

# LA PROPIEDAD INTELECTUAL Y LA REGULACIÓN DEL ACCESO Y DIFUSIÓN DE LA IMAGEN. ESPECIAL CONSIDERACIÓN DE LA FOTOGRAFÍA

*Esteban de la Puente*

## I.- Introducción

El mundo de la protección de las obras de creación literaria y artística, tiende, en nuestro tiempo, a complicarse cada vez más. Efectivamente, hasta hace poco más de un siglo, las preocupaciones de los creadores de obras intelectuales no rebasaban el clásico marco delimitado por el éxito o el fracaso de una representación teatral, de la acogida de tal o cual partitura musical y de las perspectivas en el mercado de tal libro o pintura.

Pero a lo largo de los últimos cien años, las innovaciones de las tecnologías ha supuesto una verdadera revolución en la expresión y difusión de sonidos, letras y colores: la invención de la fotografía, la cinematografía, la radio, la televisión, etc... han universalizado las formas de expresión de la creatividad humana.

No todos estos medios técnicos han gozado, sin embargo, de idéntica valoración en su proceso de expansión: así, mientras las obras cinematográficas han sabido aprovechar el formidable impacto de algunas técnicas de expresión audiovisual (por ejemplo, la televisión), otras, como la fotografía, a causa de su generalización y vulgarización han ganado en expansión lo que han perdido en consideración de creación intelectual. Hasta el punto de que no son escasos los tratadistas que ven en la fotografía el «pariente pobre» de las obras protegidas por la propiedad intelectual<sup>1</sup>.

¿Hasta qué punto puede ser admisible tan pesimista opinión? ¿Es la fotografía, verdaderamente, un elemento extraño introducido de modo vergonzante en las relaciones convencionales de obras de creación del espíritu humano? Bien es cierto que el arte fotográfico como técnica de captación y reproducción de imágenes ha pasado en las últimas décadas del papel de gran protagonista al de elemento complementario para la elaboración de otra creación de mayor amplitud: la obra audiovisual. Pero no por ello podrá despojarse a la obra fotográfica, en sí misma, de los rasgos que adornan las creaciones artísticas aunque en su elaboración jueguen un capital papel las operaciones mecánicas, al lado de determinados factores puestos en juego por la inteligencia humana.

Se ha valorado en exceso —con ánimo de reducir la dimensión de la obra fotográfica como creación inteligente humana— el ejercicio mecánico de los resortes de la máquina, como si la fotografía no fuese otra cosa que el resultado de un mero proceso automático. Se ignora que la fotografía, con independencia de la acción técnica que la elabora no es solamente la expresión plástica de un determinado momento de la realidad sino que al mismo tiempo a través de ella, se puede obtener una descripción crítica de esta misma realidad. En definitiva «las fotografías atestiguan no solamente la realidad concreta sino también la forma en que ésta se percibe por el individuo, más que un simple documento, son el reflejo de una visión crítica del mundo»<sup>2</sup>.

## II.- La fotografía y la propiedad intelectual

### 1.- Posiciones doctrinales.

En su magna obra acerca de la propiedad artística y literaria<sup>3</sup> Henri Desbois afirma que en el tratamiento de que ha sido objeto la obra fotográfica en su dimensión de obra del ingenio humano existe una variedad de tal magnitud que no permite obtener fácilmente un concepto definitivo. De todos modos, añade Desbois, se observan dos tendencias: de un lado las denominadas posturas «absolutas» y de otro las que podrían denominarse «eclécticas».

Dentro de las posturas «absolutas» aparecen las opiniones de los que estiman que ninguna obra fotográfica debe ser considerada como obra de arte. Según estos detractores, la fotografía es el resultado de operaciones químicas y físicas y la personalidad del fotógrafo solamente interviene en operaciones preliminares o en retoques posteriores. En cambio, para otros, no existe tal diferenciación y todas las fotografías deben ser consideradas como obras protegidas por el derecho de autor.

Las posturas que se denominan «eclécticas» tratan de hallar una serie de rasgos peculiares en la obra fotográfica que pueden definirla como obras del ingenio humano. Prescindiendo de que, en principio, muchos jueces tomen una postura inicial en pro o en contra de la obra fotográfica, hay que reconocer que la mayoría se inclina por analizar las posibles notas distintivas que puedan caracterizar a la obra fotográfica. Así en algunas resoluciones se admite o se rechaza la naturaleza de la obra artística a una fotografía, según se trate de trabajos de profesionales o de simples amateurs. En otras sentencias se tiende a considerar como dato relevante la originalidad de la obra, su valor estético, perspectiva, novedad, temática, etc... e incluso si la obra ha sido realizada en un «estudio fotográfico» o si se trata de una mera instantánea realizada de manera casual.

## 2.- La obra fotográfica en la Convención de Berna

Ya en la Conferencia diplomática que aprobó la Convención de Berna (1885-1886) se planteó la posibilidad de que la obra fotográfica fuese tenida en cuenta en la relación no exhaustiva de las obras literarias y artísticas que se protegían en virtud de dicha Convención internacional. Fue, sin embargo, en la revisión de la Conferencia de París (1896) donde se formuló de modo más concreto la protección convencional a las «obras fotográficas y a las obras obtenidas por un procedimiento análogo al de la fotografía, en tanto la legislación interna permita hacerlo y en la medida de la protección que dicha legislación acuerde a las obras nacionales similares».

