



PATRIMONIO FOTOGRAFICO. ORIGINALIDAD Y DOMINIO PUBLICO. UNA APROXIMACIÓN DESDE EL DERECHO DE AUTOR EN ESPAÑA.

Isabel HERNANDO COLLAZOS^{1*}

RESUMEN: Como un elemento determinante de la gestión de los derechos de Propiedad Intelectual sobre el Patrimonio Fotográfico se analizan los diferentes períodos de entrada en el dominio público de las fotografías así como la incidencia de la originalidad en la duración de estos derechos. La originalidad es examinada desde la perspectiva normativa y jurisprudencial comunitaria poniendo de relieve la práctica del Tribunal Supremo español en su trasposición.

ABSTRACT: This paper analyses from the perspective of an efficient management of the Intellectual property Rights concerning photographs, the different periods of duration of the exploitation rights and the incidence of the originality in this duration. Originality is examined from the perspective of Community Case law and legislation emphasizing the practice of Spanish High Court in their transposition.

PALABRAS CLAVE: Propiedad Intelectual, Activos Intangibles, Comunicación pública, Difusión en línea, Archivos, Bibliotecas, Museos, Bases de Datos, Programas de ordenador, obra coreográfica, mera fotografía, libre elección.

En caso de cita: HERNANDO COLLAZOS, I. "Patrimonio Fotográfico. Originalidad y Dominio Público. Una aproximación desde el Derecho de Autor en España". *RIIPAC*, nº 2, 2013, páginas 74 -104 [en línea: <http://www.eumed.net/rev/riipac>]

^{1*} Isabel Hernando, Profesora Titular de Derecho Civil UPV/EHU. Abogada especializada en Propiedad Intelectual e Industrial. isabel.hernando@ehu.es.

KEYWORDS: Intellectual Property, Intangible assets, Public Communication, online broadcast, Archives, Libraries, Museums, Computer Programs, Choreographic work, mere photograph, free choice.

SUMARIO. Introducción. 1. FOTOGRAFÍAS Y DOMINIO PÚBLICO. 1.1. Fotografías realizadas antes de la Ley 22/1987. 1.1.1. Fotografías de autores fallecidos antes del 7 de diciembre 1987. 1.1.2. Fotografías de autores vivos después del 7 de diciembre de 1987. 1.2. Fotografías realizadas a partir de la vigencia de la Ley 22/1987. 1.3. Fotografías inéditas en dominio público. 2. ORIGINALIDAD DE LAS FOTOGRAFÍAS. 2.1. Criterio normativo comunitario de originalidad. 2.2. Test de la libre elección del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. 2.2.1. Antecedentes del Caso *Painer*. 2.2.2 Casos posteriores al Caso *Painer*. 2.2.3. Valor del criterio comunitario de originalidad. 2.3. Criterio normativo nacional de originalidad de las fotografías 2.4. Criterio de originalidad de las fotografías del Tribunal Supremo español.

Introducción

Dentro de la gestión de las organizaciones e instituciones públicas y privadas, el Patrimonio Fotográfico constituye uno de sus más valiosos activos intangibles.

Las fotografías se utilizan en todas las actividades y áreas del conocimiento (entre otras, fotografías de la Naturaleza incluida la naturaleza subacuática, fotografías Deportivas y/o de acción, fotografías de Arquitectura, fotografía Industrial, etnofotografía, y fotografía de viajes, de obras de Arte, de Arqueología)² y despliegan múltiples funciones y finalidades (artísticas, comerciales publicitarias, informativas, científicas)³.

² Véase, a título de ejemplo, las fotografías de la naturaleza en la Asociación española de fotógrafos de la Naturaleza en <http://www.aefona.org/enlaces>. Igualmente a título de ejemplo, las fotografías de RESINO RUBIO, Juan Pablo, en [fotonatura.org](http://www.fotonatura.org) <http://www.fotonatura.org/galerias/10211/?offset=1at>; Para las fotografías de naturaleza subacuática, Véase, a título de ejemplo, las fotografías de VIRGILI RIBE, Carlos en [Risck](http://www.risck.com/esp/) <http://www.risck.com/esp/>. Véase, a título de ejemplo, las fotografías de deportes de FRAILE RODRIGUEZ, Victor en <http://www.victorfraile.com/#/sport/surfing/?view=2>; Para las fotografías de Arquitectura, Véase, a título de ejemplo, las fotografías de AZURMENDI, Javier en <http://javierazurmendi.blogspot.com.es/>; igualmente fotografías de BALLESTER, José Manuel, en <http://www.josemanuelballester.com/>; para la fotografía industrial, Véase, a título de ejemplo, MERINO, Miguel en <http://www.mstudio.es/fotografias/fotografia-industrial.html>.

³ Finalidad Artística: Son las denominadas fotografías artísticas en las que el autor goza de una gran libertad de actuación. En estas fotografías se aprecia desde una óptica subjetiva su valor estético. Dentro de este grupo se pueden incluir las fotografías de Estudio planificadas perfectamente por el fotógrafo y tomadas en condiciones controladas, incluyendo dentro del mismo las fotografías de bodas, de familia, retratos fotográficos. Véase a título de ejemplo, las fotografías de FONTCUBERTA, Joan en <http://www.fontcuberta.com/>; Finalidad Comercial: Las posibilidades ofrecidas a la representación de la realidad son múltiples y están aumentadas por la posibilidad ofrecida por la manipulación. Todas estas fotografías van dirigidas a cumplir una función: inducir, motivar, atraer a los destinatarios – consumidores hacia el producto o servicio comercializado. Dentro de esta finalidad se encuentran las fotografías Publicitarias³, en las que la representación de la realidad que se pretende publicitar puede ser efectuada de múltiples formas. (Véase, a título de ejemplo de fotografías publicitarias, las fotografías del fotógrafo LACHAPELLE, David en <http://www.lachapellestudio.com/>). La representación puede ser natural, realista,

Con el desarrollo y la utilización masiva de la sociedad de la información, el Patrimonio Fotográfico ha adquirido una nueva dimensión. Ya no se trata sólo de digitalizar las fotografías con un fin de preservación o salvaguarda sino de efectuar una función de diseminación a escala universal con fines culturales, económico – culturales u otros tanto en entornos abiertos (Internet) como cerrados (Intranet).

Estas y otras actividades asimiladas sólo son posibles si las organizaciones poseedoras o propietarias de las fotografías que reposan en su fondos, actuando siempre que sea necesario dentro del respeto de los derechos de la personalidad, están legitimadas para efectuarlas de conformidad con la legislación en materia de Derechos de Autor .

Desde esta perspectiva, en defecto de la adecuada titularidad de derechos de autor que les legitime, toda decisión de difusión, pasa necesariamente por el paso preliminar de verificar si, en este caso, las fotografías seleccionadas están protegidas por el Derecho de Autor o si, por el contrario, están en el dominio público.

Así planteado, esta contribución está dirigida a proporcionar una posible aproximación a esta cuestión a través del análisis de los dos únicos aspectos de

imaginaria. Puede ser realizada en estudio, pasarelas, escenarios naturales, puede tratarse de fotografías *glamour*, de retratos o de macrofotografías. Estas Fotografías Publicitarias realizadas normalmente por encargo, pueden ser a su vez artísticas y, tienen campos múltiples de manifestación, como por ejemplo la Fotografía de Moda (Véase como ejemplos de fotografías de Moda, sin ánimo de selección exhaustiva, las fotografías de de los Fotógrafos siguientes: VALLHONRAT, Javier en <http://www.mfilomeno.com/javier-vallhonrat/photos.html> ; ADLER, Bèla y FRESNEDA Salvador en <http://www.adlerfresneda.com/category/fashion/> ; PONS, Sergi en

<http://www.sergiponsphoto.com/women> ; TXEMA YESTE <http://txemayeste.es/> del artículo de FRAGA, Andrés “10 fotógrafos de moda españoles que han conquistado el mundo” en

http://www.quesabesde.com/noticias/10-fotografos-moda-espanoles-conquistado-mundo,1_9275),

Fotografía de Alimentos – Gastronómica (A título de ejemplo de fotografía de alimentos –

gastronómica véase las fotografías de los siguientes fotógrafos: WARNER , Carl en Foodscapes

<http://www.carlwarner.com/foodscapes/> ; ARMENDARIZ, Mat en <http://www.mattarmendariz.com/>

; MANNA Lou en <http://www.loumanna.com/>), Catálogos fotográficos de productos (A título de

ejemplo, de fotografías de catalogo, véase las fotografía del fotógrafo RECHE, Gregorio en

<http://www.gregorioreche.com/fotografia-catalogo/> ; Finalidad Informativa: Dentro de este grupo

y sin ánimo exhaustivo distinguimos: Fotoperiodismo en el que las fotografías normalmente

realizadas por reporteros gráficos cumplen la función de exponer un hecho un suceso de interés

público³ y Fotografías documentales que están cercanas al periodismo gráfico de opinión en las

que las imágenes tienen la función de mostrar al público información verdadera sobre situaciones

políticas, culturales. Véase, a título de ejemplo, la fotografía ganadora del premio Pulitzer: “un

hombre sirio llora sobre el cuerpo de su hijo cerca del hospital de Aleppo, en Siria “(octubre, 2012)

del fotoperiodista Manu BRABO (AP) publicada por GARCIA, Carolina , el País de 15/04/2013

http://cultura.elpais.com/cultura/2013/04/15/actualidad/1366054575_874888.html . Igualmente, a

título de ejemplo, véase las Fotografías de la galería de fotoperiodismo de la Vanguardia

[http://www.lavanguardia.com/galerias-fotos/20110211/54113366052/world-press-photo-2011-lo-](http://www.lavanguardia.com/galerias-fotos/20110211/54113366052/world-press-photo-2011-lo-mejor-del-fotoperiodismo.html)

[mejor-del-fotoperiodismo.html](http://www.lavanguardia.com/galerias-fotos/20110211/54113366052/world-press-photo-2011-lo-mejor-del-fotoperiodismo.html) ; Finalidades científicas. Son las fotografías realizadas dentro de los

diferentes campos de la ciencia para ilustrar las investigaciones realizadas: astronomía, biología,

arqueología,

la Propiedad Intelectual que se han considerado clave para ello, el dominio público y la originalidad de las fotografías.

1. FOTOGRAFÍAS Y DOMINIO PÚBLICO

Desde la perspectiva de la Propiedad Intelectual, la entrada de una creación en el dominio público se produce por la extinción de los derechos de explotación que hubiera sobre ella e implica que, en este caso, las fotografías puedan ser utilizadas por cualquiera.

Ahora bien, los fondos fotográficos pueden albergar fotografías realizadas desde el siglo XIX hasta la actualidad y desde la perspectiva de la legislación española de Propiedad Intelectual, para verificar su entrada en el dominio público es necesario distinguir diversos períodos.

1.1. Fotografías realizadas antes de la Ley 22/1987

Las fotografías realizadas antes de la Ley 22/1987 de 11 de noviembre de Propiedad Intelectual (LPI/1987)⁴ se encuentran bajo el amparo de la Ley de 10 de enero de 1879⁵. En esta Ley, las fotografías si bien no están expresamente designadas en el artículo 1 del texto legal de 1879 que incluye una definición genérica *“La propiedad intelectual comprende, para los efectos de esta ley, las obras científicas, literarias ó artísticas que pueden darse á luz por cualquier medio”*, sí se incluyen específicamente como obras protegidas en el artículo 1 del Real Decreto de 3 de septiembre de 1880 que aprueba el Reglamento de la Propiedad Intelectual⁶:

“Se entenderá por obras, para los efectos de la Ley de Propiedad Intelectual, todas las que se producen y puedan publicarse por los procedimientos de la escritura, el dibujo, la imprenta, la pintura, el grabado, la litografía, la estampación, la autografía, la fotografía o cualquier otro de los sistemas impresores o reproductores conocidos o que se inventen en lo sucesivo”. Según la Ley con la creación nace el derecho a la Propiedad Intelectual.

La Ley de 1879 para el goce de los beneficios reconocidos por la Ley establece la necesidad de la inscripción en el Registro de la Propiedad Intelectual⁷. De esta exigencia, se exceptúan las fotografías de conformidad con el propio artículo 37

⁴ Ley 22/1987 de 11 de noviembre de Propiedad Intelectual, (BOE-A-1987-25628).

⁵ Ley de 10 de enero de 1879 de la Propiedad Intelectual (Gaceta de Madrid n.º 12, de 12 de enero de 1879).

