Antequera Parilli

## Obra fotográfica. Originalidad. Distinción con las meras fotografías.

**PAÍS U ORGANIZACIÓN:** España

**ORGANISMO:** Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª

**FECHA:** 5-4-2011

**JURISDICCIÓN:** Judicial (Civil)

**FUENTE:** Centro de Documentación Judicial (CENDOJ) del Consejo General del Poder Judicial de España, en <http://www.poderjudicial.es/jurisprudencia>. Id Cendoj: 28079110012011100239. Actualización: 20-6-2013.

**OTROS DATOS:** Recurso 566/2007. Sentencia 214/2011.

### SUMARIO:

*“El tema básico en casación se centra en la naturaleza de las fotografías en la perspectiva de la Ley de Propiedad Intelectual, pues aunque en todo caso tiene protección en dicha Ley, sin embargo es más intensa y extensa cuando se trata de obras fotográficas (art. 10.1,h LPI <sup>1</sup>) que cuando se trata de meras fotografías (art. 128 LPI) ... En efecto, mientras la obra fotográfica ... tiene la protección de «derecho de autor», que comprende los derechos de explotación -y en especial, los de reproducción, distribución, comunicación pública y transformación-, ... además del de participación ... y otros derechos, y singularmente los derechos morales del art. 14 LPI, y tiene una duración de «toda la vida del autor y setenta años después de su muerte o declaración de fallecimiento»..., en cambio las denominadas «meras fotografías» se hallan comprendidas en el Libro II de la Ley especial dentro «de los otros derechos de propiedad intelectual», a los que se denominan derechos afines porque no son «derechos de autor» en el sentido legal, de modo que los que realicen la fotografía o la reproducción por procedimiento análogo gozan únicamente de los derechos exclusivos de autorizar su reproducción, distribución y comunicación pública, en los mismos términos reconocidos a los autores de obras fotográficas, con una duración de veinticinco años computados desde el día 1 de enero siguiente a la fecha de realización de la fotografía o reproducción ...”.*

[...]

*La creatividad supone la aportación de un esfuerzo intelectual, -talento, inteligencia, ingenio, inventiva, o personalidad que convierte a la fotografía en una creación artística o intelectual-. La*

1 “Artículo 10. Obras y títulos originales. 1. Son objeto de propiedad intelectual todas las creaciones originales literarias, artísticas o científicas expresadas por cualquier medio o soporte, tangible o intangible, actualmente conocido o que se invente en el futuro, comprendiéndose entre ellas: ... h) Las obras fotográficas y las expresadas por procedimiento análogo a la fotografía” (nota del compilador).

*singularidad no radica en el objeto fotográfico, ni siquiera en la mera corrección técnica, sino en la fotografía misma, en su dimensión creativa”.*

[...]

*“... la diferenciación entre una obra fotográfica y una mera fotografía, más allá de los supuestos de reproducción, y en el ámbito de la representación, va a recaer en la valoración de una cierta altura creativa. La ponderación de la suficiencia creativa dependerá de las circunstancias de cada caso, pues son diversos los factores y aspectos que pueden incidir, correspondiendo su valoración en principio a los Tribunales que conocen en instancia, a cuyo efecto han de tomar en cuenta la pluralidad de elementos de convicción que hayan podido proporcionarles las partes -periciales, informes de expertos, revistas especializadas, exposiciones, certámenes, premios, etc.-, además de las máximas de experiencia comunes ...”.*

**COMENTARIO:** No toda fotografía es una obra fotográfica, porque como en cualquier otra producción intelectual protegida por el derecho de autor, es necesario el requisito de la originalidad, si se define a la obra, al estilo de muchas legislaciones, como *“toda creación intelectual original en el dominio literario, artístico o científico, susceptible de ser divulgada o reproducida por cualquier medio o procedimiento”*. La regla jurisprudencial general a los efectos de determinar la originalidad para todos los géneros creativos considera que la obra debe llevar *“el estilo propio de su autor”*<sup>2</sup>, es decir, o la *“impronta de su personalidad”*<sup>3</sup>, que resulte *“de la combinación del talento, de la imaginación y del esfuerzo del autor”*<sup>4</sup>, pues se corresponde con *“la singularidad o individualidad que tiene la obra para reflejar la impronta de su creador, característica que permite a su vez que en cualquier momento pueda retomarse una idea o determinado asunto para plasmarle otra individualidad ...”*<sup>5</sup>. Trasladados los anteriores principios a la obra fotográfica, se ha sentenciado que *“la originalidad de una obra (incluyendo una fotografía) es una condición de los derechos de autor, pero el concepto de originalidad en el sentido de la Ley de Derecho de Autor no necesariamente tiene que ver con el mérito artístico ... en la medida en que sea original en el sentido de la ley, es decir, que sea el resultado del ejercicio del talento ...”*<sup>6</sup>, o también que *“para que la fotografía esté protegida, es necesario que la elección del tema o la forma de su ejecución, pueda ser considerada una creación artística personal del autor ... Es necesaria la incorporación de un mínimo de creación personal que le de una individualización propia, el sello personal del autor”*<sup>7</sup>. Cualquiera de las reflexiones jurisprudenciales precedentes coincide con el considerando 17 de la Directiva Europea 93/98/CEE sobre armonización de los plazos de protección, cuando precisa que *“... 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”*. Ahora bien, con el reconocimiento en varias legislaciones de un derecho *sui generis* a las fotografías no originales (o *meras fotografías*),