En la Conferencia de Berlín (1908) donde el texto convencional fue nuevamente revisado se acordó que todos los países de la Unión de Berna deberían proteger las fotografías: para ello se declaraba en el artículo 3 que «la presente Convención se aplica a las obras fotográficas y a las obras obtenidas por un procedimiento análogo a la fotografía. Los países contratantes están obligados a asegurar la protección». Se dejaba, por otra parte, a las leyes nacionales determinar la naturaleza y duración de la protección.

Mientras en la Conferencia de Roma (1928) no se adoptó ninguna norma concreta sobre las fotografías, en la reunión de Bruselas, en 1948, la obra fotográfica se trasladaba del artículo 3 (que se suprimía) al artículo 2.1 de la Convención de Berna. Hubo un momento, en el debate que siguió a este tipo de obras, en que se pensó si resultaría o no conveniente destacar que solamente serían protegidas «las fotografías que tuviesen el carácter de creaciones personales». Apareció, pues, la posibilidad de que la protección de la obra fotográfica se otorgara en función del mérito o valor artístico de la obra, lo cual no sería coherente con el espíritu de la Convención. A pesar de que tuvo bastantes apoyos, la idea no prosperó.

Todavía en la Conferencia de Estocolmo de 1967, se volvió a modificar el texto relativo a la obra fotográfica. En lugar de utilizar la expresión «las obras fotográficas y las obras *producidas* por un procedimiento...», se prefirió la de «las obras fotográficas a las que se asimilan las *obras expresadas* por un procedimiento análogo al de la fotografía». Esta nueva redacción venía a destacar que lo importante no era tanto la naturaleza del procedimiento como la manera como la obra se había expresado.

Más importante fue el acuerdo tomado en Estocolmo sobre la duración de la protección a las fotografías. En su artículo 7.4. el texto convencional concede a las legislaciones de los países miembros la facultad de regular la duración de las obras fotográficas; sin embargo, esta duración «no podrá ser inferior a los 25 años, contados desde el momento de la realización de la fotografía».

Actualmente, la última revisión del texto convencional (París 1971) no ha afectado a la regulación de las obras fotográficas, lo que ha significado la consagración de las innovaciones incorporadas en la anterior de Estocolmo. Al hablar de las obras...«expresadas por procedimiento análogo a la fotografía» el Convenio nos advierte que se trata de la obra fotográfica en sí misma «independientemente del sujeto fotografiado (retratos, paisajes, acontecimientos de actualidad, etc), y de la finalidad perseguida con ellas (fotografías de aficionados o de profesionales, artísticas, publicitarias y otras). El Convenio establece una asimilación en términos idénticos a los empleados al referirse a las obras cinematográficas, de manera que sea posible la protección en los casos en que se utilicen procedimientos químicos o técnicos, ya conocidos o por descubrir, distintos de los que tradicionalmente caracterizan la fotografía. Conviene señalar que el Convenio de Berna deja abierta la posibilidad de limitar el beneficio de la protección a ciertas categorías de obras fotográficas. En efecto, puede parecer excesivo reconocer la existencia de un derecho de autor sobre todas las fotografías sin distinción, por ejemplo, las fotografías de identidad realizadas automáticamente mediante aparatos especiales. Corresponde a los legisladores nacionales resolver este tipo de dificultades. Así, algunas legislaciones exigen que, para poder ser protegidas, las obras fotográficas posean carácter artístico o documental como ocurría anteriormente en el art. 3 de la Ley francesa de 1957.

En cuanto al art. 7.4 del Convenio que regula la duración, esta disposición reserva a las legislaciones nacionales la competencia en lo que se refiere a la duración de la protección de esas dos clases particulares de obras, pero, desde la revisión de Estocolmo (1967), fija un mínimo de veinticinco años desde su realización. Este plazo es el resultado de un compromiso que se explica por las divergencias de criterio existentes en el seno de la Unión acerca de si las obras de artes aplicadas deben ser protegidas por el derecho de autor o por la legislación específica sobre diseños y modelos<sup>4</sup>. En lo que se atañe a las fotografías, las dudas planteadas por su asimilación general a las obras de arte condujeron a la adopción del mismo mínimo convencional.

### 3.- Su tratamiento en otras convenciones internacionales.

En la *Convención Universal sobre el derecho de autor de 1952*, no se menciona la obra fotográfica en la lista no exhaustiva de obras que merecen protección, que se ofrecen en el artículo I de dicha Convención. En cambio, sí se habla de ellas en el artículo IV aunque sólo sea para advertir que las reglas generales que se refieren a la duración de la protección no son aplicables a este tipo de obras.

En relación con el tema de la duración, la Convención Universal reconoce a las fotografías un plazo que «no deberá ser inferior a diez años», aunque no se fija la fecha a partir de la cual debe ser calculado este plazo; en este tema concreto, los Estados miembros son libres para determinar la fecha del comienzo del plazo de protección.

*La Ley Tipo Túnez* para países en vías de desarrollo refleja de algún modo, la ambivalencia del planteamiento en que se mueve el derecho de autor entre las concepciones latino-germánica, de una parte y la sajona o del «common law», de otra, cuando menciona las obras fotográficas entre las obras protegidas, en su artículo 1.2. precisando que se trata de obras cuya duración

es normalmente más breve (25 ó 10 años, a contar desde su realización) y que, con frecuencia, pueden ser libremente utilizadas con ocasión de informes sobre acontecimientos de actualidad.