⁶ Real Decreto de 3 de septiembre de 1880, por el que se aprueba el Reglamento para la Ejecución de la Ley de Propiedad Intelectual, de 10 de enero de 1879 (gaceta del 6).

⁷ Artículo 36 Ley de 1879 *“Para gozar de los beneficios de esta ley es necesario haber inscrito el derecho en el Registro de la propiedad intelectual, con arreglo á lo establecido en los artículos anteriores. Cuando una obra dramática ó musical se haya representado en público, pero no impreso, bastará para gozar de aquel derecho presentar un solo ejemplar manuscrito de la parte literaria, y otro de igual clase de las melodías con su bajo correspondiente en la parte musical. El plazo para verificar la inscripción será el de un año, á contar desde el día de la publicación de la obra; pero los beneficios de esta ley los disfrutará el propietario desde el día en que comenzó la publicación, y sólo los perderá si no cumple aquellos requisitos dentro del año que se concede para la inscripción”.*

de la Ley en el que las fotografías tienen su cabida en el concepto de “obras plásticas”:

“Los cuadros, las estatuas, los bajos y altos relieves, los modelos de arquitectura ó topografía, y en general todas las obras del arte pictórico, escultural ó plástico, quedan excluidas de la obligación del Registro y del depósito” Estipulando que: *“No por ello dejan de gozar plenamente sus propietarios de todos los beneficios que conceden esta ley y el derecho común á la propiedad intelectual”*. Esta excepción se ratifica implícitamente en el Reglamento de ejecución de 1880 en su artículo 28.⁸

Por otra parte, las fotografías se incluyen como obra protegida en el artículo 2 del Convenio de Berna de 9 de septiembre de 1886⁹ para la protección de obras literarias y artísticas suscrito por España en ese mismo año (9 de septiembre 1886) y ratificado el 5 de septiembre de 1887 (en vigor el 5 de diciembre de 1887) y cuyo artículo 5.2 de la Convención elimina la formalidad de la inscripción registral para el goce de los derechos de la Propiedad Intelectual¹⁰. Este Convenio es de obligado cumplimiento en España y con carácter preferente al Reglamento por razón de jerarquía normativa, de conformidad con el artículo 1(5) del Código Civil¹¹

Sentado lo anterior, atendiendo a la duración de los derechos de explotación es posible realizar la siguiente distinción.

⁸ El artículo 28 del Reglamento cit., nota 5 *“El Registro General de la Propiedad Intelectual se llevará en el Ministerio de Fomento por medio de los libros que sean necesarios. A este efecto, además de los índices y libros auxiliares, se abrirán libros-matrices para inscribir, definitivamente y con la debida separación, todas las obras bajo los conceptos de obras científicas y literarias, obras dramáticas y musicales, obras de índole artística, no exceptuadas expresamente por el artículo 37 de la Ley, y periódicos. La inscripción de cada una de las obras que se presenten se hará en estos libros por riguroso orden cronológico, y bajo el número correspondiente, con una hoja especial donde se consignarán todas sus vicisitudes”*.

⁹ Artículo 2: Los términos « obras literarias y artísticas » comprenden todas las producciones en el campo literario, científico y artístico, cualquiera que sea el modo o forma de expresión, tales como los libros, folletos y otros escritos; las conferencias, alocuciones, sermones y otras obras de la misma naturaleza; las obras dramáticas o dramático-musicales; las obras coreográficas y las pantomimas; las composiciones musicales con o sin letra; las obras cinematográficas, a las cuales se asimilan las obras expresadas por procedimiento análogo a la cinematografía; las obras de dibujo, pintura, arquitectura, escultura, grabado, litografía; las obras fotográficas a las cuales se asimilan las expresadas por procedimiento análogo a la fotografía; las obras de artes aplicadas; las ilustraciones, mapas, planos, croquis y obras plásticas relativos a la geografía, a la topografía, a la arquitectura o a las ciencias. Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas del 9 de septiembre de 1886, completado en PARIS el 4 de mayo de 1896, revisado en BERLIN el 13 de noviembre de 1908, completado en BERNA el 20 de marzo de 1914 y revisado en ROMA el 2 de junio de 1928, en BRUSELAS el 26 de junio de 1948, en ESTOCOLMO el 14 de julio de 1967 en PARIS el 24 de julio de 1971 y enmendado el 28 de septiembre de 1979.

http://www.wipo.int/export/sites/www/treaties/es/ip/berne/pdf/trtdocs_wo001.pdf.

¹⁰ Artículo 5.2. Convenio de Berna cit., nota 8 : *“El goce y el ejercicio de estos derechos no estarán subordinados a ninguna formalidad y ambos son independientes de la existencia de protección en el país de origen de la obra”*.

¹¹ Código Civil de 29 de julio de 1889 , artículo 1.5 *“Las normas jurídicas contenidas en los Tratados Internacionales no serán de aplicación directa en España en tanto no hayan pasado a formar parte del ordenamiento interno mediante su publicación íntegra en el “Boletín Oficial de Estado””*

1.1.1. Fotografías de autores fallecidos antes del 7 de diciembre de 1987.

Los derechos de explotación sobre las fotografías creadas, realizadas por autores fallecidos antes del 7 de diciembre de 1987, según la Disposición Transitoria Cuarta de la actual Ley de Propiedad Intelectual de 1996 (LPI1/1996)¹², *“tendrán la duración prevista en la ley de 10 de enero de 1879”*, es decir, de ochenta años contados desde su fallecimiento¹³.

Sobre este periodo de vigencia de los derechos de explotación sobre las fotografías de autores fallecidos antes de 1987, los tribunales han tenido ocasión de pronunciarse en las sentencias de la Audiencia Provincial de Valencia de 13 de junio de 2012¹⁴ y de la Audiencia Provincial de Las Palmas de 18 de marzo de 2011¹⁵.

En el primer caso, la Audiencia Provincial de Valencia, en su sentencia de 13 de junio de 2012, trata de la publicación y reproducción realizadas en el Libro “Valencia CF un Club de leyenda 1919 -1955” de 115 fotografías de un fotógrafo fallecido en 1959 sin la autorización del heredero titular de los derechos de explotación.

La Audiencia Provincial de Valencia, en esta sentencia, declara que no es exigible para el autor o sus herederos la inscripción registral de las fotografías para ostentar los derechos de propiedad intelectual y *“en consecuencia el plazo asignado por la sentencia de vigencia de tales derechos hasta pasar al dominio público conforme al artículo 6 de la ley 10/1/1879 de ochenta años desde el fallecimiento del autor es correcto y no es aplicable el fijado en el TRLPI pues como ya dijo esta Sala en la repetida sentencia de 24/2/2007 no es de aplicar a los derechos nacidos y regidos bajo aquel cuerpo legal aquellas nuevas disposiciones que sean perjudiciales a tales derechos, tanto introducidos por la Ley 22/1987 de 11 de noviembre como por el Real Decreto Legislativo 1/1996 que aprueba el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, pues el legislador ha fijado una clara irretroactividad de la norma perjudicial para los derechos de los autores adquiridos con anterioridad dada la claridad de la Disposición Transitoria Primera de ambos textos legales”*¹⁶.

En el segundo caso, como en el supuesto anterior, la Audiencia Provincial de Las Palmas, trata básicamente de la publicación sin autorización de una obra

¹² Real Decreto Legislativo 1/1996, 12/04/1996 por la se aprueba el Texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual aprobada por Ley 22/1987, de 11 de noviembre, que regulariza, aclara y armoniza las disposiciones legales vigentes sobre la materia (BOE nº97, 22/04/1996 y sus modificaciones subsiguientes,).

¹³ Artículo 6 de la Ley de 1879: *“La propiedad intelectual corresponde á los autores durante su vida, y se transmite á sus herederos testamentarios ó legatarios por el término de ochenta años”*-

¹⁴ SAP de Valencia, Sección 9, 13/06/2012, rec. 251/2012 (Ponente, Caruana Font de Mora, Gonzalo María) caso (denominado por la autora) del Libro “Valencia CF un Club de leyenda 1919 -1955” (La Ley 128221/2012).

¹⁵ SAP de Las Palmas, Sección 5ª, 18/03/2011, rec.401/2009 (Ponente: García Van Isschot, Carlos Augusto) caso denominado (por la autora) de separata “Lanzarote en el Recuerdo” y otros (La Ley 103414/2011)

¹⁶ FD2, SAP de Valencia, Sección 9, 13/06/2012, cit., nota 14

fotográfica compuesta de instantáneas de carácter histórico, etnográfico y artístico de un autor extranjero nacido en 1878 y fallecido en 1936.

En este caso, la publicación de las fotografías se realiza por diferentes entidades y por diversos medios. Básicamente:

(a) mediante una separata coleccionable “Lanzarote en el Recuerdo” incluida en un rotativo dominical entre septiembre de 1998 y los primeros meses de 1999 en la que se reproducen siete fotografías, indicando la colección de la que procedían, sin indicar el autor y sin autorización del titular;

(b) mediante la inclusión en el año 2002 de una fotografía en un coleccionable distribuido en formato DVD y en un rotativo. La imagen había sido adquirida en 1992 de una colección de fotografías históricas; y

(c) mediante la inclusión en un libro publicado en 1998 de cinco fotografías, sin indicar quién era el autor, y haciendo constar quien había realizado la reproducción de las fotografías así como los Archivos que habían cedido las fotografías.

Ante esta situación, la Audiencia de Las Palmas, en su sentencia de 18 de marzo de 2011 concluye que no se necesita inscripción registral y *“consecuentemente resulta de aplicación el artículo 6 de la ley de 1879 de corresponder la propiedad intelectual a los autores durante su vida por el termino de ochenta años o en palabras de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 26 de enero de 2005 (Sección 12a, No de Recurso: 586/2003 ,No de Resolución: 41/2005; - <<de toda la interpretación armónica y conjunta de la legislación que acabamos de reseñar -art. 3.1 C. civil, no puede por menos de concluirse por un lado, que la duración de los derechos de autor fallecidos antes del 7-12-1987 tienen una duración de ochenta años a favor de sus herederos o causahabientes, a contar desde la muerte del autor y, por otro lado, que estos derechos y con dicha duración se extiende a los autores extranjeros de Estados que hayan suscrito o se hayan adherido a mencionada Convención Universal sobre derechos de autos y desde luego a los países que hoy son miembros de la Comunidad Europea, siempre que ejerciten dichos derechos ante la jurisdicción española.>>¹⁷*

En ambas sentencias, sentencia de 13 de junio de 2012 y de 18 de marzo de 2011, se refleja, en definitiva, el criterio adoptado en múltiples sentencias anteriores.

En efecto, salvo la acertadamente criticada¹⁸ sentencia del Tribunal Supremo de 11 de abril de 2001¹⁹ que ante la inexistencia de Registro de una obra editada en 1916 por un autor fallecido en 1936 declara la obra en el dominio público, existen

¹⁷ SAP de Las Palmas, Sección 5ª, 18/03/2011, cit., pág 76, FD3 y FD4.

¹⁸ Véase, Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo, “Registro de la propiedad intelectual y dominio público”, Aranzadi Civil – Mercantil, núm 16/2001 parte Tribuna, Aranzadi, 2001.

¹⁹ STS, Sala Primera, Civil, 11/04/2001, rec.271/1996, (Ponente, Sierra Gil de la Cuesta, Ignacio) caso (denominado por la autora) de la Obra “Semana Santa en Sevilla” (La Ley 5125/2001). Se trata de la publicación en 1991 por la Universidad de Sevilla de la obra editada en 1916 por el autor fallecido en 1936, sin autorización de la heredera titular de los derechos de explotación sobre la misma. El TS aplica la ley de 1879 artículos 38 y 39 exigiendo la obligación de inscripción registral declarando a la obra en el dominio público.

múltiples otras sentencias que se manifiestan con rigurosidad jurídica en el sentido de no exigir a los autores formalidades adicionales a la creación²⁰ y fijan el plazo de duración de los derechos de explotación en los ochenta años después del fallecimiento del autor. Entre éstas, cabe distinguir por razón de las obras las siguientes:

(a) Obras pictóricas

En este sentido se manifiesta, en un caso de reproducciones no autorizadas de obras pictóricas, la Audiencia Provincial de Madrid en su sentencia de 26 de enero de 2005²¹. El caso trata sobre la promoción y venta durante 1999 – 2000 por parte de una sociedad de ediciones de 6 reproducciones de obras pictóricas de Claude Monet fallecido el 26 de diciembre de 1926 sin autorización de los titulares de los derechos de explotación.

