

Derecho de autor



MERAS FOTOGRAFÍAS Y DERECHO DE AUTOR

Santiago Robert Guillén

Abogado

Doctor en Derecho

Profesor Asociado. Universidad Autónoma de Barcelona



REUS
EDITORIAL

COLECCIÓN DERECHO DE AUTOR

TÍTULOS PUBLICADOS

1. *Obras colectivas y propiedad intelectual*, Carlos Rogel Vide, (2021).
2. *Obras de dominio público, digitalización y preservación natural*, Susana Navas Navarro, (2021)
3. *Minería de textos y datos como (nuevo) límite al Derecho de autor*, Elena Vicente Domingo y Teresa Rodríguez Cachón, (2021).
4. *Delitos contra la Propiedad Intelectual*, Rosario de Vicente Martínez, (2021).
5. *Arte efímero y derecho de autor*, Isabel Espín Alba (2021).
6. *Los grafitis como obras protegibles*, Elena Vicente Domingo, (2021).
7. *Meras fotografías y derecho de autor*, Santiago Robert Guillén, (2022).

Colección Derecho de Autor
Director de la Colección: Carlos Rogel Vide
Catedrático emérito de Derecho Civil

MERAS FOTOGRAFÍAS Y DERECHO DE AUTOR

Santiago Robert Guillén
Abogado
Doctor en Derecho
Profesor Asociado. Universidad Autónoma de Barcelona



REUS
EDITORIAL

Madrid, 2022

© Santiago Robert Guillén
© Editorial Reus, S. A., para la presente edición
C/ Rafael Calvo, 18, 2º C – 28010 Madrid
+34 91 521 36 19 – +34 91 522 30 54
Fax: +34 91 445 11 26
reus@editorialreus.es
www.editorialreus.es

1ª edición, REUS, S.A. (Mayo, 2022)
ISBN: 978-84-290-2633-7
Depósito Legal: M-13765-2022
Diseño de portada: Lapor
Impreso en España
Printed in Spain

Imprime: *Ulzama Digital*

Ni Editorial Reus ni sus directores de colección responden del contenido de los textos impresos, cuya originalidad garantizan sus propios autores. Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra sólo puede ser realizada con la autorización expresa de Editorial Reus, salvo excepción prevista por la ley.

Fotocopiar o reproducir ilegalmente la presente obra es un delito castigado con cárcel en el vigente Código penal español.

A mi padre, Josep Robert Baltrons

ABREVIATURAS

AC	Aranzadi Civil
ADC	Anuario de Derecho Civil
ADI	Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor
ADPIC	Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio
art. / Art.	artículo
BOE	Boletín Oficial del Estado
<i>Cfr.</i>	Confróntese
Coord. / s	Coordinador / es
Dir. / s	Director /es
DOUE	Diario Oficial de la Unión Europea
Ed. / ed.	Edición / Editorial / Edita
JUR	Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi
La Ley	La Ley, Revista Jurídica Española de Doctrina, Jurisprudencia y Bibliografía
LCEur	Legislación de las Comunidades Europeas Aranzadi

<i>núm. / núms.</i>	número / números
OMPI	Organización Mundial de Propiedad Intelectual
<i>Pe. i</i>	Revista de Propiedad Intelectual
RCL	Repertorio Cronológico de Legislación
Rev.	Revista
<i>RGLJ</i>	Revista General de Legislación y Jurisprudencia
<i>RIDA</i>	<i>Revue Internationale du Droit D'auteur</i>
<i>RIIPAC</i>	Revista sobre Patrimonio cultural: regulación, propiedad intelectual e industrial
RJ	Repertorio Aranzadi del Tribunal Supremo
RRGPI	Reglamento del Registro General de la Propiedad Intelectual
RTC	Repertorio del tribunal Constitucional
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
<i>ss. / ss.</i>	siguientes
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
<i>sic</i>	<i>Sic erat scriptum</i>
STJUE	Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea
<i>s.v. / s/v</i>	<i>Sub voce</i>
TEDH	Tribunal Europeo de Derecho Humanos

TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
T. / t.	Tomo
TRLPI	Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual de 1996
UE	Unión Europea
<i>Vid.</i>	Véase
Vol. /s	Volumen /es
WIPO	<i>World Intellectual Property Organization</i>