2 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil (Argentina). Sentencia de la Sala D (24-2-1997).

3 Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Proceso 10-IP-99 (11-6-1999).

4 Corte de Apelaciones de la Provincia de Quebec (4-8-1999).

5 Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Penal (28-5-2010).

6 Corte de Apelaciones de la Provincia de Quebec (15-10-2007).

7 Tribunal da Relação de Lisboa (2-7-2009).

con un escenario de derechos limitado a los de carácter patrimonial, algunos tribunales han extremado los requisitos exigidos a la originalidad de las obras fotográficas, ante la necesidad de marcar los límites entre éstas y las fotografías no creativas, asunto de suyo complicado. En ese sentido, la tendencia de la jurisprudencia española parece apuntar a que “... para que la fotografía merezca la conceptualización de obra protegida, ha de identificarse con la **novedad objetiva**, ya sea radicada en la concepción ya en la ejecución de la misma, o en ambas, mas no con la mera novedad subjetiva” y que “**la exigencia de ese nivel o altura creativa, materializada en alguna novedad objetiva, es lo que determina el carácter de obra protegida** ...”<sup>8</sup> (énfasis añadido). A nuestro parecer, el único factor que debe tomarse en cuenta para la apreciación de la originalidad de una obra, comprendida la fotográfica, es el sello o la marca personal del autor como reflejo de su personalidad, pues juzgarlo desde la perspectiva de “una cierta altura creativa” podría entrar en conflicto con el principio, recogido expresamente en muchas legislaciones, por el cual las obras están protegidas cualquiera que sea su mérito. Por otra parte, de acogerse ese criterio de *novedad objetiva* (más propio de las invenciones, los modelos de utilidad y los diseños industriales, que del derecho de autor), se corre el peligro de confundir la originalidad con la *altura inventiva* (requerida a las soluciones técnicas, pero no a las obras literarias o artísticas), para entrar en delicados juzgamientos acerca del valor artístico o documental de la fotografía. En todo caso, como se ha resuelto en otras jurisdicciones, “... la distinción entre las fotografías «artísticas» y las fotografías vulgares solamente puede ser hecha casuísticamente, teniendo en cuenta, especialmente, la escogencia del objeto y las condiciones de su ejecución, que reflejen la marca intelectual y la personalidad del autor”<sup>9</sup>. © Ricardo Antequera Parilli, 2013.

## TEXTO COMPLETO:

*En la Villa de Madrid, a cinco de Abril de dos mil once.*

*Vistos por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados, el recurso extraordinario por infracción procesal y de casación interpuestos respecto la Sentencia dictada en grado de apelación por la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Decimoquinta, como consecuencia de autos de Juicio Ordinario seguidos ante el Juzgado de lo Mercantil Número Uno de Barcelona, sobre Propiedad Intelectual; cuyo recurso fue interpuesto por D. José Pablo, representado por el Procurador D<sup>a</sup>. Montserrat Sorribes Calle; y como parte recurrida, la entidad UNITED BISCUITS IBERIA, S.L., representada por el Procurador D. Anibal Bordallo Huidobro.*

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** 1.- El Procurador D. Ivo Ranera Cahís, en nombre y representación de D. José Pablo, interpuso demanda de juicio declarativo ordinario ante el Juzgado Mercantil Número Uno de Barcelona, siendo parte demandada la entidad United Biscuits Iberia, S.L., alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó aplicables para terminar suplicando al Juzgado dictase en su día Sentencia “por la que, estimándose en todas sus partes la presente demanda, SE DECLARE: A) Que DON José Pablo es el autor de las obras fotográficas objeto del presente procedimiento y, por tanto, titular originario de los correspondientes derechos de explotación y morales sobre las mismas. B).- Que la conducta de la demandada a que se contrae el apartado A) del Hecho Sexto de esta demanda (y concretada en el Anexo B), consistente en la utilización (reproducción y distribución) de las fotografías del Sr. José Pablo allí reseñadas tras la extinción de las respectivas cesiones o autorizaciones de uso, supone una infracción de los derechos patrimoniales de Propiedad Intelectual que sobre tales obras fotográficas ostenta el Sr. José Pablo. C).- Que la conducta de la demandada

