

***Derecho de autor***



# MERAS FOTOGRAFÍAS Y DERECHO DE AUTOR

Santiago Robert Guillén

Abogado

Doctor en Derecho

Profesor Asociado. Universidad Autónoma de Barcelona



**REUS**  
EDITORIAL

# COLECCIÓN DERECHO DE AUTOR

## TÍTULOS PUBLICADOS

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

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

# **MERAS FOTOGRAFÍAS Y DERECHO DE AUTOR**

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



**REUS**  
EDITORIAL

Madrid, 2022

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

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

Imprime: *Ulzama Digital*

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

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

*A mi padre, Josep Robert Baltrons*

## ABREVIATURAS

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

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

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



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

### 1. UNA APROXIMACIÓN SEMÁNTICA AL ADJETIVO «MERO»

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

---

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

en vista de que el TRLPI tampoco define el *objeto de la protección* del Derecho de autor, sino que lo califica de manera *indirecta* al hacer referencia a «todas las creaciones originales literarias, artísticas o científicas, expresadas por cualquier medio o soporte, tangible o intangible, actualmente conocido o que se invente en el futuro» (art. 10.1 TRLPI), la vía de la exclusión parece ser el camino menos sinuoso para afrontar el problema de la delimitación de las *meras fotografías*. No obstante, Jueces y Tribunales siguen lidiando con la distinción entre *obras fotográficas* y *meras fotografías* considerándola una «ardua y espinosa cuestión»<sup>2</sup>. En estas circunstancias, aquella *indefinición* y la polisemia del vocablo *mero* invitan a una aproximación preliminar a la noción de *mera fotografía* abordando el también comprometido asunto del valor semántico de las palabras.

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

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

---

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

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

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

A mayor distancia semántica, *mero* equivale a «solo» o «solamente», proporcionándole la capacidad que también tienen «puro» y «simple» de *minorar*, negativa o peyorativamente<sup>6</sup>, la voz a la que se asocian, de *señalar* aquello que es *insignificante* o *sin importancia*: en atención a la palabra que acompaña, *mero* da cuenta «del miembro más bajo de una escala valorativa»<sup>7</sup>. Aún así, una fotografía que se estima carente de *importancia* o de *interés* o que se presenta

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

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

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

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

despojada de *significación*, en cuanto *forma alegórica* que expresa una intención, un «sistema de valores» propio del fotógrafo o de un *grupo* o una *profesión*, revela un determinado *contexto* social y cultural<sup>8</sup>.

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

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

---

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

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

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

## ÍNDICE

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

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

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

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



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

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

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

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