En este caso, la Audiencia decide, entre otros aspectos, sobre la aplicación de las Disposiciones Transitorias Primera y Cuarta de la LPI 1/1996. La Audiencia estima, en base a los razonamientos antedichos, la aplicación del plazo de ochenta años *post mortem* a las obras. Consecuentemente la entrada en el dominio público se produciría el 1 de enero de 2007.

(b) Obras literarias

Igual razonamiento es utilizado por el Juzgado de lo Mercantil de Madrid en un caso de edición, publicación y comercialización no autorizadas de obras literarias. En este caso se trata de obras de Chesterton, fallecido el 14 de julio de 1935. El Juzgado de lo Mercantil, de Madrid en su sentencia de 14 de julio de 2011²² aplica el Convenio de Berna y la Disposición Transitoria Cuarta de la LPI para la duración de los derechos de explotación fijando la entrada en el dominio público de las obras del autor el 31 de diciembre de 2016.

Además, en este supuesto, el Juzgado, tratándose de un autor extranjero, aplica acertadamente, el Auto nº 320/2005 dictado por la Audiencia Provincial de Barcelona el 19 de diciembre de 2005²³ en el que se recoge la doctrina sentada por la Sentencia del TJUE de 6 de junio de 2002 en el caso Ricordi²⁴ puesta en

²⁰ Con carácter previo, SAP Cantabria, sección 3, 09/09/1997, (Ponente: Alonso Roca, Agustín) sobre la reedición de la Obra “Mitologías y Supersticiones de Cantabria” (La Ley 15194/1997) editada por primera vez en 1964 por su autor fallecido en 1972. La reedición se efectúa sin la autorización previa de los titulares de los derechos de explotación. En su FD4 declara que: “... de la interpretación conjunta de las normas estudiadas se colige que el legislador ha querido facilitar tanto a los autores vivos, como a los derechohabientes de los mismos y siempre sin perjuicio de los derechos adquiridos por tercero, la recuperación de los derechos de explotación que entraron en el dominio público por falta de inscripción en su día de la obra en el RPI”.

²¹ SAP Madrid, Sección 12, S. núm.41/2005, de 26 enero, (Ponente: Uriarte Lopez, Cesar) caso de “Las reproducciones de obras pictóricas de Claude Monet” (AC\2005\879), FD2 y FD5

²² S. Juzgado de lo Mercantil, Madrid, 14/07/2011 (Ponente: Gallego Sánchez, Ana María) caso de la reproducción de “Libros de Chesterton” (AC\2011\1538).

²³ AP Barcelona, Sección 15, Auto núm. 320/2005, de 19 de diciembre, (Ponente. Garrido Espá, Luis), (JUR\2007\189505) dictado en sede de medidas cautelares para la suspensión de la publicación y distribución del Tomo II de las “Obras completas” del autor James Joyce, irlandés de nacimiento y fallecido en 1941 sin autorización del titular de los derechos de explotación. FD3.

²⁴ STJCE, Sala 5, 06/06/2002 (asunto C-360/00, Land Hessen c. Ricordi) sobre la interpretación del artículo 6, párrafo primero, del Tratado CE (actualmente artículo 12 CE, párrafo primero) en el

relación con la Disposición Transitoria Cuarta de la LPI y la antigua Ley de 10 de enero de 1879. En base a esta doctrina el Juzgado determina:

“la aplicación, tal como enseña aquella Sentencia, del principio de trato nacional sin discriminación por razón de la nacionalidad cuando se trata de obra de autor de un Estado de la Unión Europea, lo que permite reconocer -y lo decimos con las prevenciones propias de la fase cautelar- una duración del derecho de exclusiva, en nuestro país y en el caso que contemplamos, que alcanza los 80 años tras el fallecimiento del autor”

1.1.2. Fotografías de autores vivos después del 7 de diciembre de 1987.

En este caso se trata de fotografías realizadas antes de la Ley de Propiedad Intelectual de 1987 por autores vivos después del 7 de diciembre de 1987.

Como en el caso anterior, estas fotografías gozan de la protección de la propiedad intelectual según la Ley de 10 de enero de 1879 siendo el plazo de vigencia de los derechos de explotación de Propiedad Intelectual hasta pasar al dominio público de conformidad con el artículo 6 de la citada Ley de ochenta años desde el fallecimiento del autor. A las fotografías del periodo analizado, no les son de aplicación las nuevas disposiciones tanto introducidas por la LPI/1987 como por la LPI 1/1996, que sean perjudiciales a los derechos nacidos sobre las mismas y regidos bajo la anterior ley de 1879.

Esta interpretación es conforme con la aplicación del Convenio de Berna así como de la Disposición Transitoria Primera de los nuevos textos legales que fijan la irretroactividad de la norma perjudicial para los derechos de los autores adquiridos con anterioridad.

Por lo tanto, a estas fotografías realizadas antes de la LPI/1987 no se les aplica el artículo 26 de la actual LPI 1/1996 que fija la duración de los derechos de explotación hasta la entrada en el dominio público en setenta años después de la muerte o declaración de fallecimiento del autor. De igual modo, no es de aplicación el artículo 128 reservado a las meras fotografías que fija para los derechos de explotación reconocidos un periodo de vigencia de veinticinco años computados desde el día 1 de enero del año siguiente a la fecha de realización de la fotografía o reproducción.

Así, a los autores vivos después del 7 de diciembre de 1987, se les reconoce derechos de explotación sobre sus fotografías realizadas antes de la Ley de 1987 por un periodo de ochenta años *post mortem* sin el requisito de cumplir las formalidades de inscripción en el Registro de la Propiedad Intelectual. Los Tribunales se han manifestado de forma reiterada en este sentido para diversas obras entre las que se encuentran las fotografías.

marco de un litigio relativo a los derechos de representación de la ópera *La Bohème* del compositor italiano Puccini (fallecido en 1924) durante las temporadas 1993/1994 y 1994/1995.

(a) Fotografías

En efecto, así se manifiesta, en el ámbito específico de las fotografías, la Audiencia Provincial de Valencia en su sentencia de 27 de febrero de 2007²⁵ en un caso sobre instantáneas fotográficas que recogen eventos públicos de carácter político con valor histórico y documental.

La Audiencia en su sentencia trata, en concreto, de la reproducción y publicación de doce fotografías realizadas entre 1975 y 1982 en el Libro “Política y Políticos Valencianos. 25 años: 1975-2000, vol.1 (años 1975-1982)” que se efectúa omitiendo quién era el fotógrafo y sin su autorización.

A este efecto, la Audiencia declara la pervivencia de los derechos de explotación del autor y precisa además la irrelevancia del origen de la adquisición u obtención de las fotografías usadas por los autores del Libro. En concreto, considera irrelevante que se hayan conseguido por escaneado (reproducción) de archivos de hemerotecas o por cesión (donación, comodato) del propio retratado o de las entidades políticas²⁶.

(b) Obra coreográfica

Igualmente en un caso de coreografía de un espectáculo musical realizada antes de 1987, la Audiencia Provincial de Madrid, en su sentencia de 14 de octubre de 2004²⁷ aplica la Disposiciones Transitorias 1ª y 2ª de la LPI 1/1996 y de la LPI/1987. La Audiencia reconoce al autor los derechos de explotación por aplicación de la Ley de 1879 y del Convenio de Berna y fija su duración en 80 años *post mortem*.

(c) Obra Literaria

De igual modo se manifiesta la Audiencia Provincial de Navarra en su sentencia de 23 de marzo de 2004²⁸ en el caso de las representaciones de la obra “El

²⁵ SAP Valencia, Sección 9ª, 27/02/2007, rec. 24/2007 (Ponente: Caruana Font de Mora, Gonzalo María) caso del Libro “Política y Políticos Valencianos. 25 años: 1975-2000, vol.1 (años 1975-1982)” (La Ley 117429/2007) FD3.

²⁶ SAP Valencia, Sección 9ª, 27/02/2007, rec.24/2007, cit., nota 25, FD5. “No existe en el supuesto causa que libere a los interpelados a usar y explotar de tales fotografías sin la obtención del consentimiento del autor, pues el dato de que la mayoría fuesen obtenidas por escaneado de archivos de determinadas hemerotecas no da derecho alguno para explotar en su beneficio tales fotografías omitiendo a quien es su autor, mas cuando en la mayoría de ellas se hace mención al diario Las Provincias, a cuya editora tampoco los interpelados se dirigieron cuando por otro lado conocían que el actor era y es el fotógrafo de dicho Diario. Tampoco exime de tal obligación que recibiesen algunas fotografías de algún retratado en la misma o de alguna entidad política, pues, por un lado tales afirmaciones no han tenido prueba alguna que las refrende y por otro lado esas terceras personas indicadas no son los autores de las mismas”.

²⁷ SAP Madrid, Sección 12, S, núm. 668/2004, de 14 octubre, (Ponente: Alía Ramos, Maria Jesús) caso “Coreografía del espectáculo musical “Vaya par de Gemelas”” (AC\2005\127).

²⁸ SAP Navarra, Sección 2, S núm 52/2004, de 23 de marzo, (Ponente: Cobo Sáenz, José Francisco) caso de “las representaciones de la obra “El Misterio de San Guillén y Santa Felicia” (AC\2004\816). En el caso, se trata de representaciones de la obra creada e inscrita (guión, letra, música) en 1965 en la Sociedad General de Autores y Editores por autores fallecidos en el momento de la sentencia (no nos consta la fecha exacta de fallecimiento) celebradas en Obanos en julio de 2000 y de 2002, sin la preceptiva autorización de la SGAE.

Misterio de San Guillén y Santa Felicia”. La Audiencia reconoce el plazo de vigencia de 80 años *post mortem* y los derechos de la entidad gestora la Sociedad General de Autores y Editores para solicitar la remuneración por los derechos que gestiona sobre la Obra.

En este caso, la Audiencia aunque expresamente hace referencia al criterio formalista mantenido en la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de abril de 2001²⁹, no lo comparte y aplica el criterio contrario también fijado por la misma sala del Tribunal Supremo en la sentencia de 23 de octubre de 2001³⁰ en el que expresamente se declara la no necesidad de la inscripción para la pervivencia de los derechos de explotación sobre obras creadas con anterioridad a la Ley de 1987.

Para finalizar, es preciso señalar que las fotografías realizadas antes de 1987 bajo el ámbito de la Ley de 10 de enero de 1879 gozan de la protección de la propiedad intelectual sin distinción entre obras fotográficas y meras fotografías. Esta distinción se introduce por primera vez en la LPI/1987 y se mantiene en la actual LPI 1/1996 (artículo 10 (1) (h) y artículo 128).

En efecto, en el momento de la introducción de esta distinción, el autor de las fotografías realizadas hasta 1987 ya había adquirido los derechos de explotación según la legislación aplicable a la época de su realización. En consecuencia y como sucede para los años de vigencia de los derechos de explotación, también para este supuesto es de aplicación la Disposición Transitoria Primera y por lo tanto, la irretroactividad de las normas perjudiciales a los derechos de los autores adquiridos con anterioridad.

Este es el criterio mantenido en las sentencias citadas de la Audiencia Provincial de Valencia de 13 de junio de 2012 y de la Audiencia Provincial de Las Palmas de 10 de marzo de 2011 (ésta última de forma incidental)³¹. Ahora bien, es preciso señalar que la Audiencia Provincial de Valencia, en su también citada sentencia de 27 de febrero de 2007 si bien no aplica la distinción a efectos de protección, recurre a la misma al fijar el *quantum* indemnizatorio³².

²⁹ STS, Sala Primera, Civil, 11/04/2001, rec.271/1996, cit. nota 19

³⁰ STS. Sala Primera Civil, 23/10/2001, rec.1959/1996, (Ponente, Corbal Fernández, Jesús) caso de la obra “Técnicos en mantenimiento integral óptimo” (La Ley 8749/2001). Se trata del plagio por una Asociación de Industria de la obra creada con anterioridad a la Ley de 1987.

³¹ SAP Valencia, Sección 9, 13/06/2012 cit., FD3. SAP de Las Palmas, Sección 5, 18/03/2011, cit., FD7.