8 Audiencia Provincial de Barcelona. Sentencia de la Sección 15ª (21-11-2003).

9 Tribunal da Relação de Coimbra (10-5-2011).

a que se contrae el apartado B) del Hecho Sexto de esta demanda (y concretada en el Anexo B), consistente en la utilización (reproducción y distribución) de las fotografías del Sr. José Pablo en otros países distintos a España, supone asimismo una infracción de los derechos patrimoniales de Propiedad Intelectual que sobre tales obras fotográficas ostenta el Sr. José Pablo. D).- Que la conducta de la demandada a que se contrae el Apartado C) del Hecho Sexto de esta demanda (y concretada en el Anexo B), consistente en haber cedido a terceros las fotografías del Sr. José Pablo sin su autorización, debe considerarse igualmente ilícita, bien por suponer un incumplimiento de los sucesivos contratos suscritos con el Sr. José Pablo, bien por suponer una infracción de los derechos patrimoniales de Propiedad Intelectual que sobre aquellas ostenta el Sr. José Pablo, o bien por haber incurrido en culpa extracontractual. E).- Que la conducta de la demandada a que se contrae el apartado D) del Hecho Sexto de esta demanda (y concretada en el Anexo B), consistente en la transformación de las fotografías allí reseñadas, en especial el color de las mismas, supone también una infracción de los derechos patrimoniales de Propiedad Intelectual que el Sr. José Pablo ostenta sobre tales obras fotográficas, así como una infracción de su derecho moral a la integridad de la obra. F).- Que la conducta de la demandada a que se contrae el apartado E) del Hecho Sexto de esta demanda (y concretada en el Anexo B), consistente en la explotación (reproducción, distribución) de las fotografías allí reseñadas en aplicaciones distintas a las autorizadas, supone también una infracción de los derechos patrimoniales de Propiedad Intelectual del Sr. José Pablo. G).- Que la conducta de la demandada a que se contrae el apartado E) del Hecho Sexto de esta demanda (y concretada en el Anexo B), consistente en la no devolución al Sr. José Pablo de los originales de ninguna de las fotografías que son objeto del presente procedimiento, supone un incumplimiento de los sucesivos contratos suscritos con el Sr. José Pablo, infringiéndose además con ello su derecho moral de acceso al ejemplar único. Y en consecuencia SE CONDENE a la demandada: 1°.- A estar y pasar por las anteriores

declaraciones. 2°.- A cesar y/o no reanudar las conductas reseñadas en los anteriores apartados B), C), D) E), F) y G); y en cualquier otra que conlleve una infracción de los derechos de Propiedad Intelectual que ostenta el Sr. José Pablo sobre las fotografías que son objeto de este procedimiento. 3°.- A retirar del comercio y destruir cualquier tipo de soporte al que se haya incorporado, reproducido, cualquiera de las fotografías objeto del presente procedimiento. 4°.- A pagar una indemnización al Sr. José Pablo por los acumulados daños y perjuicios que cada una de las conductas de la demandada reseñadas en los anteriores apartados B), C), D) E), F) y G); en función de lo expuesto en esta demanda (y concretado en su Anexo B) y los demás hechos y circunstancias que queden puestas de manifiesto a lo largo del procedimiento y tomando como base el lucro cesante que cada una de tales conductas ha comportado para el Sr. José Pablo conforme se sanciona en el inciso final del primer párrafo del art. 140 LPI; dejándose para un procedimiento posterior, de conformidad con lo establecido en el artículo 219.3 de la LEC, la concreta liquidación de dichas cantidades. 5°.- A devolver al Sr. José Pablo los originales de todas las fotografías objeto de este procedimiento; en su defecto a indemnizarle por los daños y perjuicios sufridos por la presunta pérdida de los mismos, dejándose para un procedimiento posterior, de conformidad con lo establecido en el artículo 219.3 de la LEC, la concreta liquidación de dicha cantidad. 6°.- A indemnizar al Sr. José Pablo por los daños y perjuicios consistentes en los gastos derivados de la comprobación de los diversos ilícitos a que se contrae este procedimiento y que guarden una relación de causalidad con dichos actos y estuvieran preordenados al ejercicio de las presentes acciones; dejándose para un procedimiento posterior, de conformidad con lo establecido en el artículo 219.3 de la LEC, la concreta liquidación de dicha cantidad. 7°.- Al pago de las costas causadas en el presente procedimiento.”