I. «MERAS FOTOGRAFÍAS»: ¿UNA CUESTIÓN DE MÉRITO?

1. UNA APROXIMACIÓN SEMÁNTICA AL ADJETIVO «MERO»

1. Bajo la rúbrica «De los otros derechos de propiedad intelectual», el título V del Libro II del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 abril por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual incluye «La protección de las meras fotografías»¹. Según el art. 128 TRLPI, las *meras fotografías* son aquellas que no tienen «el carácter de obras protegidas en el Libro I», es decir, que no son *obras fotográficas* (art. 10.1.b) TRLPI). *Prima facie*,

¹ Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 abril por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual aprobada por Ley 22/1987, de 11 noviembre, que regulariza, aclara y armoniza las disposiciones legales vigentes sobre la materia (RCL 1996/1382). En adelante, será citado como «TRLPI».

en vista de que el TRLPI tampoco define el *objeto de la protección* del Derecho de autor, sino que lo califica de manera *indirecta* al hacer referencia a «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» (art. 10.1 TRLPI), la vía de la exclusión parece ser el camino menos sinuoso para afrontar el problema de la delimitación de las *meras fotografías*. No obstante, Jueces y Tribunales siguen lidiando con la distinción entre *obras fotográficas* y *meras fotografías* considerándola una «ardua y espinosa cuestión»². En estas circunstancias, aquella *indefinición* y la polisemia del vocablo *mero* invitan a una aproximación preliminar a la noción de *mera fotografía* abordando el también comprometido asunto del valor semántico de las palabras.

2. Según el Diccionario de la lengua española, el adjetivo *mero*, en su primera acepción, obedece al significado de «puro, simple y que no tiene mezcla de otra cosa»³.

Lo *puro, simple y que no tiene mezcla de otra cosa* también es un *valor artístico* en sí mismo, por ejemplo, en el denominado *mero arte*, y que, por definición,

² En palabras de la Audiencia Provincial de Ávila, en su sentencia de 10 de noviembre de 2017 (JUR 2017\310557).

³ *Diccionario de la lengua española*, 23ª ed., Ed. Espasa Calpe, Madrid, s.v. «mero».

pues *arte significa arte*⁴, está en la órbita del art. 10 TRLPI y del concepto de *obra fotográfica*⁵.

A mayor distancia semántica, *mero* equivale a «solo» o «solamente», proporcionándole la capacidad que también tienen «puro» y «simple» de *minorar*, negativa o peyorativamente⁶, la voz a la que se asocian, de *señalar* aquello que es *insignificante* o *sin importancia*: en atención a la palabra que acompaña, *mero* da cuenta «del miembro más bajo de una escala valorativa»⁷. Aún así, una fotografía que se estima carente de *importancia* o de *interés* o que se presenta

⁴ Conocida definición tautológica del artista Joseph Kosuth, inspirada en el comentario de Ad Reinhardt «*art is art as art and everything else is everything else*»; Vid. A. ANDER-SESSON (Ed.), *Postscript: writing after Conceptual Art*, University of Toronto Press, Toronto, 2028, 174.

⁵ J. L. PARDO, «La obra de arte en la época de su modulación serial. (Ensayo sobre la falta de argumentos)», en J. L. MOLINUEVO (Ed.), *¿Deshumanización del arte? (Arte y escritura II)*, Ed. Universidad de Salamanca, Salamanca, 1996, 22: «[...] *un arte que pretende ser puro es también «mero arte» [...]»*; Vid. también, S. J. CASTRO, *En teoría, es arte: una introducción a la estética*, Ed. San Esteban – Edibesa, Salamanca- Madrid, 2005, 205.

⁶ E. PATO, «Mero no es un mero adjetivo. Sus valores y usos en las variedades americanas», *Zeitschrift für romanische Philologie – De Gruyter*, vol. 133, núm. 3, Zurich, 2017, 764.