³² SAP Valencia, Sección 9, 27/02/2007, cit., en este sentido declara en su FD5: “ *la Sala no puede compartir la cifra interesada por el demandante por indemnización tanto patrimonial como moral, ni apoyarse en la documentación en tal sentido aportada con la demanda, pues el concepto del cual parte a tales efectos como premisa para su valoración (remuneración que hubiese obtenido de autorizar la explotación de obra fotográfica) no es acertado cuando nos encontramos ante instantáneas fotográficas que recogen eventos públicos en su casi totalidad de carácter político, donde prácticamente no existe actividad preparatoria ni originalidad en cuanto se limitan a captar el suceso Público que viene aconteciendo. No niega la Sala el reconocido prestigio profesional del actor, valoración igualmente admitida por los demandados, así como el importante valor histórico y documental que aportan dichas fotografías, por la trascendencia política de los*

A la vista de lo expuesto, resulta, por lo tanto irrelevante a los efectos de determinar la duración (y contenido) de los derechos de explotación de los autores en materia fotográfica la protección dual fijada por los textos de Propiedad Intelectual a partir de 1987 para fotografías anteriores a la misma. Ahora bien, esta situación difiere para las fotografías realizadas con posterioridad.

1.2. Fotografías realizadas a partir de la vigencia de LPI/ 1987

A diferencia de la época anterior, el período de vigencia de los derechos de explotación sobre las fotografías realizadas a partir de la entrada en vigor de la LPI/1987, actual LPI 1/1996, difiere en atención a la clasificación de la fotografía en obra fotográfica (artículo 10(1) (h)) o en mera fotografía (artículo 128).

La Ley instaure así una protección dual para las fotografías, protección que, por otra parte, está en perfecta consonancia con la Directiva 1993/98/CEE sobre armonización del plazo de protección del Derecho de autor y determinados derechos afines³³ y se mantiene en la Directiva 2006/116/CE³⁴.

El elemento clave de esta clasificación reside en la existencia de “originalidad” en la fotografía realizada.

Así, en efecto, los derechos de explotación (derechos de reproducción, distribución, transformación, comunicación pública, de participación) correspondientes a una fotografía original tienen un período de vigencia de setenta años después de la muerte de su autor o de su declaración de fallecimiento (artículo 26 de la LPI 1/1996 y artículo 6 de la Ley 3/2008 de 23 de diciembre³⁵). Después de la entrada en el dominio público, toda utilización de la fotografía si es obra fotográfica está únicamente sujeta al respeto de los derechos morales de autoría e integridad del artículo 14 (3) y (4) de la LPI 1/1996.

Por su parte, los derechos de explotación (derechos de reproducción, distribución y comunicación pública) reconocidos a una mera fotografía, es decir a una fotografía considerada no original, tienen un período de duración menor, veinticinco años computados desde el 1 de enero del año siguiente a la fecha de realización de la fotografía o reproducción.

momentos que plasman, pero ello no legitima para incluirlas en una categoría artística que no le resulta procedente”.

³³ Directiva 1993/98/CEE sobre armonización del plazo de protección del Derecho de autor y determinados derechos afines . (DO. L290. 24/11/1993). artículo 6 refiriéndose a las fotografías no originales estipula “que la protección de las demás fotografías debe dejarse a la legislación nacional” y Considerando 17

³⁴ Directiva 2006/116/CE³⁴ del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 /12/ 2006, relativa al plazo de protección del derecho de autor y de determinados derechos afines (DO. L372, 27/12/2006) artículo 6 y Considerando 16. Igualmente, en este aspecto no está afectada por la Directiva 2011/77, de 27/09/2011 por la que se modifica la Directiva 2006/116/CE relativa al plazo de protección del derecho de autor y de determinados derechos afines (DO.L265, 11/10/2011).

³⁵ Ley relativa al derecho de participación en beneficio del autor de una obra de arte original, Ley 3/2008, de 23 de diciembre. BOE, 25/12/2008, núm 310.

Como se puede apreciar, la originalidad de una fotografía es el elemento clave diferenciador entre la obra fotográfica y la mera fotografía³⁶. Antes de proceder al examen de la originalidad, deseamos poner de relieve la posibilidad que ofrece la LPI 1/1996 y la Directiva 93/98 de abrir un nuevo periodo de protección para obras ya obrantes en el dominio público que puede afectar a las fotografías.

1.3. Publicación de fotografías inéditas en dominio público.

Las fotografías no publicadas de autores identificados y cuyo fallecimiento ha superado el periodo fijado para entrar en el dominio público (ochenta años *post mortem* fijado en la Ley de 1879, el período de setenta años *post mortem* supone una entrada en el dominio público a partir como mínimo del año 2058) pueden estar sujetas a un nuevo plazo de protección de 25 años.

De conformidad con el artículo 129 de la LPI 1/1996 y su correspondiente artículo 4 de la Directiva 93/98 (Directiva 2006/116), esta situación es posible siempre que la fotografías sean inéditas y, por primera vez, se publiquen o se comuniquen lícitamente al público. En estos supuestos, la persona que hubiera realizado esta publicación o comunicación pública gozará de una protección equivalente a la de los derechos económicos del autor con un período de vigencia de 25 años contados a partir del 1 de enero del año siguiente al de la publicación o comunicación pública.

En todo caso, la LPI/1996 se refiere en este supuesto a obras, por lo tanto, a las que, con la salvedad de lo ya expuesto para las fotografías realizadas antes de la LPI/1987, reúnen el requisito de originalidad.

2. ORIGINALIDAD DE LAS FOTOGRAFÍAS

Dada la repercusión de la originalidad en los derechos morales y en los derechos de explotación (su extensión y período de vigencia) sobre las fotografías, la definición de la misma deviene fundamental tanto para los autores como para los demás participantes en el proceso creativo y, en su caso, en la sociedad de la información.

Dada su trascendencia económica, el concepto de “originalidad” es objeto de tratamiento tanto a nivel normativo como jurisprudencial en el ámbito comunitario.

2.1. Criterio normativo comunitario de originalidad

La Directiva 1993/98/CEE sobre armonización del plazo de protección del Derecho de autor y determinados derechos afines³⁷ regula expresamente la definición comunitaria de originalidad de las fotografías en su artículo 6 y

³⁶ Por su especificidad, excluimos de esta exposición, las fotografías capturadas por sensores montados en satélites artificiales o en vehículos espaciales que capturan imágenes. Prescindimos igualmente de las fotografías “street view”, (fotografías capturadas a partir de aparatos situados en puntos fijos o en vehículos terrestres).

<http://www.google.com/help/maps/streetview/learn/turning-photos-into-street-view.html>.

³⁷ Directiva 1993/98/CEE sobre armonización del plazo de protección del Derecho de autor y determinados derechos afines . (DO. L290. 24/11/1993).

Considerando 16. El concepto comunitario contenido en la Directiva presenta dos aspectos fundamentales: primero, proporciona una definición armonizada de originalidad y segundo la establece como el criterio único a aplicar por los Miembros de la Unión para declarar una fotografía como obra protegida por el Derecho de autor

(a) Creación Intelectual propia del autor

El concepto comunitario de originalidad aplicado a las fotografías radica en considerar a la fotografía como una creación intelectual, entendida ésta como forma de plasmar mediante imágenes ideas / sensaciones, “*propia de su autor*”, interpretando el término “*propia*” como “*reflejo de la personalidad*” del autor³⁸.

Esta definición de la originalidad como creación intelectual propia del autor no es, por otra parte, específica y exclusiva de las fotografías. Previamente, ya se había introducido este criterio para los programas de ordenador en la Directiva 91/250 (actual Directiva 2009/24)³⁹ y posteriormente se reitera en la Directiva 96/9 de protección de una Base de Datos⁴⁰, en la que para calificar de original una Base de Datos se usa el único criterio de ser “*una creación intelectual de su autor*” aplicada a “*la selección o la disposición de su contenido*”.

(b) Originalidad requisito único

Simultáneamente, la Directiva de Duración (Directiva 1993/98 y Directiva 2006/116/CE) prescribe, expresado en sentido negativo, que, salvo el criterio de “*creación intelectual del autor que refleja su personalidad*”, no se debe aplicar “*ningún otro criterio*” para determinar el derecho del autor a la protección de sus fotografías.

A título enunciativo, la Directiva en su Considerando (17) (actual Considerando (16)) explícitamente proscribía para la apreciación de la originalidad la utilización de los criterios de “*mérito o finalidad*”.

(i) La prohibición del mérito implica la prohibición de baremos de apreciación entre los que se encuentran aquéllos que condicionan la originalidad de la fotografía a la “*profesionalidad*”, al “*esfuerzo y laboriosidad*” del fotógrafo y aquellos que la subordinan al criterio de “*creatividad*” entendida como un “*nivel o grado*”, una “*mínima altura creativa*” en la realización de la fotografía o en la

³⁸ La Directiva 1993/98 (Directiva 2006/116/CE) de Duración define en su artículo 6 expresamente a las fotografías “*originales*” como “*creaciones intelectuales propias del autor*” y en su Considerando 17 (Considerando 16 Directiva 2006/116/CE) considera el término “*propias*” equivalente al reflejo de la personalidad del autor expresándose en los términos siguientes: “*es necesario definir el grado de originalidad en la presente Directiva; que una obra fotográfica con arreglo al Convenio de Berna debe considerarse original si constituye una creación intelectual del autor que refleja su personalidad*”.

³⁹ Artículo 1 (3), Directiva 91/250/CEE del Consejo de 14 de mayo de 1991, sobre la protección de programas de ordenador (DO C-204, 09/08/2008) igualmente en la Directiva 2009/24/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de abril 2009 de sobre la protección de los programas de ordenador (DO L 111/16, 05/05/2009) un programa de ordenador es original si es una “*creación intelectual propia de su autor*” .

⁴⁰ Artículo 3 de la Directiva 96/9 del Parlamento Europeo y del Consejo de protección de las Bases de Datos (DO L 77, 27/03/1996).

fotografía misma.

(ii) La prohibición de la finalidad significa, por su parte, la irrelevancia en la estimación o desestimación de la originalidad de las fotografías de la finalidad de las mismas sea ésta estética, artística, publicitaria, (reportajes de moda, de propaganda, retratos, desfiles de moda), técnica, utilitaria, informativa, histórica - documental (fotografías de guerra o de eventos culturales o políticos, etnográficas, costumbristas, viajes, naturaleza) y el reconocimiento de la posible apreciación de la originalidad en todas ellas siempre que reúnan el criterio comunitario.

(iii) La novedad es otro de los criterios excluidos de la apreciación de la originalidad. Este criterio, a veces también denominado “novedad objetiva”, consiste en considerar “original” a la creación nueva que no existe anteriormente, a la creación novedosa frente a cualquier otra preexistente. Este criterio es excluido del ámbito del Derecho de autor por ser propio de la propiedad industrial, en especial de las patentes y/o los diseños.

La “singularidad” a veces denominada “especificidad” de la fotografía basada en apreciar la impresión general, el impacto o efecto que la fotografía produce en los destinatarios por su comparación con la producida por otras fotografías realizadas con anterioridad o por su nivel o altura creativa es un criterio a excluir por estar subsumido dentro de los anteriores de mérito y novedad.

La Directiva de Duración (Directiva 1993/98) reitera así para las fotografías la prescripción del criterio único, originalidad, contenida en artículo 1(3) y Considerando 8 de la Directiva 91/250 (actual Directiva 2009/24) para la protección de los programas de ordenador, en la que expresamente se prohíbe como criterios de determinación de la originalidad de un programa de ordenador los de “*carácter cualitativo o los relativos al valor estético del programa*”.

Es de notar que esta definición en sentido negativo de originalidad de los programas de ordenador de la Directiva 91/250 surge como reacción al concepto alemán de originalidad que requería en un test de dos niveles apreciar, por un lado, la existencia de “novedad” y por otro, una “mínima altura creativa”. Test aplicado por el *Bundesgerichtshof, BGH* (Tribunal Federal Alemán) en el caso “*Inkassoprogramm*” en su sentencia de 9 de mayo de 1985 y en el caso “*Betriebssystem*” en su sentencia de 4 de octubre de 1990. Concepto que, por otra parte, es abandonado por el propio *BGH* en el caso “*Buchhaltungsprogramm*” en su sentencia de 14 de julio de 1993 tras la implementación de la Directiva⁴¹.

⁴¹ Véase, “*Software Protection in Germany – recent Court Decisions in Copyright Law*” en *Computer Law and Security Review*, 1995/11, págs 12-13; JUDGE, E y GERVAIS, D., “*Of Silos and Constellations: Comparing Notions of Originality in Copyright Law*” en *Intellectual Property Protection of Fact-Based works, Copyright and its alternatives*. Edit. Brauneis, Publ. Edward Elgar, UK., 2009, pag. 383; HEINDIGER, Roman, “*The Threshold of originality under EU Copyright Law*”, in *Co-Reach Intellectual Property Rights in the New Media*, Hong Kong Workshop, 20/10/2011; Para el Tribunal Supremo austriaco donde el estándar de la “mínima altura creativa” ha sido sustituido por el criterio armonizado, Véase WALTER M.Michael, “*Austria*” in *Copyright and Photographs, An International Survey*, edit. Gendreau Y, Nordemann A. Oech,R, Kluwer Law International, London 1999, p.49. Del mismo autor, las respuestas al “*Questionnaire – Boundaries*”

Igualmente se reitera esta obligación de criterio único en la Directiva 96/9 en la que expresamente se prohíbe la aplicación de otros criterios y, en especial, criterios estéticos o cualitativos para declarar original una Base de Datos.