#### 4.- Las fotografías en la legislación comparada.

En un intento de sistematizar las diferentes formas de protección de las fotografías en el ámbito de la propiedad intelectual, Claude Colombet considera que, en la actualidad, existen cuatro sistemas diferentes<sup>5</sup>:

a) En un primer sistema, las obras fotográficas se protegen por la ley de derecho de autor sin condición particular alguna. En este grupo se encuentra un amplio número de países: Argelia, Estados Unidos de América, Francia (desde la Ley de 1985), Grecia, Israel, Japón, Países Bajos, Reino Unido, U.R.S.S., etc...

b) Existe otro sistema en el que las fotografías solamente son protegidas por derecho de autor bajo determinadas condiciones. Es la postura de aquellas legislaciones para las que la fotografía solamente será objeto de protección si reúnen determinadas características de valor o mérito artístico, o bien de carácter histórico o documental o bien con rastros de cierta novedad u originalidad en su temática, etc... Así, Brasil, Rumanía, Turquía, Francia (antes de la Ley de 1985), etc...

c) Un tercer grupo lo integran aquellos países para los que las fotografías pueden tener uno o dos tratamientos de protección según la calidad de la obra; por ejemplo, Austria, Italia y España, que distinguen entre la obra de arte fotográfica, protegida por el derecho de autor y las denominadas «simples o meras» fotografías que vienen a ser reguladas en el ámbito de un derecho conexo. En este grupo cabe considerar también a la República Federal de Alemania que, con un sistema más complejo distingue entre la «obra fotográfica» protegida durante 70 años a partir de la muerte del autor que la distingue de las «simples fotografías» con un período de protección más breve. Pero, incluso en esta modalidad de las «simples fotografías» caben nuevas subdivisiones, como la «fotografía simple» que tiene un período de 25 años de protección para distinguirla de la fotografía simple de «valor documental», cuyo plazo de protección alcanza los cincuenta años.

d) Finalmente existe un cuarto sistema, de estructura muy definida y que está representado por los países nórdicos: Suecia y Noruega (en 1960), Dinamarca y Finlandia (en 1965, han promulgado sendas leyes especiales acerca del derecho de imágenes fotográficas. En estas leyes —de contenido análogo— se contienen disposiciones detalladas relativas a los derechos acordados y a sus limitaciones. Entre otros destacan los siguientes rasgos.

- Salvo pacto en contrario, el derecho sobre una obra fotográfica realizada por comisión pertenece al comitente.

- El productor de una obra fotográfica goza del derecho exclusivo de producir ejemplares por fotocopia, impresión, grabado o cualquier otro procedimiento.

- El autor de la fotografía goza, asimismo, de derechos morales.

- Existen limitaciones al derecho del autor de la obra fotográfica por su utilización en servicios religiosos, actividades escolares y culturales, informes de actualidad, necesidades de archivos, bibliotecas y museos.

En Suecia existen sindicatos y agrupaciones de autores fotográficos. Estos firman acuerdos de representación con sociedades gestoras para la percepción de una remuneración por las fotografías que se reproducen para su utilización en centros de enseñanza.

### La trayectoria legislativa francesa.

Francia es uno de los ejemplos más típicos en la dificultad de hallar criterios firmes para calificar una obra fotográfica. Su peripecia legislativa comprende dos etapas: la primera, bajo la Ley de 1957; la segunda y actual, a la luz de lo dispuesto en la Ley de 1985.

a) *Ley de 1957*.- En su artículo 3, la Ley francesa de 1957 al enumerar las obras que son objeto del derecho de autor decía: «...las obras fotográficas de carácter artístico y documental y las del mismo carácter obtenidas por procedimiento análogo a la fotografía...». Se dejaba pues, al Juez la facultad de decidir la presencia o ausencia de méritos artísticos o documentales en una fotografía.

¿Qué significado tenía el término «artístico»? Son obras que tienen valor estético, porque el operador ha dispuesto los objetos, ha aprovechado la situación de efectos naturales, la armonía de colores, los ángulos de todas, etc... haciendo una obra de calidad artística. Por otra parte ¿cuál es el significado del término «documental»? Una sentencia de 1962 dice que las fotografías «merecen ser protegidas en la medida en que aportan una información interesante, sea por razón de rareza, de la singularidad del objeto que representan, sean en razón a las circunstancias en las que han sido obtenidas».

Otra sentencia, en fin, de los Tribunales franceses, dice que cuando la Ley de 1957, reconoce a las fotografías el valor de las obras del espíritu, cuando son «artísticas y documentales», es a condición de que dichas obras reflejen la personalidad de su autor y revelen el esfuerzo y el trabajo personal de éste, susceptibles de individualizarse.

b) *Ley de 1985*. En la Ley 85/660, de 3 de julio de 1985, se ofrece una nueva redacción del artículo 3 de la Ley francesa de 1957, en lo relativo a la obra fotográfica.

Se suprimen en el nuevo texto las características de «artística y documental» que en relación con la obra fotográfica se mencionan en la Ley de 1957, quedando dicho párrafo redactado así:

«... obras fotográficas y las realizadas con la ayuda de técnicas análogas a la fotografía» (art. 1º I, de la Ley 85-660, de 3 de julio de 1985 relativa a los derechos de autor y a los derechos de los artistas intérpretes, los productores de fonogramas y videogramas y las empresas de comunicación audiovisual).

Se impone la pregunta: ¿Por qué el legislador francés de 1985 suprimió los requisitos de «artística y documental» que a las fotografías, les exigía, para ser protegidas, el legislador de 1957?