2.- El Procurador D. Ignacio López Chocarro, en nombre y representación de la entidad United Biscuits Iberia, S.L., contestó a la demanda

*alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó aplicables, para terminar suplicando al Juzgado dictase en su día Sentencia “desestimando íntegramente la demanda con expresa imposición de costas a la demandante.”.*

*3.- Recibido el pleito a prueba, se practicó la que propuesta por las partes fue declarada pertinente. Unidas a los autos, las partes evacuaron el trámite de resumen de prueba en sus respectivos escritos. El Juez de Primera de lo Mercantil número Uno de Barcelona, dictó Sentencia con fecha 2 de mayo de 2.004, cuya parte dispositiva es como sigue: “FALLO: Desestimando íntegramente la demanda de José Pablo frente a United Biscuits Iberia, S.L. a quien se absuelve de todas las pretensiones de la demanda, imponiendo las costas del juicio al demandante.”.*

**SEGUNDO.-** *Interpuesto recurso de apelación contra la anterior resolución por la representación de D. José Pablo, la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Decimoquinta, dictó Sentencia con fecha 22 de diciembre de 2.006, cuya parte dispositiva es como sigue: “FALLAMOS: DESESTIMAR el recurso interpuesto por la representación de José Pablo, contra la sentencia del Juzgado Mercantil nº 1 de Barcelona, de 2 de mayo de 2005, cuyo fallo consta transcrito en el hecho primero; que CONFIRMAMOS, imponiendo a la parte apelante las costas del procedimiento.”.*

**TERCERO.-** *El Procurador D. Ivo Ranera Cahís, en nombre y representación de D. José Pablo, interpuso ante la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Decimoquinta, recurso de casación y extraordinario por infracción procesal respecto la Sentencia dictada en grado de apelación de fecha 22 de diciembre de 2.006, con apoyo en los siguientes motivos, MOTIVOS DEL RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCION PROCESAL: UNICO.- Se alega infracción del art. 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. MOTIVOS DEL RECURSO DE CASACION: PRIMERO.- Se alega infracción de la Directiva 93/98 de 29 de octubre y la doctrina del Tribunal Supremo. SEGUNDO.- Se denuncia infracción*

*del art. 10.1.h) de la Ley de Propiedad Intelectual. TERCERO.- Se alega indebida aplicación del régimen general a las condiciones de los contratos de cesión de “meras fotografías” en lugar de las disposiciones de la Ley de Propiedad Intelectual. CUARTO.- Se alega infracción de la doctrina jurisprudencial sobre la validez e interpretación de las condiciones contractuales suscritas por las partes en los encargos de fotografías.*

**CUARTO.-** *Por Providencia de 6 de marzo de 2.007, se tuvo por interpuesto el recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación anteriormente mencionado, y se emplazó a las partes para su comparecencia ante la Sala Primera del Tribunal Supremo.*

**QUINTO.-** *Recibidas las actuaciones en esta Sala comparecen, como parte recurrente, D. José Pablo, representado por el Procurador D<sup>a</sup>. Montserrat Sorribes Calle; y como parte recurrida, la entidad UNITED BISCUITS IBERIA, S.L., representada por el Procurador D. Anibal Bordallo Huidobro.*

**SEXTO.-** *Por esta Sala se dictó Auto de fecha 19 de mayo de 2.009, cuya parte dispositiva es como sigue: “ADMITIR LOS RECURSOS DE CASACIÓN Y EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL interpuestos por la representación procesal de D. José Pablo contra la Sentencia dictada con fecha 22 de diciembre de 2006, por la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15<sup>a</sup>), en el rollo de apelación nº 586/05, dimanante de los autos de juicio ordinario nº 22/04 del juzgado de lo Mercantil nº 1 de Barcelona.”.*

**SEPTIMO.-** *El Procurador D. Anibal Bordallo Huidobro, en nombre y representación de la entidad United Biscuits Iberia, S.L., presentó escrito de oposición a los recursos formulados de contrario.*