Como se puede comprobar, a nivel normativo, en la Unión, existe un concepto uniforme de originalidad de las fotografías para considerarlas obra protegida por el derecho de autor junto con los programas de ordenador y las Bases de Datos. Concepto armonizado que se extiende, por otra parte, a todas las obras comprendidas en la Directiva infosoc (Directiva 2001/29)⁴² por la interpretación uniforme realizada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea como se expondrá en páginas posteriores.

2.2. Test de la libre elección del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

Aplicado el concepto armonizado a las fotografías (Directiva 93/98 y 2006/116), éstas son “originales” si son “creaciones - formas de expresar una idea/sensación - propias de su autor” por “reflejar su personalidad”.

Para poder verificar la existencia de este reflejo de la personalidad en las fotografías, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el *Caso Painer* (asunto C-145/10)⁴³, en su sentencia de 1 de diciembre de 2011, aplica el test de la libre elección del autor y declara que la fotografía realista y especialmente los retratos fotográficos pueden gozar de la protección de los Derechos de autor por aplicación del artículo 6 de la Directiva 93/98.

En este caso, se trata de reproducciones de un retrato fotográfico de una niña de diez años posteriormente secuestrada no autorizadas por su autora, una fotógrafa profesional y, en el que se plantea la cuestión de la “originalidad” del retrato.

Siguiendo al TJUE, mediante la aplicación del test de la libre elección del autor, se trata de verificar, y ésta es tarea encomendada a los órganos jurisdiccionales nacionales, la existencia de esta libertad a dos niveles: en la interacción entre la forma y la función de la obra creada y en las decisiones del autor en los diferentes momentos del proceso creativo.

(a) La libertad en la forma de expresar ideas

El primer nivel consiste en evaluar la interacción entre la forma y la función. El correspondiente órgano jurisdiccional tiene encomendada la tarea de constatar, en cada caso concreto, si la fotografía realizada viene dictada por

and Interfaces. Answers of the Austrian Group of ALAI. ALAI 2011 – Dublin Congress” en <http://www.alaidublin2011.org/wp-content/uploads/2011/06/Austria.pdf>.

⁴² Directiva 2001/29/CE, 22/05/2001, Armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información (DO L167, 22/06/2001).

⁴³ STJUE (Sala Tercera) 1 /12/ 2011 (asunto C-145/10) Caso Painer. Para ver el retrato en http://www.ippt.eu/files/2011/IPPT20111201_ECJ_Painer_v_Standard.pdf.

consideraciones técnicas, reglas o exigencias que no dejan lugar a la libertad creativa. Se trata, en definitiva, de verificar, en cada caso, si la función de la obra condiciona su expresión de tal modo que forma e idea se confunden hasta el punto que el fotógrafo no puede realizar ninguna o escasa selección en la forma de manifestar sus ideas.

Verificada la libertad en la forma y superado este primer nivel se procede a verificar el segundo nivel del test.

(b) La libertad en las decisiones del autor

En este supuesto, se trata de poner en evidencia si el fotógrafo en la fotografía como forma de manifestar su idea, ha tomado decisiones libres y creativas, esto es, decisiones en las que puede dejar su "impronta personal". Se trata de especificar para cada creación los diferentes momentos y formas en qué estas decisiones pueden ser adoptadas para proceder a continuación a verificarlas.

En aplicación de este estándar de originalidad, el TJUE, en el *Caso Painer*, a pesar de la falta de libertad en la elección del motivo, el retrato se realiza por encargo, resuelve que el margen del autor para poner en práctica su capacidad creativa no es necesariamente escaso o incluso inexistente.

El Tribunal declara que los retratos fotográficos, por su finalidad, no deben ser excluidos de la consideración de obras fotográficas ya que, en cada caso, se debe apreciar si en los diferentes momentos del proceso creativo el autor puede tomar sus decisiones libres y creativas de diversas maneras en las que puede dejar su «impronta personal».

El TJUE, para los retratos fotográficos, precisa además, los diferentes momentos en los que el autor puede manifestar su impronta creativa distinguiendo a tal efecto:

“En la fase preparatoria, el autor podrá elegir la escenificación, la pose de la persona que se va a fotografiar o la iluminación”.

“Al hacer el retrato fotográfico, podrá seleccionar el encuadramiento, el enfoque o incluso el ambiente creado”.

“Por último, al obtener copias, el autor podrá elegir, de entre las diversas técnicas de revelado que existen, la que desee utilizar, y podrá recurrir eventualmente a programas informáticos”.

Por lo tanto, respecto del retrato fotográfico, el TJUE concluye que es una obra fotográfica y, por lo tanto, el autor goza de los Derechos de autor en aplicación de la Directiva infosoc (Directiva 2001/29)⁴⁴.

⁴⁴ Directiva 2001/29/CE, 22/05/2001, (DO L167, 22/06/2001) cit. nota 42 Véase también CDOs 85 - 99, STJUE (Sala Tercera) 1 diciembre 2011 (asunto C-145/10) Caso Painer :” *“Dado que se ha acreditado que el retrato fotográfico de que se trata constituye una obra, su protección no es inferior a aquélla de que goza cualquier otra obra, incluidas las obras fotográficas”.*

Esta sentencia no es un caso aislado. Por el contrario, el test de la libre elección utilizado en el Caso *Painer* es una doctrina jurisprudencial constante del TJUE durante el período 2009 – 2012.

2.2.1. Antecedentes del Caso *Painer*

Con carácter previo, el test de la libre elección del autor ya es aplicado por el TJUE como estándar de verificación del criterio armonizado de originalidad en cuanto impronta personal del autor en extractos de artículos de prensa, en interfaces gráficas de usuario y en partidos de fútbol.

(a) Extractos de artículos de prensa. Caso *Infopaq*

En el Caso *Infopaq* (asunto C-5/08)⁴⁵ planteado al Tribunal de Justicia como cuestión prejudicial por el Hojesteret (Dinamarca), se trata de dilucidar si la actividad realizada en el contexto de un procedimiento de recopilación de datos, por la que se almacena en memoria e imprime un extracto formado por once palabras de artículos de prensa (protegidos por el derecho de la propiedad intelectual) constituye una “reproducción parcial” y “transitoria” a los efectos del artículo 2 de la Directiva infosoc (Directiva 2001/29).

Para resolver sobre la cuestión planteada, el TJUE, en su sentencia de 16 de julio de 2009, procede en primer lugar a definir el concepto de “Obra” protegida en el ámbito de la Directiva Infosoc basándose en el concepto de originalidad de la Directiva 91/250 sobre la protección jurídica de programas de ordenador⁴⁶, de la Directiva 96/9 sobre la protección jurídica de las Bases de Datos⁴⁷ y de la Directiva 2006/116 sobre las fotografías⁴⁸.

Apoyándose en estas Directivas, el TJUE concluye, en su Considerando 37, que la Directiva Infosoc sólo se aplica a las obras que “*constituyan creaciones intelectuales originales atribuidas a éste*”.

El criterio de “creación intelectual atribuida a un autor”, según el TJUE, aplicado a los artículos de prensa, “*proviene normalmente de la forma de abordar el tema seleccionado y del registro lingüístico empleado para ello*” y, con respecto a los extractos prosigue “*no puede descartarse que determinadas frases sueltas, o incluso algún elemento de las frases que integran el texto de que se trate, puedan transmitir al lector la singularidad de una determinada publicación, como un artículo de prensa, haciéndole partícipe de un elemento que condensa la expresión de la creación intelectual única del autor*”.

⁴⁵ STJUE (Sala Cuarta) 16/07/2009 Caso *Infopaq* (asunto C-5/08, apartados 33 a 51).

⁴⁶ Artículo 1 (3) de la Directiva 91/250/CEE del Consejo de 14 de mayo de 1991, sobre la protección de programas de ordenador (DO C-204, 09/08/2008) igualmente en la Directiva 2009/24/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de abril 2009 de sobre la protección de los programas de ordenador (DO L 111/16, 05/05/2009).

⁴⁷ Artículo 3 de la Directiva 96/9 del Parlamento Europeo y del Consejo de protección de las Bases de Datos (DO L 77, 27/03/1996).

⁴⁸ Artículo 6 de la Directiva 2006/116/CE de 12 de diciembre sobre el plazo de protección del derecho de autor y d determinados derechos afines (DO L372, 27/12/2006).

El TJUE, en base al criterio de creación intelectual del autor, concluye en el caso de autos que la actividad, aún tratándose de un extracto del original formado por once palabras, podría ser considerada reproducción parcial de una obra protegida:

“Una actividad realizada en el contexto de un procedimiento de recopilación de datos, por la que se almacena en memoria e imprime un extracto de una obra protegida por el derecho de propiedad intelectual formado por once palabras, constituye una reproducción parcial a los efectos del artículo 2 de la Directiva 2001/29/CE, (...) si –lo cual corresponde verificar al tribunal remitente– el producto de dicho procedimiento expresa la creación intelectual del autor”.

Por último, el TJUE mantiene en el *Caso Infopaq* que la cuestión de saber si una obra cumple los requisitos para ser protegida por el Derecho de autor no está sujeta a un test nacional sino a un criterio de la Unión Europea.

(b) Interfaces gráficas de usuario. Caso *BSA*

En el Caso *BSA* (asunto C-393/09)⁴⁹, el TJUE, en su sentencia de 22 de diciembre de 2010, reitera la aplicación del criterio *“creación intelectual propia de su autor”* para apreciar la originalidad de una interfaz gráfica de usuario.

En este caso, el TJUE utiliza este criterio sobre la base de la aplicación al caso de la Directiva 2001/29, (Directiva Infosoc) y no, como se le había planteado, de la Directiva 91/250/CEE de 14 de mayo de 1991, sobre la protección jurídica de programas de ordenador.

El TJUE estima que las interfaces gráficas de usuario no están incluidas en el concepto *“de cualquier forma de expresión de un programa de ordenador”* del artículo 1, apartado 2, de la Directiva 91/250/CEE. El TJUE, para excluirla de la Directiva 91/250, argumenta que la interfaz gráfica de usuario es una *“interfaz de interacción que permite una comunicación entre el programa de ordenador y el usuario”*. Como herramienta de interacción, la interfaz gráfica de usuario, prosigue el TJUE, *“no permite reproducir el programa de ordenador sino que sólo constituye un elemento de dicho programa por medio del cual los usuarios utilizan las funcionalidades de éste”*. Como consecuencia, no siendo programa de ordenador en el sentido de la Directiva 91/250 la interfaz gráfica de usuario no puede disfrutar de la protección del derecho de autor sobre los programas de ordenador.

Ahora bien, el propio TJUE, en su sentencia, resuelve que, no obstante lo anteriormente declarado, esa interfaz gráfica de usuario puede ampararse, como una obra, en la protección del derecho de autor en virtud de la Directiva 2001/29/CE (Directiva Infosoc) *“si dicha interfaz constituye una creación intelectual propia de su autor”*.

Para comprobar el cumplimiento de este criterio, el TJUE considera que los tribunales nacionales deben tener en cuenta, *“la disposición o la configuración*

⁴⁹ STJUE, Sala Tercera, 22/12/2010, Asunto C-393/09, Caso *BSA*.

específica de todos los componentes” que formen parte de la interfaz gráfica de usuario para determinar cuáles cumplen el criterio determinante de la originalidad. Este criterio no se cumpliría para aquellos componentes de la interfaz que *“únicamente se caractericen por su función técnica”* y ello debido a la falta de libertad del autor en la toma de decisiones creativas.

En efecto, según el TJUE, en aplicación del test de la libre elección, el criterio de originalidad no se cumpliría en aquellos componentes de la interfaz gráfica de usuario cuya expresión viene impuesta por su función técnica ya que en este supuesto, *“las diferentes maneras de poner en práctica una idea son tan limitadas que la idea y la expresión se confunden”*⁵⁰.