⁷ E. PATO, «Mero no es un mero adjetivo. Sus valores y usos en las variedades americanas», 749; y la Nueva Gramática de la RAE (2019), *s.v.* «mero», indica que: «*En su acepción común a todos los hispanohablantes, el adjetivo mero indica que*

despojada de *significación*, en cuanto *forma alegórica* que expresa una intención, un «sistema de valores» propio del fotógrafo o de un *grupo* o una *profesión*, revela un determinado *contexto* social y cultural⁸.

Tampoco la *originalidad* protegible por el Derecho de autor depende de un *logro meritorio* o de una *creatividad* más o menos *innovadora*: la *originalidad* recae enteramente en la *personalidad* del autor, y el reconocimiento de aquella no depende de *mérito* o *finalidad* alguna, y así lo consagra, para *todas las artes*, el principio de la *unidad del arte*⁹.

3. La *democratización* de la fotografía, el devenir una *práctica accesible a todos* y el innegable *protagonismo* del factor mecánico y automático en el acto fotográfico, focalizan, una y otra vez, un debate, casi tan antiguo como la fotografía, en torno a su legitimidad como *práctica artística*. Sociólogos, filósofos, incluso los propios fotógrafos, parecen compartir un sentir análogo al que Hegel expresó sobre la *filosofía*: «respecto de ningún otro arte o ciencia se manifiesta

el sustantivo focalizado, por lo general abstracto, es el miembro más bajo de una escala valorativa».

⁸ P. BOURDIEU, *Un Arte medio. Ensayo sobre los usos sociales de la fotografía*, Ed. Gustavo Gili, Barcelona, 2003, 158.

⁹ *Vid.* C. COLOMBET, *Grandes principios del derecho de autor y los derechos conexos en el mundo*, 3ª ed., UNESCO/CINDOC, Madrid, 1997, 15-18; J. ORTEGA DOMÉNECH, *Obra plástica y derechos de autor*, Ed. Reus, Madrid, 2000, 41.

ÍNDICE

ABREVIATURAS	7
I. «MERAS FOTOGRAFÍAS»:	
¿UNA CUESTIÓN DE MÉRITO?.....	11
1. Una aproximación semántica al adjetivo «mero»	11
2. Los derechos no se <i>merecen</i>	18
II. LA CARACTERIZACIÓN DE LA CREATIVIDAD Y ORIGINALIDAD EN EL SECTOR FOTOGRÁFICO	23
1. Creatividad y azar en el acto fotográ- fico	23
2. Principios de una estética fotográfica.....	32
3. La originalidad fotográfica: una forma de mérito.....	37
III. ¿DÓNDE ESTÁ LA CREATIVIDAD PROTEGIBLE?.....	43
1. La creatividad no es un concepto previ- sible ni fiable	43

2. La originalidad fotográfica de las Directivas 93/98/CEE y 2006/116/CE	49
IV. LA CARACTERIZACIÓN DE LAS «MERAS FOTOGRAFÍAS» A TRAVÉS DE LA JURISPRUDENCIA.....	57
1. SENTENCIAS POSTERIORES A LA ENTRADA EN VIGOR DE LA DIRECTIVA 93/98/CEE.....	57
1.1. <i>Sentencia del Tribunal Supremo, de 29 de marzo de 1996: derecho, arte y estética..</i>	<i>57</i>
1.2. <i>Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, 5 de noviembre de 1998: el elogio de las cualidades intrínsecas de la obra.....</i>	<i>61</i>
1.3. <i>Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra, de 14 de julio de 2000: el valor documental y artístico de la fotografía.....</i>	<i>64</i>
1.4. <i>Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 21 de noviembre de 2003: la «reproducción» fotográfica del arte y la exigencia de una novedad objetiva</i>	<i>68</i>
1.5. <i>Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, de 9 de junio de 2004: la dificultad técnica y la trascendencia de la obra.....</i>	<i>77</i>
1.6. <i>Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 29 de junio de 2004: entre la obra artística y el diseño industrial</i>	<i>79</i>