**OCTAVO.-** *No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 9 de marzo de 2.011, en que ha tenido lugar.*

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. Jesus Corbal Fernandez,

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** El objeto del proceso versa sobre propiedad intelectual, y en concreto sobre los derechos respecto de unas fotografías encargadas para ser incluidas en la confección de un diseño, en el que intervinieron varios profesionales, de los envases -"packaging"- de unos productos que comercializa la entidad demandada. Dichas fotografías se integraron en una obra colectiva, cuyas condiciones, pactadas entre el diseñador y el cliente, no constan, y cuya propiedad corresponde a dicha entidad (art. 8 LPI), sin perjuicio de los derechos individuales que sobre los elementos integrados puedan ostentar los correspondientes titulares según las características de aquéllos, y, en su caso, de lo pactado. En el supuesto litigioso, el fotógrafo se integró en el equipo por decisión del diseñador, de quien era colaborador habitual, pero percibía los honorarios directamente de la entidad titular de la obra colectiva tras remitirle previamente los presupuestos. El tema básico en casación se centra en la naturaleza de las fotografías en la perspectiva de la Ley de Propiedad Intelectual, pues aunque en todo caso tiene protección en dicha Ley, sin embargo es más intensa y extensa cuando se trata de obras fotográficas (art. 10.1,h LPI) que cuando se trata de meras fotografías (art. 128 LPI), cuya diferencia de régimen jurídico no contradice la normativa de la Unión Europea (Directiva 93/1998/CEE , que no recogió la pretensión unitaria de la Propuesta). En efecto, mientras la obra fotográfica ex art. 10.1,h LPI tiene la protección de "derecho de autor", que comprende los derechos de explotación -y en especial, los de reproducción, distribución, comunicación pública y transformación- (art. 17, 18, 19, 20 y 21), además del de participación (art. 24 LPI) y otros derechos, y singularmente los derechos morales del art. 14 LPI, y tiene una duración de "toda la vida del autor y setenta años después de su muerte o declaración de fallecimiento" (art. 26 LPI), en cambio las denominadas "meras fotografías" se hallan comprendidas en el Libro II de la Ley

especial dentro "de los otros derechos de propiedad intelectual", a los que se denominan derechos afines porque no son "derechos de autor" en el sentido legal, de modo que los que realicen la fotografía o la reproducción por procedimiento análogo gozan únicamente de los derechos exclusivos de autorizar su reproducción, distribución y comunicación pública, en los mismos términos reconocidos a los autores de obras fotográficas, con una duración de veinticinco años computados desde el día 1 de enero siguiente a la fecha de realización de la fotografía o reproducción (art. 128 LPI). La problemática incide especialmente en el asunto en el aspecto relativo a la facultad de transformación de las fotografías.

**SEGUNDO.-** Por Dn. José Pablo se dedujo demanda contra la entidad mercantil "United Biscuits Iberia, S.L." afirmando que ha sido violada su obra fotográfica, y ejercitando, acumuladamente, acciones (a) declarativa de violación de los derechos de propiedad intelectual sobre la obra fotográfica por consecuencia de la utilización de la misma por la demandada sobrepasando los límites fijados en la cesión de derechos que le hizo; (b) de incumplimiento contractual por no haberle devuelto los originales; (c) de cesación en las conductas presuntamente vulneradoras de los derechos; (d) de remoción de los efectos; y, (e), de resarcimiento de daños y perjuicios, solicitó se dictara Sentencia en la que se declare que es el autor de la obra fotográfica a que se refiere la demanda y, por consiguiente, titular de los derechos morales y de explotación de la misma y que la conducta que imputa a la demandada consistente en la utilización de la misma de forma distinta a la autorizada supone una violación de tales derechos, así como un incumplimiento de los sucesivos contratos y que se le condene a estar y pasar por tales declaraciones, a cesar en tales conductas, a retirar del comercio y destruir los soportes a los que se haya incorporado la obra de forma ilícita, a pagarle una indemnización por los daños y perjuicios y a devolverle los originales de todas las fotografías objeto del procedimiento o a indemnizarle por su pérdida.

Por el Juzgado de Mercantil número 1 de Barcelona

se dictó Sentencia el 2 de mayo de 2.004, en los autos de juicio ordinario número 22 de 2.004, en la que desestima la demanda, y absuelva a la demandada de las pretensiones de la demanda.

La Sentencia dictada por la Sección Décimoquinta de la Audiencia Provincial de Barcelona el 22 de diciembre de 2.006, en el Rollo número 586 de 2.005, desestima el recurso de apelación del actor y confirma la Sentencia del Juzgado recurrida. La “ratio decidendi” de la resolución se resume en que las fotografías litigiosas no son obras fotográficas, sino meras fotografías, por carecer del requisito de “creatividad suficiente” para merecer aquella consideración, y, por consiguiente, el titular no puede invocar derechos morales, ni el de transformación, rigiéndose la transmisión total o parcial del derecho de exclusiva del art. 128 LPI por la autonomía privada de la voluntad del art. 1.255 del Código Civil.

Contra esta resolución se interpuso por Dn. José Pablo recursos extraordinarios por infracción procesal y de casación que fueron admitidos por Auto de esta Sala de 19 de mayo de 2.009, y aunque la parte recurrida alega en el escrito de oposición la inadmisibilidad de los recursos por causas a las que -según afirmamos se les dio suficiente respuesta motivada con anterioridad, y con base en el artículo 474.2 LEC y escritos anteriores de fechas 19 de abril de 2.007 y 23 de febrero de 2.009 a cuyo contenido se remite, sin embargo las alegaciones de que se trata no tienen entidad para el rechazo íntegro de los recursos, sin perjuicio de que tengan la respuesta adecuada, de ser necesaria, a propósito del examen individualizado de los motivos, con lo que se elimina cualquier asomo de indefensión.