(c) Partidos de Fútbol. Caso *Murphy*

De forma incidental, el TJUE, en el Caso *Football Association Premier League – Caso Murphy* (asuntos C-403/08 y C-429/08), en su sentencia de 4 de octubre de 2011, declara en sus apartados 95 a 99 que no pueden invocarse derechos de autor sobre los encuentros deportivos por no poder éstos calificarse como obras en el sentido de la Directiva Infosoc.

En efecto, en este caso, el TJUE, remitiéndose al Caso *Infopaq*, considera que las obras protegidas deben constituir una *“creación propia de su autor”* y este criterio no se cumple en el caso de los partidos de fútbol, al estar delimitados por reglas de juego que no dejan espacio a la libertad creativa en el sentido de los derechos de autor. En estas circunstancias, concluye el Tribunal, dichos partidos no pueden estar protegidos por los derechos de autor⁵¹.

2.2.2. Casos posteriores al Caso *Painer*

Con posterioridad al Caso *Painer*, el TJUE reitera el test de la libre elección en la apreciación de la originalidad de las Bases de Datos y de Manuales de utilización de programas de ordenador.

(a) Bases de Datos. Caso *Football Dataco*

Con posterioridad al Caso *Painer*, en el Caso *Football Dataco y otros* (Asunto C-604/10)⁵², el TJUE utiliza, en su sentencia de 1 de marzo de 2012, el criterio armonizado de originalidad y su test de verificación de la libre elección para declarar a una Base de Datos obra protegida por el derecho de autor.

⁵⁰ CDOs 45 a 51. STJUE, Sala Tercera, 22/12/2010, Asunto C-393/09, Caso BSA, se dejó a los tribunales nacionales decidir.

⁵¹ STJUE (Gran Sala), 4 /10/2011, Caso *Football Association Premier League* (Asuntos C-403/08 y C-429/08). No obstante, en sus apartados 101 y 102, el TJUE sobre la base del artículo 165 (1), párrafo segundo, TFUE reconoce que se permite a un Estado miembro proteger los encuentros deportivos por diferentes vías incluida la convencional en aplicación de la Directiva 97/36/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 30 de junio de 1997 por la que se modifica la Directiva 89/552/CEE del Consejo sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva (DO L 202. 30/07/1997).

⁵² STJUE (Sala Tercera) 1/03/2012 *Caso Football Dataco y otros* (Asunto C-604/10)

Se trata de Bases de Datos del artículo 1 (2) de la Directiva 96/9, definidas por el TJUE, en el *Caso Fixtures Marketing LTD* (Asunto C-444/02), como “*toda recopilación que incluya obras, datos u otros elementos, separables unos de otros sin que el valor de su contenido resulte afectado, y que esté dotada de un método o sistema, sea de la naturaleza que sea, que permita localizar cada uno de sus elementos*”⁵³. La originalidad afecta, por lo tanto, a la estructura de la Base de Datos no a sus posibles contenidos.

En el *Caso Football Dataco y otros*, el TJUE, refiriéndose a sentencias precedentes mantiene que el concepto de originalidad de la Base de Datos viene dado por el criterio de “*creación intelectual de su autor*” del artículo 3 (1) de la Directiva 96/9.

El Tribunal excluye expresamente de la apreciación de la originalidad de una Base de Datos los criterios de esfuerzo intelectual, de trabajo y pericia⁵⁴:

“El esfuerzo intelectual y la pericia destinados a la creación de esos datos no son pertinentes para apreciar si dicha base puede ser objeto de la protección conferida por ese derecho. – A tal efecto, resulta indiferente que la selección o la disposición de esos datos otorgue o no una relevancia especial a éstos. - El considerable trabajo y pericia exigidos por la configuración de dicha base no pueden, por sí mismos, justificar esa protección si no expresan ninguna originalidad en la selección o en la disposición de los datos que contiene”.

Ahora bien, aplicado el criterio armonizado de originalidad, al igual que lo resuelto en los casos precedentes, este criterio no se cumpliría, cuando la estructura de la Base de Datos viene dictada por consideraciones técnicas, reglas o exigencias que no dejan lugar a la libertad creativa.

Superada esta verificación, el criterio aplicado a la Base de Datos, a su estructura, se cumple siguiendo con el test de la libre decisión cuando, “*mediante la selección o la disposición de los datos que contiene*” el autor “*expresa su capacidad creativa de manera original tomando elecciones libres y creativas e imprimiendo así su toque personal*”.

(b) Manual de Programación. Caso SAS

En el caso SAS (Asunto C-406/10)⁵⁵, el TJUE en su sentencia de 2 de mayo de 2012, resuelve una serie de cuestiones prejudiciales relativas a la interpretación de las Directivas de programas de ordenador y la Directiva infosoc.

El TJUE trata de la funcionalidad de un programa de ordenador excluyéndola de la forma de expresión de tal programa en el sentido del artículo 1, apartado 2, de la Directiva 91/250.

⁵³ STJUE (Gran Sala), 9/11/2004, *Caso Fixtures Marketing LTD* (Asunto C-444/02), en cuya sentencia se declara que un calendario de partidos de un campeonato de fútbol constituye una “base de datos” del artículo 182) de la Directiva 96/9.

⁵⁴ STJUE 01/03/2012, *Caso Football Dataco y otros* (Asunto C-604/10) cit., nota 52

⁵⁵ STJUE (Gran Sala) 02/05/2012, *Caso SAS* (Asunto C-406/10).

El TJUE considera que proteger la funcionalidad de un programa supondría *“ofrecer la posibilidad de monopolizar las ideas, en perjuicio del progreso técnico y del desarrollo industrial”*⁵⁶ y que, de conformidad con la Directiva 91/250, la protección de los programas de ordenador mediante derechos de autor tiene como principal ventaja el hecho de que abarca tan sólo la expresión individual de la obra, ofreciendo por ende la flexibilidad suficiente para permitir a otros autores crear programas similares o incluso idénticos siempre que se abstengan de toda copia.

Sobre la base del caso *BSA*, el TJUE resuelve que la funcionalidad no constituye una forma de expresión de ese programa y por ello, carece de la protección del derecho de autor sobre los programas en el sentido de la Directiva.

Igualmente, el TJUE trata de los lenguajes de programación o los formatos de sus archivos de datos utilizados en un programa de ordenador para explotar algunas de sus funciones excluyéndolos. El TJUE considera que no son una forma de expresión de tal programa en el sentido del artículo 1, apartado 2, de la Directiva 91/250 y como en el supuesto anterior, carecen de la protección del derecho de autor sobre los programas de ordenador en el sentido de la Directiva 91/250. En definitiva, se trata de elementos del programa mediante los que los usuarios explotan algunas de sus funciones⁵⁷.

No obstante, esta afirmación para los lenguajes de programación o los formatos de archivos está sujeta a una precisión. Como en el caso *BSA*, su exclusión de la protección de la Directiva 91/250, no impide que el lenguaje de programación y los formatos de archivos puedan constituir una creación intelectual propia de su autor. En este supuesto, al ser originales son obras de la Directiva 2001/29 y por lo tanto pueden disfrutar de la protección de los derechos de autor con arreglo a la citada Directiva infosoc.

Por último, el test de la libre elección está presente en el Caso *SAS* para la verificación de la impronta personal del autor en los manuales de utilización de los programas de ordenador.

En este caso, el TJUE resuelve que el artículo 2, letra a), de la Directiva 2001/29 debe interpretarse en el sentido de que *“la reproducción, en un programa de ordenador o en un manual de utilización de ese programa, de algunos elementos descritos en el manual de utilización de otro programa de ordenador protegido por los derechos de autor puede constituir una infracción de los derechos de autor sobre ese último manual si tal reproducción constituye la expresión de la creación intelectual propia del autor del manual de utilización del programa de ordenador protegido por los derechos de autor, circunstancia que corresponde verificar al órgano jurisdiccional remitente”*

⁵⁶ Véase, CDO 40 a 46 de STJUE (Gran Sala) 02/05/2012, Caso *SAS* (Asunto C-406/10).

⁵⁷ En el Caso *SAS*, no obstante el TJUE precisa en su CDO 43 *“En este contexto, cabe precisar que si un tercero obtuviera la parte del código fuente o del código objeto correspondiente al lenguaje de programación o al formato de los archivos de datos utilizados en un programa de ordenador y, sirviéndose de dicho código, creara elementos similares en su propio programa de ordenador, tal comportamiento podría constituir una reproducción parcial en el sentido del artículo 4, letra a), de la Directiva 91/250.”*

El TJUE aplicando el test de la libre elección, resuelve remitiéndose al caso *Infopaq*, que en estos manuales el autor expresa su espíritu creador de manera original a través de la elección, la disposición y la combinación de palabras, cifras o conceptos matemáticos. El resultado de estas decisiones libres es el manual de utilización del programa de ordenador, que constituye por ello, una creación intelectual.

En definitiva, como se puede apreciar de la normativa y jurisprudencia comunitaria se desprende la existencia de un concepto armonizado de originalidad que aplicado a las fotografías (Directiva 93/98 y 2006/116), éstas se consideran “originales” si son “creaciones - formas de expresar una idea - propias de su autor” por “reflejar su personalidad” siendo este reflejo de la personalidad verificado de conformidad con el criterio estándar del test de la libre elección establecido por el TJUE (Caso *Painer*).

2.2.3. Valor del criterio de originalidad de origen comunitario

De la expuesta normativa comunitaria y de su interpretación armonizada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) se desprende la existencia de un concepto armonizado de “originalidad” destinado a todas las obras comprendidas en la Directiva infosoc, en la Directiva de programas de ordenador, en la Directiva de Bases de Datos y en la Directiva duración para ser consideradas obras protegidas por el Derecho de autor.

La aplicación de este concepto y su criterio estándar de verificación debe ser realizada de forma uniforme en toda la Comunidad siguiendo la pauta marcada en el Caso *SENA* (asunto C-245/00) en la sentencia de 6 de febrero de 2003, por el TJUE, expresada en los siguientes términos:

“De las exigencias tanto de la aplicación uniforme del Derecho comunitario como del principio de igualdad se desprende que el tenor de una disposición de Derecho comunitario que no contenga una remisión expresa al Derecho de los Estados miembros para determinar su sentido y su alcance normalmente debe ser objeto de una interpretación autónoma y uniforme en toda la Comunidad, que debe realizarse teniendo en cuenta el contexto de la disposición y el objetivo perseguido por la normativa de que se trate”⁵⁸

Esta misma valoración y aplicación uniforme de los conceptos armonizados en toda la Comunidad se reitera en sentencias posteriores del TJUE. En concreto, en el Caso *SGAE*, Asunto C-306/05, en su sentencia de 7 de diciembre de 2006 para la interpretación de comunicación pública del artículo 3 de la Directiva 2001/29/CE⁵⁹ y en el Caso *TV2 Danmark*, Asunto C-510/10, en la sentencia de

⁵⁸ STJUE, (Sala Sexta), 6/02/2003, Caso *SENA*, (Asunto C-245/00) sobre el concepto de remuneración equitativa del artículo 8 (2) de la Directiva 92/100/CEE del Consejo de 19 de noviembre de 1992, sobre derechos de alquiler y préstamo y otros derechos afines a los derechos de autor. CDO 22 y 23. Véase igualmente las sentencias citadas en el Caso *SENA*: sentencia de 18/01/1984, Caso *Ekro*, asunto 327/82, CDO. 107, apartado 11; sentencia 19/09/ 2000, caso *Linster*, Asunto C-287/98, Rec. p. I-6917, apartado 43, y sentencia 9 /11/ 2000, caso *Yiadom*, Asunto C-357/98, Rec. p. I-9265, apartado 26.

⁵⁹ STJUE, (Sala Tercera), 7/12/2006, Caso *SGAE*, C-306/05, CDO31.

26 de abril de 2012 para la interpretación de la expresión “*por sus propios medios*” de un organismo de radiodifusión del artículo 5 (2),(d) de la Directiva 2001/29CE⁶⁰.

En definitiva, se trata de aplicar el concepto uniforme comunitario de “originalidad” en los ámbitos jurisdiccionales nacionales de la Comunidad con el fin de cumplir las finalidades perseguidas por el Derecho comunitario de armonización de los derechos de autor y de impedir las distorsiones de la competencia en el Mercado Interior.

2.3. Criterio normativo nacional de “originalidad” de las fotografías

Como ya se ha avanzado en las páginas precedentes, en el ámbito normativo nacional de la propiedad intelectual, es a partir de la Ley 22/1987 (LPI/1987) cuando se introduce por primera vez la distinción entre obras fotográficas y meras fotografías basada en la originalidad con importantes repercusiones en el período y alcance de la protección reconocida.