André Kerever estima que esta modificación «cambia ciertamente el estado del derecho actual, en el buen sentido, mediante la supresión de la restricción formal que reservaba la protección únicamente a las obras fotográficas que pueden prevalecerse de «un carácter artístico y documental». «El legislador de 1957 —añade Kerever— había querido evitar que se extendiese la protección a clichés sin originalidad. Tal preocupación merecería alabanzas, pero su expresión fue poco hábil e inexacta por la confusión entre la originalidad y el mérito. Está pues bien que desaparezca una discriminación injustificada con respecto a las obras fotográficas que no existía en ninguna otra legislación nacional»<sup>6</sup>.

De todos modos los franceses no han conseguido dar una definitiva solución al tema de la protección de la obra fotográfica y, en efecto, son totalmente conscientes de esta situación. En efecto —se dice en el Rapport que se elaboró en la Asamblea Nacional al debatirse la Ley de 1985— la protección de las fotografías se adapta relativamente mal al régimen de la propiedad literaria y artística en la medida en que, como subraya M. Henri Desbois, la obtención de imagen, propiamente dicha, tiene un carácter impersonal, mecánico, mientras que la ejecución de una obra de arte concede la preponderancia al acto humano». Y concluye «esta es la razón por la que tal vez fuese preferible establecer para las obras fotográficas un régimen de protección autónomo»<sup>7</sup>.

### III.- Peculiaridades de la obra fotográfica

#### 5.- Necesidad de delimitar la fotografía como obra de creación intelectual.

En líneas generales, la obra fotográfica, en su dimensión de creación del ingenio humano, ha sido objeto de un doble tratamiento en las diferentes legislaciones: o bien se ha estimado como algo particular y específico, regulándola a través de normas «sui géneris» diferentes del ámbito en que se mueven las obras literarias y artísticas, o bien se ha incluido a la obra fotográfica dentro del ámbito de los derechos de autor, ocupando un lugar especial con una serie de normas concretas.

Han sido bastante frecuentes los contactos de personas e instituciones, a nivel internacional, para tratar de impulsar actuaciones encaminadas a estudiar y conocer el verdadero papel de la fotografía como obra de creación intelectual. Quizás una de las actuaciones más decididas en este campo ha sido promovida por la UNESCO que en diciembre de 1985, organizó en Luxemburgo, una reunión de expertos en el ámbito de la imagen fija. Participaron en ella fotógrafos, representantes de agencias fotográficas y de agencias de noticias, investigadores, profesores de fotografía, archiveros, fabricantes de material y representantes de organizaciones internacionales no gubernamentales.

Al final, esta reunión de expertos aprobó una serie de Recomendaciones que en lo relativo a la fotografía y su inserción en la esfera del derecho de autor se referían a la necesidad de que los Estados Miembros protegieran las fotografías del mismo modo que las obras literarias y artísticas, que se adhirieran a los Convenios que protegen este tipo de obras; que se fomentase la conciencia, entre los grupos sociales, de que las fotografías son creaciones humanas y, por tanto, susceptibles de protección etc...

Pero una de las Recomendaciones más importantes se refería a una actuación concreta: la celebración de una reunión de expertos destinada a preparar una actualización de las convenciones internacionales sobre el derecho de autor (Convenio de Berna y Convención Universal) «para que contemplen en mayor medida el derecho de autor en materia de fotografías».

Efectivamente en abril de 1988, se reunió en París, en la sede de la UNESCO un Comité de Expertos Gubernamentales. Se trató en esta reunión, de formular algunos «principios» que acompañados de los comentarios correspondientes, podrían servir de guía a los Gobiernos cuando tengan que abordar, en sus legislaciones, problemas análogos.

No vamos a exponer aquí la totalidad de los «principios» que se formularon ni tampoco detenernos en el análisis de las diversas opiniones que dichos principios suscitaron en el debate. Nos limitaremos a dejar constancia de los mismos y de su contenido ya que se trata, sin duda, de una de las escasas muestras de análisis de la obra fotográfica en su dimensión de creación intelectual, que se han hecho en nuestro tiempo.

Hay que advertir, no obstante, que los «Principios» tal y como fueron propuestos en el documento de trabajo o modificados durante las discusiones, no pueden ser obligatorios para los Estados. Sólo los tratados pueden imponer obligaciones internacionales a sus Estados Miembros<sup>8</sup>.

## 6.- En torno a la naturaleza de la fotografía

### a) El concepto de fotografía.

El primer punto a tener en cuenta es el relativo a la noción o concepto de la obra fotográfica. No es fácil hallar una definición de este tipo de obras, y al menos, las convenciones internacionales no suelen contener ninguna ya que a la dificultad formal de lograr una definición suficiente y equilibrada hay que unir las posibles deficiencias puestas de manifiesto posteriormente con motivo de cualquier innovación tecnológica.

En el mismo Principio se establece que todas las fotografías que contienen elementos *originales*, deberían estar protegidas por el derecho de autor como obras fotográficas... salvo el caso en que la persona que toma la fotografía no tiene ninguna influencia sobre la composición y los otros elementos importantes de la imagen.