Y aunque la parte recurrente formula con carácter prioritario el recurso de casación respecto del extraordinario por infracción procesal, debe examinarse éste en primer lugar de conformidad con lo establecido en la Disposición final decimosexta, apartado uno, regla sexta de la LEC en la que se dispone que “admitidos los recursos, se resolverá siempre en primer lugar el recurso extraordinario por infracción procesal, y, sólo cuando éste se

desestime, se examinará y resolverá el recurso de casación”.

### 1º. RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL.

**TERCERO.-** En el único motivo del recurso se ataca el pronunciamiento desestimatorio de la petición de condena relativa a la devolución de las fotografías originales. Se alega infracción del art. 218 LEC en una doble perspectiva alternativa, a saber: contradicción evidente entre los argumentos de la Sentencia que da lugar a una incongruencia interna, entre el contenido de su fundamentación y lo finalmente resuelto, o, cuando menos, una falta de claridad o de precisión exigida por dicho precepto.

La sentencia recurrida razona sobre el tema en el fundamento de derecho quinto, y efectúa al respecto diversas consideraciones en orden a justificar la desestimación de la pretensión. En el presente caso resulta superflua una valoración de las reflexiones del juzgador “a quo” porque, entre las mismas, figura el argumento siguiente: “en todo caso, los originales de las fotografías realizadas debían estar a disposición de un tercero, en este caso el Sr. Cutler [es el diseñador que hizo el encargo a su colaborador habitual al Sr. José Pablo - actor y recurrente en casación-], pero en cualquier caso no consta que se hubieran entregado a la demandada.

En este sentido, la Sra. Noelia testimonió que nunca había recibido los originales de las fotos del actor, sino tan sólo las imágenes del resultado final (artes finales) para ser aplicadas a los soportes correspondientes”.

Resulta claro que no nos hallamos ante un tema de incongruencia, o de motivación, sino probatorio, y que tampoco cabe solapar por la vía de la supuesta falta de claridad o precisión. En definitiva, se incurre en el vicio de hacer supuesto de la cuestión.

**CUARTO.-** La desestimación del único motivo del recurso extraordinario por infracción procesal conlleva la de éste, y que proceda condenar a la

parte recurrente al pago de las costas causadas (art. 398.1 en relación con el art. 394.1, ambos de la LEC); y asimismo que se pase a examinar el recurso de casación (Disp. Final 16ª, 1, 6ª LEC).

## 2º. RECURSO DE CASACION

**QUINTO.-** En el motivo primero se alega infracción del art. 10.1 de la LPI, de la Directiva 93/98, de 29 de octubre, y de la doctrina del Tribunal Supremo -Sentencias de 26 de octubre de 1.992, 29 de marzo de 1.996, 7 de junio de 1.995 y 22 de abril de 1.998 -, en relación con el criterio de la Sentencia recurrida que exige, para calificar las fotografías como obra fotográfica, una doble exigencia, originalidad y suficiente altura creativa.

El motivo se desestima porque este Tribunal considera correcta la doctrina aplicada por la resolución recurrida, de modo que, bien la falta de originalidad, o bien la de creatividad, privan a la fotografía de la condición de obra fotográfica (art. 10.1.h LPI), y consecuentemente de los derechos de autor, y la degradan a la condición de mera fotografía con la protección de propiedad intelectual limitada del art. 128 LPI.

El criterio expuesto es conforme a la noción de «creación original» del art. 10.1 de la LPI, que cabe entender como “originalidad creativa”, cuya interpretación, que resulta reforzada por la referencia de la Disposición adicional décima de la Ley de Protección Jurídica del Diseño Industrial, Ley 20/2003, de 7 de julio, “a grado de creatividad y de originalidad necesario” para ser protegido como obra artística, es la posición común de la doctrina, y, además, es especialmente relevante en materia fotográfica para distinguir las creaciones artísticas -obras fotográficas- de las meras fotografías.

No hay conculcación del Derecho de la Unión Europea porque si bien la postura unitaria en la protección de las fotografías se mantuvo en la Propuesta de Directiva, según señala la doctrina “únicamente justificada por la dificultad de establecer un criterio de distinción de la obra fotográfica de la

mera fotografía”, tal exigencia no pasó a la Directiva 93/1988/CEE relativa a la armonización del plazo de protección del derecho de autor y de determinados derechos afines, por lo que el diferente régimen de protección que limita la protección del derecho de autor a la obra fotográfica -«creación original»- es conforme al Derecho de la Unión.