La LPI/1987 estipula en su artículo 10 (1) (h) que:

“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.”

Las fotografías que no reúnen el carácter de originales, la LPI/1987, en aplicación del artículo 128, las considera meras fotografías.⁶¹

La LPI/1987 no aporta criterio alguno que permita esclarecer el contenido de “originalidad” para la categoría de obra, en general, y para las obras fotográficas, en concreto.

Ahora bien, se puede afirmar que desde una perspectiva interna y, a tenor del ya expuesto desarrollo normativo unionista, esta situación de indefinición comienza a esclarecerse legalmente a través de la incorporación en el Derecho español, entre

⁶⁰ STJUE, (Sala Tercera), 26/04/2012, Caso TV2Danmark, C-510/10 CDO33: “... de las exigencias tanto de la aplicación uniforme del Derecho de la Unión como del principio de igualdad se desprende que el tenor de una disposición de Derecho de la Unión que no contenga una remisión expresa al Derecho de los Estados miembros para determinar su sentido y su alcance normalmente debe ser objeto en toda la Unión Europea de una interpretación autónoma y uniforme”

⁶¹ Art. 128 LPI/1987 “Quien realice una fotografía u otra reproducción obtenida por procedimiento análogo a aquélla, cuando ni una ni otra tengan el carácter de obras protegidas en el libro 1, goza del derecho exclusivo de autorizar su reproducción, distribución y comunicación pública, en los mismos términos reconocidos en la presente Ley a los autores de obras fotográficas. Este derecho tendrá una duración de veinticinco años desde la realización de la fotografía”.

otras, de la Directiva comunitaria 91/250 a través de la Ley 16/1993⁶² y de la Directiva 93/98 a través de la Ley 25/1995⁶³.

Estas incorporaciones dan lugar a la redacción del Texto Refundido de la Ley de Propiedad de Propiedad intelectual 1/1996 (LPI1/1996)⁶⁴, a su vez, posteriormente modificado por otras nuevas leyes entre las que se encuentran la Ley 5/1998⁶⁵ y la Ley 23/2006⁶⁶ que incorporan respectivamente las Directiva 96/9 y Directiva 2001/29 (Directiva infosoc)⁶⁷.

La redacción del vigente artículo 10 (1) (h) de la LPI 1/1996 es el siguiente⁶⁸:

“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.”

Como se puede apreciar, el contenido del artículo 10 (1) de la LPI/1987 y el del Texto Refundido LPI 1/1996 se mantiene invariable y, ello, a pesar, de la incorporación de la nueva Ley 27/1995⁶⁹ sobre las fotografías que, de conformidad con la respectiva Directiva, incluía la definición de “originalidad” como “creación propia de su autor”.

La LPI 1/1996, tras la Ley 16/1993⁷⁰, incorpora en su artículo 96(2)⁷¹ el concepto unionista de originalidad en su vertiente positiva para los programas de

⁶² LEY 16/1993. de 23 de diciembre. de incorporación al Derecho español de la Directiva 91/250/CEE. de 14 de mayo de 1991. (BOE núm. 307, 24/12/1993) Sobre la protección jurídica de programas de ordenador.

⁶³ LEY 27/1995 de 11 de octubre, de incorporación al Derecho español de 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.(BOE. núm.245, 13/10/1995).

⁶⁴ BOE, núm.97. 12/04/1996.

⁶⁵ Ley 5/1998, de 6 de marzo, de incorporación al Derecho español de la Directiva 96/9/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo de 1996, sobre la protección jurídica de las bases de datos.(BOE, núm 57. 07/03/1998).

⁶⁶ Ley 23/2006, de 7 de julio por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril.(BOE, núm.162,08/07/2006).

⁶⁷ Directiva 2001/29/CE, 22/05/2001, (DO L167, 22/06/2001) cit.. nota 42

⁶⁸ Algunas Audiencias Provinciales aplican el texto legal de la LPI 1/1996 con una redacción diferente a la vigente normativa nacional y unionista, véase en la SAP Girona (Sección 1), núm.223, 26/05/2011 (Ponente: Lacaba Sánchez, Fernando) (AC\2011\1330), SAP Islas Baleares (sección 5ª) núm. 265 /2011, 20 julio (JUR\2011\348577) Ponente: Oliver Barceló, Santiago. SAP Islas Baleares (sección 5ª) 30/07/2010 (la Ley 148255/2010) Ponente: Oliver Barceló, Santiago. En todas ellas se declara de forma reiterada en sus Fundamentos de Derecho TERCERO, que: “Se considera OBRA, toda creación humana original que se exteriorice en una forma novedosa por cualquier medio o soporte, tangible o intangible, actualmente conocido o que se invente en el futuro (art 10.1.LPI)”.

⁶⁹ Artículo 6 (1). Los derechos de explotación de las obras fotográficas y las expresadas por procedimiento análogo a la fotografía que constituyan creaciones originales, artísticas o científicas, propias del autor; tendrán la duración prevista en el artículo 2 de la presente Ley.

⁷⁰ Artículo 1(3) 3. .El programa de ordenador será protegido únicamente si fuese original. en el sentido de ser una creación intelectual propia de su autor.

ordenador. Lo mismo sucede para las Bases de Datos cuyo concepto de originalidad, tras la Ley 5/1998, se refleja en el artículo 12 de la LPI 1/1996⁷².

Con respecto a las fotografías, pese la Ley 27/1995 de trasposición de la Directiva de duración, la LPI 1/1996 guarda un absoluto silencio, siendo aplicable el citado artículo 10 (1). Esta omisión en el Texto Refundido cabe analizarla como un improbable olvido o como una consideración de que el término “original” del art. 10 (1) de la LPI 1/1996 incluye o es sinónimo del criterio unionista de “*creación propia de su autor*” en el sentido de manifestación de la personalidad del autor. Esta interpretación, conlleva la aplicación de esta definición a la totalidad de las obras del artículo 10 (1) de la LPI 1/1996 entre las que se incluye las obras fotográficas. Interpretación, esta última, a la que nos adherimos por ser más acorde con la normativa de la Unión y su interpretación jurisprudencial comunitaria.

A la vista de los desarrollos legales internos, se puede concluir que, a nivel de legislación interna en lo que nos ocupa, el concepto de “originalidad” de la obra fotográfica en materia de Derechos de Autor está en armonía con la legislación de la Unión Europea cuyo cumplimiento es obligado a nivel nacional. Ahora bien, la situación es muy distinta en su aplicación por los órganos jurisdiccionales nacionales.

2.4. Criterio de “originalidad” de las fotografías del Tribunal Supremo español

El Tribunal Supremo español, salvo en contadas ocasiones y fuera del ámbito de las fotografías⁷³, dista mucho de aplicar el concepto comunitario y el criterio estándar de verificación del TJUE. El Tribunal Supremo, pese a la regulación comunitaria y su interpretación por el TJUE, sigue exigiendo a la originalidad dos de los criterios prohibidos por las Directivas: el criterio de mínima altura creativa y el de novedad provocando una distorsión dentro del mapa comunitario de armonización de los Derechos de Autor.

⁷¹ Art. 96(2) LPI1/1996, “*El programa de ordenador será protegido únicamente si fuese original, en el sentido de ser una creación intelectual propia de su autor*”.

⁷² Art. 12 (1) LPI 1/1996, 1. “*También son objeto de propiedad intelectual, en los términos del Libro I de la presente Ley, las colecciones de obras ajenas, de datos o de otros elementos independientes como las antologías y las bases de datos que por la selección o disposición de sus contenidos constituyan creaciones intelectuales, sin perjuicio, en su caso, de los derechos que pudieran subsistir sobre dichos contenidos*”.

⁷³ Fuera del ámbito de las fotografías, existen sentencias del Tribunal Supremo, sentencia de 30 de enero de 1996, aplicada a folletos de instrucciones para la explicación del uso y utilidad de mamparas [STS (Sala Civil) 30/01/1996, nº 34/1996 (Ponente: Almagro Nosete, José) (RJ\1996\540)] y sentencia de 7 de junio de de 1995 relativa a cuadernos pedagógicos para la práctica del cálculo o de la caligrafía de uso en parvularios [STS (Sala Civil) 07/06/1995, nº563/1995 (Ponente: Barcalá Trillo – Figuera, Alfonso) (RJ\1995\4628)] , que son más acordes con la normativa e interpretación comunitaria de la originalidad y apreciada sobre la forma de expresar los conocimientos no sobre el valor científico o artístico de los mismos y en la primera sentencia al proteger la forma de expresión de un folleto explicativo de montaje con independencia de su valor literario.

Ajustándonos a las fotografías, el Tribunal Supremo ha tenido ocasión de pronunciarse meses antes del Caso *Painer*, en su sentencia de 5 abril de 2011⁷⁴ en un caso que trata sobre fotografías realizadas de postres e ingredientes destinadas al diseño de envases o "*packaging*" realizadas por un fotógrafo profesional. Esta sentencia, en la apreciación de la "originalidad" se caracteriza por el mantenimiento del criterio del mérito para declarar a una fotografía obra protegida y la inaplicación del concepto armonizado comunitario de originalidad⁷⁵.

En la sentencia de 5 de abril de 2011, con una redacción redundante, el Alto Tribunal mediante el binomio creatividad / originalidad resuelve que las fotografías no son obra fotográfica protegida por no presentar una "mínima altura creativa", "una suficiencia creativa".

En esta sentencia, el Tribunal Supremo, pese a su afirmación de no conculcar el Derecho de la Unión Europea por su consideración de las meras fotografías, obvia la prohibición de la Directiva 1993/98 y tiene en consideración el criterio del mérito para calificar a la fotografía de obra protegida. Así, según sus propios términos: "*el reconocimiento como obra protegida exige una mínima altura creativa*"

Esta "creatividad" la define el Tribunal Supremo como "esfuerzo intelectual" identificado en la sentencia por la característica de "talento, inteligencia, ingenio" a la que considera equivalente a "personalidad". Este esfuerzo intelectual, es según la sentencia de 5 de abril 2011, la que confiere a la obra su "singularidad" manifestada en los términos siguientes:

"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".

⁷⁴ STS (Sala Primera, de lo Civil) 5/04/2011, (nº. 214/2011) (Ponente Corbal Fernandez, Jesús) la Ley 37938/2011. Sentencia de casación que reproduce los criterios de la SAP Barcelona, (Sección 15) 22/12/2006, núm.604/2006 (Ponente. Sancho Gargallo, Ignacio), (AC\2011\1653). La sentencia de la Audiencia apelando a la Directiva 93/98 interpreta como exigencia derivada de la misma para calificar a la fotografía de obra fotográfica, la reunión de una doble exigencia de "originalidad" y "suficiente altura creativa". Igualmente en las fotografías para catalogo, Véase, SAP Madrid (S.28) 27/04/2012, nº 131/2012, Ponente. Gomez Sanchez, Pedro (AC\2012\979).

⁷⁵ Ahora bien, sobre el criterio de la novedad objetiva el mismo Ponente de la sentencia de 5 de abril de 2011, en su sentencia STS. (Sala Civil) 26/11/2003, núm 1125/2003 (Ponente, Corbal Fernandez, Jesús) (RJ\2003\8098) al determinar la originalidad y creatividad de una exposición descriptiva de edificios monumentales contenida en una guía turística, declara que "*No importa la idea, ni si los datos históricos reflejados eran conocidos o novedosos; lo relevante es la forma original de la expresión –exposición escrita-*". El Tribunal reconoce la libertad del autor al ser evidente que los datos (descripción arquitectónica de la ciudad) se pueden comunicar de maneras diferentes aunque no alcancen dicha calidad expositiva o literaria. No obstante, el Tribunal en la sentencia prosigue con el criterio del mérito valorando la creatividad de la obra dado el alto valor, el nivel culto de la exposición.

El Tribunal Supremo, en su sentencia, utiliza el criterio del merito sustentado en su doctrina jurisprudencial formada por las sentencias de 29 de marzo de 1996⁷⁶, de 24 de junio de 2004⁷⁷ y de 26 de octubre de 1992⁷⁸.

(a) Reportaje fotográfico. Sentencia de 29 de marzo de 1996⁷⁹

La primera sentencia invocada como precedente es la sentencia de 29 de marzo de 1996. En esta sentencia de 29 de marzo de 1996, el Tribunal Supremo no dilucida sobre ningún derecho de autor. Este caso trata sobre la infracción de derechos fundamentales, en concreto de derechos de imagen debido a la utilización no autorizada de unas fotografías realizadas a una modelo profesional por un fotógrafo igualmente profesional.