### b) Fotografías y obras audiovisuales

Ligado con el tema de la naturaleza de la obra fotográfica está el de la fijación: punto controvertido en el derecho de autor donde se sostiene que la protección de una obra no está sujeta a la condición previa de que ésta esté fijada o no. Sin embargo en el caso de una obra fotográfica el requisito de la fijación es incuestionable. Como se decía en la Comisión principal número 1 de la Conferencia de Estocolmo de 1967 «una obra fotográfica debe, por definición estar fijada». Ahora bien, una obra audiovisual es, en fin de cuentas, una serie o secuencia de fotografías. ¿Cuál es el régimen de protección aplicable a las fotografías o fragmentos de imágenes que pertenecen a una obra audiovisual, cuando son consideradas como imágenes fijas?

Sobre este punto hay opiniones contradictorias. Algunas legislaciones (principalmente de tradición jurídica del common law: Pakistán, Australia, Reino Unido, India, etc...) estiman que las imágenes fijas o fotográficas que se han obtenido de una obra cinematográfica, no las considera como tales obras fotográficas sino formando parte de una obra cinematográfica. En un plan distinto se encuentran otros países (por ejemplo, Portugal e Italia) para quienes estas fotos fijas sacadas de una obra cinematográfica, tienen la consideración de obras fotográficas.

### c) La ausencia de requisitos formales

Es evidente, de conformidad con el espíritu de la Convención de Berna, que una obra se protege por el mero hecho de su creación sin que necesite de ninguna clase de formalidad legal para ello. Por esta razón, el «Principio 3» de los expresados en el Memorandum de las Secretarías UNESCO/OMPI sostiene idéntico planteamiento. Ello no obsta para que la indicación de algunos datos formales sean aconsejables (nombre del autor; año de producción; número de copias, etc...) ya que pueden tener influencia para el cálculo de la duración del derecho.

Por estas razones se puede admitir el contenido del «Principio 4», cuando expresa que «salvo prueba en contrario, la persona cuyo nombre se menciona sobre el original y/o las copias de una obra fotográfica, debería presumirse como autor de la obra».<sup>9</sup>

## 7.- Autoría y titularidad en la obra fotográfica

¿Quién es el autor de una obra fotográfica? De acuerdo con los principios generales del derecho de autor, en el caso de la obra fotográfica, como cualquier otra obra, el autor será la persona que crea la obra. Es lo que consideramos como autor inicial de la obra. Ahora bien, es evidente que hay situaciones especiales en las que el autor no tiene la titularidad inicial; tal es el caso, por vía de ejemplo, de los autores de la obra fotográfica hecha en virtud de una relación laboral; el del autor en la obra por encargo y la especial situación del autor de la obra fotográfica en determinadas legislaciones del «common law».

En el caso del autor de una fotografía que se encuentra ligado con una empresa por una relación laboral parece lógico que habrá de estarse a lo establecido en el contrato o acuerdo que rige dicha relación laboral.

En lo relativo a la fotografía hecha por encargo —la fotografía es, desde luego la obra de creación que con mayor frecuencia se efectúa por encargo— no existe una opinión unánime sobre quien debe ser considerado autor inicial de la misma. Las legislaciones nacionales ofrecen las soluciones más variadas.

a) Francia, Italia y países socialistas de Europa Oriental, la autoría inicial en las obras hechas por encargo corresponde al autor.

b) Otros países (USA, Canadá, Países Escandinavos, Israel, Reino Unido, Irlanda, etc...) consideran autor inicial a la persona que ha encargado la fotografía.

c) Recientemente en cuanto a la situación especial de algunos países de «common law» (Nueva Zelanda, Sierra Leona, Reino Unido hasta la última modificación de su Ley de Derecho de autor, Irlanda) poseen una figura de autor fotográfico basada en una curiosa situación de dominio: se computa como autor de una fotografía, la persona que en el momento en que se toma dicha fotografía, es el propietario del material con el cual se ha obtenido. Se trata, obviamente, de un concepto que ha sido paulatinamente olvidado ya que ignora la última relación que siempre ha existido entre la obra creada y su autor.

Estos planteamientos formulados en relación con la autoría no deben hacer olvidar —como veremos más adelante— la diferencia existente entre el *autor* de una obra fotográfica y el *titular* de los derechos patrimoniales o de explotación de la misma que pueden corresponder a persona diferente.

Con carácter general, en relación con el tema de la autoría de la obra fotográfica, el Comité de Expertos de 1988 entendió que debería reconocerse como autor-titular inicial de una obra fotográfica, con los derechos correspondientes, al autor creador de la misma («Principio» 5).

Ello no es obstáculo para que se reconozcan las dos variantes que corresponden cuando la fotografía es creada por encargo; de una parte (variante A), el reconocimiento a la persona que ha encargado la obra del derecho a utilizarla, en exclusiva, para todos los fines que razonablemente sean conformes a lo previsto por las partes en el momento del encargo. De otra parte (variante B) el principio que rige en los países con legislación inspirada en el «common law» según el cual, a la persona que ha encargado la obra le corresponderá, salvo pacto en contrario, ser reconocido como titular inicial de los derechos patrimoniales sobre dicha obra<sup>10</sup>.

## 8.- Derecho moral y derechos de explotación

Al autor de la obra fotográfica le corresponden, en exclusiva, dos tipos de derechos: los de carácter moral, que denotan los lazos íntimos y personales que existen entre el autor y su obra<sup>11</sup>



y los patrimoniales o de explotación, que se derivan de la difusión y utilización económica de la misma<sup>12</sup>.