Tampoco cabe sostener que la doctrina jurisprudencial que se cita en el recurso es contraria al criterio expuesto. En las Sentencias citadas, como también en la más reciente de 24 de junio de 2.004 no mencionada, más allá de centrar la terminología en la originalidad, en absoluto se desconoce la necesidad de la creatividad, e incluso se resalta su relevancia. Dejando a un lado la Sentencia de 22 de abril de 1.998, cuya cita es irrelevante porque la alusión transcrita no es de la Sentencia del Tribunal Supremo, sino de la entonces recurrida, y, además, sin ninguna trascendencia, y asimismo la de 7 de junio de 1995 (relativa a unos cuadernos pedagógicos) que se limita a señalar como realidad fáctica incólume en casación el elemento de la originalidad y su fundamentación (estructura de la obra y presentación de los conocimientos) puesta de relieve en las resoluciones del Juzgado y de la Audiencia, de las dos restantes -SS. 26 de octubre de 1.992 y 29 de marzo de 1.996 - no cabe deducir, sino más bien todo lo contrario, la innecesidad de la nota de creatividad.

La Sentencia de 26 de octubre de 1.992 hace referencia desde una perspectiva subjetiva a la exigencia de un “esfuerzo creativo” y que “se refleje la personalidad del autor”, y en el plano de la novedad objetiva a la trascendencia de la obra que, rechaza, en el caso que examina, por la forma de utilización de los motivos ornamentales -gran simplicidad y reducido tamaño-. Ciertamente que el examen se realiza con base en el concepto de “originalidad”, pero se pondera con la extensión de comprender la creatividad y relevancia de la novedad.

Y lo mismo cabe decir, o con más razón todavía, de la Sentencia de 29 de marzo de 1.996 que alude “al carácter artístico de la reproducción [en realidad



*representación] fotográfica, que los usos sociales y la ley sólo 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...”, y que incluso se refiere más adelante, en texto no transcrito en el motivo, a la “labor de creación e ideación artística en el hacer del fotógrafo”.*

*La creatividad supone la aportación de un esfuerzo intelectual, -talento, inteligencia, ingenio, inventiva, o personalidad que convierte a la fotografía en una creación artística o intelectual-. La singularidad no radica en el objeto fotográfico, ni siquiera en la mera corrección técnica, sino en la fotografía misma, en su dimensión creativa.*

*Por todo ello el motivo decae.*

**SEXTO.-** *En el motivo segundo se aduce infracción del art. 10.1.h) de la Ley de Propiedad Intelectual respecto del concepto de “obra fotográfica” y de los requisitos que debe reunir. Los textos que se impugnan de la resolución recurrida dicen: “En el presente caso, sin dudar de la depurada técnica empleada para la obtención de las fotografías aportadas a los diseños gráficos en que colaboró el actor, ninguna de ella merece la consideración de obra fotográfica, por falta de creatividad suficiente”, y “Las del actor son, pues, obras fotográficas realizadas con una técnica muy precisa, pero que carecen de creatividad suficiente para merecer la consideración de obras fotográficas”.*

*El motivo se desestima porque el reconocimiento como obra fotográfica exige una mínima altura creativa. La Sentencia de 24 de junio de 2.004, número 542, se refiere a que no basta una novedad objetiva cualquiera sino que requiere una relevancia mínima y, en el caso que examina, aprecia que la originalidad no es suficientemente significativa para conceder protección a su autor a través de la propiedad intelectual.*

*La apreciación es tanto más importante en la materia que se examina en el presente juicio, en*

*el que la diferenciación entre una obra fotográfica y una mera fotografía, más allá de los supuestos de reproducción, y en el ámbito de la representación, va a recaer en la valoración de una cierta altura creativa. La ponderación de la suficiencia creativa dependerá de las circunstancias de cada caso, pues son diversos los factores y aspectos que pueden incidir, correspondiendo su valoración en principio a los Tribunales que conocen en instancia, a cuyo efecto han de tomar en cuenta la pluralidad de elementos de convicción que hayan podido proporcionarles las partes -periciales, informes de expertos, revistas especializadas, exposiciones, certámenes, premios, etc.-, además de las máximas de experiencia comunes, y aún cuando el juicio definitivo sobre la “suficiencia creativa” es verificable en casación en tanto que la “originalidad creativa” -“creación original”, en la dicción legal- es un concepto jurídico indeterminado, el ámbito de conocimiento de este Tribunal no es igual al de un Tribunal de instancia, porque no supone un nuevo juicio, sino solo un control de razonabilidad de la apreciación de la resolución de la Audiencia; en definitiva, si el mismo responde a un criterio de buen sentido.*