Es de forma incidental que, en esta sentencia, el Tribunal Supremo, se manifiesta sobre la fotografía exigiendo como criterio determinante para su posible protección el carácter “artístico”. Este carácter artístico es asimilado, en la sentencia, al mérito, a la altura intelectual expresada en los términos siguientes: *“Carácter artístico que los usos sociales y la ley sólo estiman concurrente cuando el fotógrafo incorpora a la obra el producto de su inteligencia”*. El Tribunal Supremo estima que en los retratos fotográficos *“no confluye una labor de creación e ideación artística en el hacer del fotógrafo”*, al que describe como *“hacer meramente reproductor que fija por medios químicos la imagen captada en el fondo de una cámara oscura”*.

⁷⁶ STS. (Sala Civil) 29/03/1996, nº 234/1996 (Ponente Fernandez-Cid de Termes, Eduardo) (RJ\1996\2371).

⁷⁷ STS. (Sala Civil) 24/06/2004, nº 542/2004 (Ponente García Varela, Román) (RJ\2004\4318).

⁷⁸ STS. (Sala Civil) 26/10/1992, (Ponente, Pedro Gonzalez Poveda) (RJ\1992\8286). Aplicada igualmente en el FD3 de la STS (Sala Civil) 22/04/1998. núm 363/1998, (Ponente Morales Morales, Francisco) en un caso de guiones televisivos modificados por el director –realizador.

⁷⁹ STS. (Sala Civil) 29/03/1996, nº 234/1996 (Ponente Fernandez-Cid de Termes, Eduardo) (RJ\1996\2371). Véase, su aplicación en la SAP Alicante (Sección 8ª), sentencia núm 236/2006 de 19/06/2006. Ponente Soler Pascual Luis Antonio. (AC\2006\1756) Fotografías de esculturas (Ecce Homo y de la Virgen de los Dolores): *“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.”* Igualmente, en la fotografías de modelos para catalogo de bañadores, SAP. Barcelona (S.15) 01/02/2005, nº 40/2005, Ponente. Forgas Folch, J.L. (JUR\2005\118772). Igualmente en Fotografías de mariposas, SAP. Barcelona (S.15) 20/12/2004, nº 546/2004, Ponente. Concepción Rodriguez, J.L. (JUR\2005\56468). Igualmente, en un conjunto fotográfico de las páginas de un antiguo Códice llamado el Libro de los Testamentos de la Catedral de Oviedo realizado por encargo de una editorial a un fotógrafo profesional, SAP (Sección 15) Barcelona, 21/11/2003, (Ponente, Garrido Espà, Luis), (JUR\2004\89197) FD 4. Igualmente, para las fotografías subacuáticas, SAP Barcelona (S.15), 10/09/2003, Ponente. Concepcion Rodriguez, J.L. (AC\2003\1894). Fotografías de lápidas para catalogo comercial ,SAP. Valencia (sección 9), 06/02/2006, Ponente Martorell Zulueta, P., nº35/2007 (AC\2007\1470) se exige el mérito (finalidad artística) y novedad; Fotografías de la naturaleza realizadas por encargo: SAP Valencia (sección 9), 19/12/2006. Ponente. Andres Cuenca, R.M., nº464/2006 (AC\2007\1007) se utiliza el criterio de novedad objetiva.

La utilización de esta sentencia como precedente cuanto menos sorprende. Como se puede apreciar en la sentencia de 29 de marzo de 1996, el Tribunal Supremo se apoya al fijar el carácter artístico como criterio de protección de las fotografías, en unos usos sociales desconocidos y en la ley. Con respecto a esta última, hay que subrayar que la ley existente al tiempo de la sentencia es la Ley 25/1995 de trasposición de la Directiva 93/98 en las que, como ya se ha expuesto en las páginas previas, los criterios de mérito y finalidad están ya expresamente prohibidos para declarar protegida por el derecho de autor una fotografía.

(b) Juego de la rifa. Sentencia de 24 de junio de 2004⁸⁰.

La segunda sentencia que sirve de precedente al criterio del mérito es la sentencia de 24 de junio de 2004. Esta sentencia trata de la reproducción no autorizada de las bases de un juego promocional de publicaciones. Para desestimar las pretensiones del titular, el Tribunal Supremo considera que no se está ante una obra protegida por el Derecho de autor al no reunir los dos criterios, estimados por el Tribunal, básicos para ello. Estos son los criterios del binomio originalidad/creatividad.

El Tribunal considera que originalidad es equivalente a novedad objetiva, en el sentido de constituir la creación algo nuevo que no existe previamente, expresado en los siguientes términos:

“para que la creación humana merezca la consideración de obra, es que sea original, cuyo requisito, en su perspectiva objetiva, consiste en haber creado algo nuevo, que no existía anteriormente; es decir, la creación que aporta y constituye una novedad objetiva frente a cualquier otra preexistente: es original la creación novedosa, y esa novedad objetiva es la que determina su reconocimiento como obra y la protección por la propiedad intelectual que se atribuye sobre ella a su creador”

Junto al criterio de originalidad /novedad objetiva, en esta sentencia, el Alto Tribunal exige un criterio adicional, la creatividad asimilada al mérito, a la “relevancia mínima” aplicada a la idea de la finalidad perseguida por el juego: promocionar revistas. Esta idea es la que debe ofrecer “suficiente nivel” para dotarla de “caracteres de singularidad, individualidad y distinguibilidad”.

Como sucede con la anterior sentencia, desconcierta la utilización de esta sentencia de 24 de junio de 2004 como precedente de la sentencia de 5 de abril

⁸⁰ Véase, FD2 STS. (Sala Civil) 24/06/2004, nº 542/2004 (Ponente García Varela, Román). Esta sentencia anula lo resuelto por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 11), 20/04/1998. (Ponente Almazan Lafuente, Felix) (AC\1998\4773). Véase, la influencia en SAP (Sección 1) León, 22/04/2010, nº 141/2010. Ponente, Del Ser Lopez, Ana) (AC\2010\418) FD 5. se trata de la originalidad de una adaptación del “juego de la oca” a una temática de la cultura jacobea en el que se habían incorporado fotografías realizadas por el actor durante sus viajes por el camino de Santiago. Si bien esta sentencia trata sobre el conjunto del juego con respecto a las fotografías específicamente desecha para la identificación de la originalidad el criterio unionista de “creación propia del autor por reflejar su personalidad” y opta por el criterio de la novedad objetiva “ya sea radicada en la concepción ya en la ejecución de la misma, o en ambas” al que añade el de relevancia mínima, que dota a la obra de una especificidad por la impresión que produce en el consumidor;

de 2011 para la exigencia de creatividad. Como se puede apreciar, en la sentencia de 24 de junio de 2004, el Alto Tribunal guarda un absoluto silencio sobre la normativa comunitaria (Directivas de programas de ordenador, de bases de datos, de duración y la Directiva infosoc⁸¹), y sobre el criterio armonizado comunitario de originalidad.

El Alto Tribunal en la sentencia de 24 de junio de 2004, sobre la base del artículo 10, 1 de la LPI 1/1996 y al amparo de una doctrina de autores, resuelve aplicando el concepto de novedad asimilándola en contra del concepto comunitario a la originalidad y el criterio adicional de mérito, de altura creativa o relevancia mínima expresamente excluido por la normativa comunitaria y por la posterior doctrina jurisprudencial del TJUE.

(c) Obras de joyería. Sentencia de 26 de Octubre de 1992

La tercera sentencia que sirve de precedente al criterio de mérito de la sentencia de 5 de abril de 2011 es la dictada por el Tribunal Supremo el 26 de octubre de 1992⁸² fuera del ámbito de la fotografías

En este caso, El Tribunal Supremo trata de determinar la existencia de originalidad en el ámbito de la obra plástica, en concreto, en unas piezas de joyería que representan manos y figuras humanas de reducido tamaño realizadas por un autor no identificado. En la sentencia de 26 de octubre de 1992, el Tribunal Supremo reúne bajo el requisito único de “originalidad”, dos niveles de apreciación de la misma:

Un primer nivel de apreciación en el que se utiliza el criterio de la “novedad objetiva” aplicado sobre el objeto de la obra y su forma de presentación. A este nivel, la novedad la aprecia el Alto Tribunal, en la idea misma, en el objeto de la obra:

“Tampoco desde el punto de vista objetivo que considera la «originalidad» como «novedad objetiva» puede afirmarse que nos encontremos ante una creación original, no ya sólo porque la utilización de la figura humana o de partes tan significativas de ella como las manos y la cara, no constituye una novedad en el arte de la joyería”

Dentro de este mismo nivel, el Alto Tribunal aprecia la novedad sobre la forma de presentación de la idea expresada en los términos siguientes:

⁸¹ Directiva 2001/29/CE, 22/05/2001, cit. nota 42

⁸² STS. (Sala Civil) 26/10/1992, (Ponente, Gonzalez Poveda, Pedro) (RJ\1992\8286). Aplicada igualmente en el FD3 de la STS (Sala Civil) 22/04/1998. núm 363/1998, (Ponente Morales Morales, Francisco) en un caso de guiones televisivos modificados por el director –realizador. Sobre su influencia en Audiencias, véase, SAP (sección 1) Girona, 6/05/2011 nº 22372011, (Ponente Labaca Sanchez, Fernando) (AC\2011\1330) sobre el posible plagio de un libro, en su estructura y medidas así como en los textos y fotografías. Se aplica el criterio de novedad objetiva del Tribunal Supremo en su sentencia de 24 de junio de 2004 y el criterio de “cierto grado de altura creativa” de la sentencia de 26 de octubre de 1992;

“Tampoco desde el punto de vista objetivo que considera la «originalidad» como «novedad objetiva» puede afirmarse que nos encontremos ante una creación original (...) porque la gran simplicidad y reducido tamaño de las manos y figuras humanas incorporadas a collares, cadenas, pulseras y sortijas o formando piezas separadas, que limitan considerablemente la libertad del artista para su tratamiento, impide que la utilización en esa forma de tales motivos ornamentales (...) pueda merecer la protección dispensada a las creaciones originales por la Ley de Propiedad Intelectual, so pena de llegar a establecer prácticamente un monopolio sobre la utilización de esos motivos decorativos a favor de quien obtuviese la repetida protección”.

El segundo nivel de apreciación de la sentencia de 26 de octubre de 1992 es el de determinar el “*esfuerzo creativo del autor*”. Este nivel, denominado subjetivo por el Alto Tribunal, consiste en apreciar el “reflejo de la personalidad del autor” usando el criterio del merito del “*esfuerzo creativo del autor*”⁸³.

Como sucede con las anteriores sentencias que sirven de precedente, es igualmente sorprendente que en su sentencia de 5 de abril de 2011, el Alto Tribunal utilice esta sentencia que surge apoyada por un sector doctrinal influenciado por el criterio jurisprudencial alemán del caso *Inkassoprogramm* posteriormente abandonado por el propio BGH para adecuarse al criterio armonizado comunitario y silencie en su sentencia las sentencias previamente dictadas por el TJUE en el Caso *Infopaq*⁸⁴ y en el Caso *BSA*⁸⁵.

En definitiva, se puede apreciar que existe una falta de sintonía entre el criterio jurisprudencial comunitario y el nacional de originalidad de las fotografías que sería conveniente solucionar ya que hay que tener presente la finalidad perseguida con la armonización. Se trata de evitar distorsiones en el Mercado Interior que, como en este caso, pueden provocar importantes perjuicios económicos agudizados por el desarrollo de la Sociedad de la Información

Conclusiones

Para finalizar, de lo expuesto se desprende que de conformidad con la Ley española de Propiedad Intelectual, las fotografías cuyo autor haya fallecido antes del 7 de diciembre de 1987 o hayan sido realizadas antes de la LPI/1987 estarán en el dominio público una vez superados los ochenta años *post mortem*. Por el contrario, si las fotografías hubieran sido realizadas con posterioridad a la LPI/1987, su entrada en el dominio público a los setenta años *post mortem* o a los veinticinco años contados desde el 1 de enero del año siguiente a su realización o reproducción variará en función de su originalidad. Originalidad que si bien responde a un criterio comunitario armonizado tanto a nivel normativo como jurisprudencial su implementación por el Tribunal Supremo todavía no se ha producido.

⁸³ Véase, FD Tercero. STS. (Sala de lo Civil) 26/10/1992, cit., nota 82

⁸⁴ STJUE 16/07/2009 cit., nota 45

⁸⁵ STJUE 22/12/2010, cit., nota 49