No existe una relación limitada y específica de los derechos morales del autor. La Convención de Berna introdujo en su revisión de Bruselas (1948), el concepto de derecho moral en su artículo 6 bis, 1) que dice:

«Independientemente de los derechos patrimoniales del autor e incluso después de la cesión de estos derechos, el autor conservará el derecho de reivindicar la paternidad de la obra y de oponerse a cualquier deformación, mutilación u otra modificación de la misma o a cualquier atentado a la misma que cause perjuicio a su honor o a su reputación».

Esta disposición del texto convencional es totalmente válida y aplicable a las obras fotográficas y en este sentido aparece redactado el Principio 7 en el Memorandum UNESCO/OMPI de 1988.

Con carácter bastante generalizando, las diversas legislaciones extranjeras en materia de derecho de autor admiten estas dos facultades del derecho moral del autor y que se conocen con el nombre de «derecho de paternidad» y el «derecho a la integridad» de la obra. Existen, sin embargo, otras facultades en el ámbito moral del autor que, a pesar de no haberse incluido en el precepto convencional, poseen una importancia relevante. Tal ocurre, por ejemplo, con el denominado «derecho de divulgación», o sea la facultad exclusiva que tiene el autor de una obra a decidir si la misma habrá de ser hecha accesible al público y en qué forma.

Este «derecho de divulgación» que en la revisión de Roma (1928) ya se intentó incluir, sin éxito, en el texto del Convenio, tiene en el ámbito de la creación fotográfica una dimensión importante. El autor de una fotografía que, por razones personales, morales, o de cualquier otra índole no considera conveniente su conocimiento público, debería poseer la facultad exclusiva de poder decidir con carácter exclusivo, acerca de si se divulga o no, dicha obra fotográfica. Hasta ahora, son escasas las legislaciones (entre ellas, la española) que han incluido este derecho moral específico. Existen ciertas reticencias a aceptar el denominado «derecho al inédito»: los razonamientos de tipo económico (oportunidad de publicación de una fotografía de gran impacto editorial o periodístico) o de pseudo-defensa de la «libertad de difusión cultural» (no mantener desconocidos algunos aspectos de la creación artística o literaria de una personalidad más o menos relevante), han primado sobre los fundamentos de uno de los derechos morales del autor que, al menos, durante su vida o durante el plazo limitado que él mismo haya decidido, debiera serle reconocido y respetado<sup>13</sup>.

En lo relativo a los derechos patrimoniales o de explotación no existe en los textos convencionales, restricción concreta, al ejercicio de los mismos por los autores de las fotografías. Se les reconoce, en consecuencia, los mismos derechos de explotación que a los autores de obras literarias y artísticas.

En este sentido, el «Principio» 8 de los examinados por el Comité de Expertos en 1988, contiene una serie no exhaustiva de actos que deberán ser autorizados por el autor de la obra fotográfica, tales como la reproducción de la obra; su comunicación pública, bien en una pantalla a través de difusión con o sin hilo; su inclusión en una obra o programa audiovisual; la exposición pública de la misma, así como su transformación mediante adaptación, arreglo, etc...

Con el fin de delimitar el ejercicio de estos derechos se indica en dicho Principio 8 que éstos no deberían sufrir restricciones más que en los casos y en la medida en que las convenciones internacionales sobre derecho de autor lo permitiesen.

No se incluye, en cambio, dentro de estos derechos patrimoniales el denominado «droit de suite» o derecho de participación del autor de una obra plástica en su precio cuando es revendida. La Convención de Berna, en su artículo 14 *Ter* no incluye a las obras fotográficas dentro

del ámbito de la aplicación de este derecho, restringiéndolo a las obras de artes plásticas y a los manuscritos originales de escritores y compositores. Ninguna de las legislaciones que incluyen el «droit de suite» han reconocido su extensión a las obras fotográficas.

## 9.- La cesión de los derechos

En relación con los derechos patrimoniales sobre una obra, el autor tiene dos opciones: o bien los ejercita personalmente o bien, mediante el acto jurídico correspondiente, cede su ejercicio a una tercera persona. De aquí que, como ya se prevenía en párrafos anteriores, la necesidad de distinguir entre el *autor* de una obra y el *titular* de los derechos de explotación de la misma que puede coincidir en el propio autor o en persona ajena a la que el autor ha transmitido dichos derechos.

En el caso de las obras de expresión visual (obras plásticas, fotografías, etc...) el tema de la cesión de los derechos patrimoniales posee aspectos específicos, de carácter jurídico y práctico, como ocurre en el caso de la cesión de los derechos sobre una obra de la que existe un ejemplar único. Cuando una persona —sea el propio autor o sea otra diferente— es propietaria de una obra, en ejemplar único le corresponde en la práctica todo derecho a autorizar cualquier utilización de esa obra. Cuando ese ejemplar único de la obra se cede (por venta o por cualquier otro acto traslativo de dominio) resulta lógico que las condiciones de disfrute de los derechos de autor se hagan constar en el contrato de cesión. Pero ¿qué ocurre si en el contrato no se menciona condición alguna al respecto?

Sobre este punto existen dos tendencias que se reflejan en determinadas legislaciones: una, de carácter tradicional, prevé que en caso de silencio contractual, los derechos patrimoniales sobre la obra le son reconocidos al autor (o a sus herederos) y sólo son ellos (autor o herederos) los que pueden autorizar cualquier utilización de la obra por parte del cesionario.

La segunda tendencia, que rige en varios países y que se inspira en la «praxis» habitual, interpreta el silencio en el sentido de que el ceder el ejemplar único de una obra visual el autor admite implícitamente que corresponde al cesionario el ejercicio de la mayor parte de los derechos patrimoniales.