*Por lo expuesto, en la perspectiva genérica, la apreciación de la sentencia recurrida de falta de “suficiente creatividad”, que, por lo demás, es un concepto relativo según las plurales modalidades de creación (obras y títulos), no es contraria a la posibilidad interpretativa que permite el art. 10.1 LPI en la materia por lo que no hay infracción legal; y en la perspectiva concreta no hay datos en la sentencia impugnada que evidencien una irrazonabilidad de criterio, y aunque correspondía a la parte recurrente denunciar la carencia o parquedad del sustento fáctico al respecto, a mayor satisfacción en justicia procede señalar que su alegación relativa al valor creativo de lo que denomina “pintar con luz” ha sido contestado por la contraparte argumentando con un informe técnico que se trata de una de las maneras usuales y tradicionales de los fotógrafos profesionales de fotografiar los alimentos u objetos específicos de los que aparecen en envases como el de autos.*

**SÉPTIMO.-** En el motivo tercero se alega indebida aplicación del régimen general a las condiciones de los contratos de cesión de “meras fotografías”, en lugar de las disposiciones de la Ley de Propiedad Intelectual.

El motivo se desestima porque, además de no concretar la infracción legal, -precepto legal concreto infringido, porque no es correcto referirse a un grupo o bloque de preceptos-, ni fundamentar adecuadamente el presupuesto de recurribilidad de jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales, tal y como exige el art. 479.4 LEC, en cualquier caso, y como regla general, a las meras fotografías no son de aplicación las disposiciones de los arts. 42 a 57 LPI que se refieren a los derechos de autor (art. 132, “a contrario sensu”); y por otro lado no se especifica en que forma han podido resultar afectados, con conculcación legal, los únicos derechos de que están asistidos los titulares de las meras fotografías, que son los de autorizar la reproducción, distribución y comunicación pública (art. 128 LPI).

Por todo ello, la aplicación del régimen general contractual a la cesión de derechos respecto del elemento individual de las fotografías para su integración en el diseño (obra colectiva) no es contraria al ordenamiento jurídico.

**OCTAVO.-** Finalmente, en el motivo cuarto se aduce infracción de la doctrina jurisprudencial sobre la validez e interpretación de las condiciones contractuales suscritos por las partes en los encargos de fotografías.

El motivo se desestima porque no concreta la infracción legal, y efectúa alegaciones que contradicen apreciaciones fácticas de la resolución recurrida incidiendo de tal modo en el vicio casacional de hacer supuesto de la cuestión.

Debe hacerse especial hincapié que la denuncia casacional requiere la mención del precepto legal que ha sido infringido, sin que baste una alegación de una doctrina jurisprudencial que no permite

identificar la norma legal concreta conculcada. Por otra parte, este Tribunal ha reiterado que la denuncia de infracción relativa a la interpretación contractual exige especificar la norma interpretativa que se afirma vulnerada por lo que no basta una remisión genérica.

Por lo demás, al formularse el motivo de modo asistemático no resulta posible dar una respuesta unitaria, aunque examinado el contenido del fundamento de derecho cuarto de la resolución recurrida, y dejando a un lado las apreciaciones fácticas cuya verificación excede del ámbito del recurso de casación, no se aprecia que la interpretación contractual realizada incurra en infracción legal, arbitrariedad o irrazonabilidad, y las conclusiones que sostiene en relación con los respectivos derechos de las partes sobre las fotografías, como elemento individual, y sobre el diseño, como obra colectiva, son acertadas, sin que resulte haberse afectado los derechos de explotación del demandante respecto de las meras fotografías, ni el ámbito contractual de la cesión de utilización autorizada.

**NOVENO.-** La desestimación de los motivos del recurso de casación conlleva la de éste, si bien habida cuenta la falta de una doctrina jurisprudencial suficiente clara en la materia no se hace especial imposición de las costas de dicho recurso por aplicación de la excepción de serias dudas de derecho, de conformidad con los arts. 398.1 y 394.1, ambos de la LEC.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

## FALLAMOS

**PRIMERO.-** Que desestimamos el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por la representación procesal de Dn. José Pablo, contra la Sentencia dictada por la Sección 15ª de la Audiencia Provincial de Barcelona el 22 de diciembre de 2.006, en el Rollo número 586 de 2.005, y condenamos a la parte recurrente al pago

de las costas causadas en el recurso; y,

**SEGUNDO.-** Que desestimamos el recurso de casación interpuesto por la misma representación procesal contra la antedicha Sentencia, sin hacer especial pronunciamiento en las costas causadas en dicho recurso.

Publíquese esta resolución conforme a derecho, y devuélvanse a la Audiencia los autos originales y rollo de apelación remitidos con testimonio de esta resolución a los efectos procedentes.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.-

Juan Antonio Xiol Rios.- Jesús Corbal Fernández.-  
José Ramón Ferrandiz Gabriel.- Antonio Salas  
Carceller.- Encarnación Roca Trías.- Rubricados.

**PUBLICACIÓN.-** Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Jesús Corbal Fernández, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.