1.7. <i>Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 1 de febrero de 2005: en torno al carácter común de los retratos fotográficos</i>	81
1.8. <i>Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 29 de julio de 2005: fotografías de escenas de la vida y objetos cotidianos</i>	84
1.9. <i>Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 15 de junio de 2006: el valor del esfuerzo y del estilo del fotógrafo</i> ..	88
1.10. <i>Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, de 19 de junio de 2006: el requisito de un «plus de originalidad»</i>	91
2. SENTENCIAS POSTERIORES A LA ENTRADA EN VIGOR DE LA DIRECTIVA 2006/116/CE	94
2.1. <i>Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, de 6 febrero de 2007: la exigencia de una novedad creativa</i>	94
2.2. <i>Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 24 de enero de 2008: una doble exigencia a la obra fotográfica, de originalidad y suficiente altura creativa</i> .	95
2.3. <i>Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 28 de enero de 2008: obras fotográficas, meras fotografías y otras fotografías</i>	100

2.4. <i>Sentencia del Tribunal Supremo, de 5 de abril de 2011: la exigencia de una «originalidad creativa»</i>	104
2.5. <i>Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 5 de mayo de 2011: una impronta intelectual, afectiva o emocional en la fotografía</i>	118
2.6. <i>Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, de 3 de mayo de 2013: el grado de apreciación de la originalidad fotográfica por el sector del público al que va destinada</i>	120
2.7. <i>Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra, de 17 de septiembre de 2014: la valoración de la fotografía según las máximas de la experiencia</i>	122
2.8. <i>Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 20 de octubre de 2014: la imagen de calidad y lujo</i>	125
2.9. <i>Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, de 23 de junio de 2016: brevedad y unidad de efecto</i>	126
2.10. <i>Sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid, de 28 de noviembre de 2016 y 19 de abril de 2017 y 17 de julio de 2020, y de la Audiencia Provincial de Valencia, de 27 de febrero de 2007 y 1 de febrero de 2008: las obras del fotoperiodismo</i>	127

2.11. <i>Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 13 de enero de 2017: la especial elevación creativa de la obra digna de protección</i>	133
2.12. <i>Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas, de 13 de febrero de 2017: la exigencia de una originalidad en mayor grado de la que puede existir en obras similares</i>	135
V. A MODO DE CONCLUSIÓN	139
VI. BIBLIOGRAFÍA	145

La prohibición del mérito como criterio de protección es un pilar fundamental en un terreno abonado para potenciales juicios de valor como lo es el de las *creaciones literarias, artísticas y científicas*: el más elemental principio de seguridad jurídica nos advierte de que no es el cometido de los órganos jurisdiccionales decidir, como *areópagos artísticos*, qué es arte y qué no lo es y enjuiciar según el mérito que *les merece* una fotografía o un fotógrafo. El valor o importancia que el crítico del arte puede distinguir en una obra apoyándose en su *connoisseurship*, es un juicio de valor proscrito al Juez o Tribunal del que no puede depender el acceso a la protección por el Derecho de autor. Y como determina la Directiva 2006/116/CE, la protección de una fotografía no debe subordinarse a criterios tales como el mérito o finalidad, lo que es extrapolable a cualesquiera otras *creaciones del espíritu*. No obstante, como se verifica en el presente trabajo, el grueso de sentencias que han revelado *meras fotografías* (art. 128 TRLPI) han sustentado, *nolens volens*, tal calificación jurídica en aquellos criterios proscritos por la normativa y jurisprudencia europea, que se adicionan indebidamente al de la originalidad bajo fórmulas bien diversas con el propósito de *recompensar exclusivamente* las fotografías «*merecedoras*» o «*dignas*» de la protección del Derecho de autor.

Adicionalmente, el concepto armonizado de originalidad y su interpretación por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea no solo evidencian que el margen de apreciación de los órganos jurisdiccionales excluye cualquier especulación sobre el valor o importancia de la obra o de las virtudes de su autor, sino que también ponen de relieve que el régimen jurídico de las *meras fotografías* ha devenido prescindible.

Santiago Robert Guillén es abogado, Doctor en Derecho y profesor asociado de derecho civil de la Universidad Autónoma de Barcelona y miembro de la Asociación para el Estudio y la Enseñanza del Derecho de Autor (ASEDA). Ha escrito diversas obras sobre propiedad intelectual, entre ellas, las monografías publicadas en esta editorial *Alta Cocina y Derecho de autor* y, en coautoría, *Nuevos desafíos para el Derecho de autor. Robótica. Inteligencia Artificial. Tecnología*.