Pues bien, si trasladamos esto al ámbito concreto de las obras fotográficas, aparecen situaciones bastante similares: aquí también pueden existir obras de ejemplar original único: el «negativo», cuya importancia, a la hora de obtener copias, es evidente. La cesión del «negativo» de una obra fotográfica comporta una serie de derechos (y deberes) para ambos, cedente y cesionario, que deberán figurar en el acto jurídico de cesión. Si en dicho acto no se mencionan las condiciones, el ejercicio de los derechos suele corresponder al cesionario. Es ésta una realidad que en el campo de la aplicación práctica del derecho de propiedad intelectual de las fotografías, se ha ido imponiendo con carácter general.

Este es el motivo de que en la cesión de la propiedad del ejemplar único original (el «negativo», por ejemplo) de una fotografía se debe entender comprendida —salvo pacto en contrario— la cesión simultánea de los derechos patrimoniales sobre la obra. Esta cesión puede entenderse sin limitación o puede ser entendida con la matización de que se ceden los derechos patrimoniales indispensables a la actividad habitual del cesionario. Bajo esta doble alternativa ha sido considerada la cesión en el Principio 9 del Memorandum<sup>14</sup>.

## 10.- La duración de los derechos y el dominio público

Ya hemos visto anteriormente que es justamente sobre el punto relacionado con la duración del plazo de protección donde ambas Convenciones —Berna y Universal— contienen disposiciones concretas sobre la obra fotográfica. Mientras el artículo 7.4 de la Convención de Berna establece que el plazo de protección no podrá ser inferior a un período de 25 años a contar desde la realización de dicha obra, la Convención Universal, en su artículo 18.3, dispone que la duración de la protección de las obras fotográficas no puede ser inferior a diez años, aunque no precisa el momento desde el que se comienza a contar dicho plazo.

La realidad es que haciendo uso de la facultad que les concede el artículo 7.4. de la Convención de Berna, las legislaciones de los Estados Miembros contienen una cierta variedad en lo relativo a la duración de dicho plazo, lo que explica la relativa inestabilidad de estas creaciones en el ámbito del derecho de autor. En esta variedad de soluciones, debemos tener en cuenta, principalmente, dos aspectos de referencia: el momento en que se computa el comienzo del plazo de duración y el plazo en sí mismo.

a) En relación con la fecha o momento en que se inicia el cómputo, no resulta siempre fácil conocer la fecha exacta, o incluso aproximada, de la realización de una fotografía. Hay que reconocer que en la obra fotográfica, al igual que en otras categorías de obras protegidas, el criterio más sólido para el cómputo del plazo de protección es el que se efectúa a partir de la muerte del autor.

b) En cuanto a la duración del plazo en sí mismo ¿qué criterios objetivos pueden manejarse para adjudicar a una obra fotográfica un plazo mayor o menor de protección, con respecto a otra fotografía? Existen —y eso es incuestionable— fotografías con mayor mérito y valor artístico y documental que otras. En varias legislaciones, esa diferencia de «calidad» podrá servir para situar a una y otras en lugares diferentes, lo que traerá consigo tratamientos y plazos de duración distintos. Pero esas estimaciones y criterios no parecen estar de acuerdo con el espíritu convencional, lo que, en definitiva, ha inducido en muchas ocasiones a buscar soluciones de compromiso.

En el Memorandum, debatido en el seno del Comité de expertos en 1988, se prefirió adoptar una postura de compromiso, tanto en lo relativo al comienzo del período de protección como al plazo en sí mismo. Por eso se ha podido llegar a proponer que «la duración de la protección de las obras fotográficas no debería ser, por regla general, inferior a un período que comprendiese la vida del autor y veinticinco años después de su muerte»<sup>15</sup>.

## IV. Sistema positivo español

### 11.- La obra fotográfica antes de la Ley de Propiedad Intelectual de 1987.

Como todo lo relacionado con la materia de propiedad intelectual, las normas de derecho positivo español sobre la fotografía no son excesivamente abundantes; por el contrario, hay que rastrear textos y colecciones legislativas para hallar, de vez en cuando, alguna norma o resolución alusiva a este tema. La protección otorgada a la fotografía a lo largo del siglo de vigencia de la Ley de Propiedad Intelectual de 1879 halla su fundamento, además de en la propia Ley, en muy escasas disposiciones aparecidas para regular casos concretos.

El Reglamento de la Ley de Propiedad Intelectual, de 3 de septiembre de 1880, en su artículo 1º dice: «Se entenderá por obras, para los efectos de la Ley de Propiedad Intelectual, todas

las que se producen y pueden publicarse por los procedimientos de la escritura... la fotografía, o cualquier otro de los sistemas impresores y reproductores conocidos o que se inventen en lo sucesivo».

Bastantes años más tarde, encontramos una Real Orden de 28 de agosto de 1924, que resuelve una consulta formulada por un particular sobre la autoría de una obra fotográfica. Las bases de esta resolución eran las siguientes:

¿Quién es, a los efectos de la Ley de Propiedad Intelectual, el autor de una fotografía? Evidentemente, según el texto legal citado, en la creación de la obra fotográfica, hay dos fases:

1ª. Concebir y planear cómo y de qué va a ser la fotografía. 2ª. La obtención material de la misma.

Normalmente, ambas fases son desarrolladas por una misma persona. Pero ¿qué ocurre cuando cada una —la concepción y la ejecución— son desarrolladas por personas diferentes? En el caso del autor de un libro de «Historia Natural» que encarga a otra persona que obtenga fotografías de los animales de un parque zoológico, que ilustrarán el libro, ¿quién es el autor, a efectos jurídicos, de dichas fotos?

El artículo 2º del Reglamento de 1880 dice que se considera autor, a los efectos de la Ley de Propiedad Intelectual, «al que concibe y realiza alguna obra científica o literaria o crea y ejecuta alguna obra artística...» Es evidente que en este caso concreto, cuando la realización o ejecución de la obra se lleva a cabo de modo mecánico mediante la aplicación automática de dispositivos o aparatos, la titularidad del autor debe recaer en la persona que concibió y realizó dichas fotos. Otra cosa distinta sería si el encargo de la obra consistiese, no en tomar fotografías, sino en hacer un cuadro o dibujo. Aquí el fin perseguido no se obtendría por medios mecánicos, sino por aplicación de facultades intelectuales y artísticas, lo cual significa que serían dignas de protección.

Más tarde el Ministerio de Educación Nacional publicó una Orden Ministerial de fecha 9 de enero de 1953. Dicha orden se dictó a instancia del Presidente de la Institución Defensora de la Propiedad Fotográfica, en la que se solicita que se recuerde la permanencia en vigor (en 1953) de la Real Orden de 4 de noviembre de 1911, dadas las frecuentes infracciones de ésta. Esta Orden de 1911 disponía que cuantos reprodujesen obras fotográficas tienen la obligación de hacer constar al pie de las reproducciones el nombre de quien hizo dichas obras, a no ser que haya mediado pacto en virtud del cual el autor de estas obras haya renunciado a tal derecho.

La protesta-recordatorio del Presidente de la Institución Defensora de la Propiedad Fotográfica, en 1953, se basaba en el hecho de que las publicaciones periódicas «suprimen, cuando lo estiman oportuno, el nombre del autor de la fotografía...» Por esta razón, el solicitante estima que convendría recordar la vigencia de determinadas disposiciones en materia de Propiedad Intelectual, desde la Ley de 1880, hasta las citadas O.M. de 1911 y 1924, sin olvidar el correspondiente texto convencional de Berna.

Efectivamente, la Administración (Ministerio de Educación) en esta Orden Ministerial de 1953, recuerda la vigencia y permanencia de las normas aludidas. De este modo, no solamente se reconoce uno de los derechos más importantes del autor (el de autorizar la reproducción de sus obras) sino que, al mismo tiempo, la O.M. de 1953, significaba una clara concordancia con lo establecido en el art. 19 del Reglamento de Propiedad Intelectual de 1880, que exceptúa del trato general de utilización sin previa autorización (art. 18) a las ilustraciones (dibujos, grabados, litografías, música y demás trabajos artísticos en publicaciones periódicas). La reproducción de dichas obras en estos casos necesita la autorización del autor<sup>16</sup>.

## 12.- La fotografía en la vigente Ley española de Propiedad Intelectual

a) *Durante su debate parlamentario.* La Ley 22/1987, de 11 de noviembre, de Propiedad Intelectual atravesó, durante su etapa como Proyecto Legal en el Parlamento, dos fases distintas separadas por las elecciones generales de 1986. Existieron, pues, dos textos de proyecto de Ley: Uno de 1984, comenzado a estudiar en 1985 en el Congreso de los Diputados, que feneció debido a la clausura de las actividades de las Cortes Generales por razón de la convocatoria de elecciones generales en la primavera de 1986; el otro texto de 1987, que tras las correspondientes peripicias en los órganos legislativos fue finalmente aprobado, promulgado y entrado en vigor el 7 de diciembre de 1987.

Ya en los primeros borradores elaborados en las Comisiones que intervinieron en los sucesivos Anteproyectos de la nueva Ley, aparece la obra fotográfica incluida entre las creaciones que son objeto de propiedad intelectual.

El texto prácticamente idéntico en los sucesivos borradores, se situaba en el artículo correspondiente a las obras susceptibles de protección. Entre ellas aparecían «...las obras fotográficas, a las que se asimilan las expresadas por procedimiento análogo a la fotografía».

En el Proyecto de Ley de Propiedad Intelectual de 1987 se recogía la obra fotográfica presentándola bajo un doble matiz:

a) De un lado, la «obra fotográfica», con la enunciación indicada más arriba y que se incluía en el artículo 10 del Proyecto, en el que se enumeran las obras objeto de propiedad intelectual;

b) De otro lado, las denominadas «meras fotografías» incluyéndolas en el Título V del Libro II del Proyecto, que está referido a «otros derechos de propiedad intelectual» (art. 118).

Como se puede comprobar, se mencionaba la obra fotográfica, como obra protegida por el derecho de autor mediante una enunciación general, sin entrar en otras particularidades. Pero al mismo tiempo en dicho Proyecto ya se contemplaba la doble consideración de la obra fotográfica, según se tratase de «obra protegida en el Libro I» o de «fotografía u otra reproducción que no estén protegidas en dicho Libro». De este modo ya se deslindaba la doble aceptación de estas obras. De una parte, se consideraban las obras fotográficas protegidas en el Libro I. De otra parte se tenían en cuenta las meras fotografías que se regulaban en el art. 118 de la nueva Ley. Estas últimas, cuya naturaleza viene determinada tanto por su carácter de «reproducción» como por su inserción en el ámbito de los derechos afines al de autor, tienen un plazo de protección de 25 años a contar desde su realización.

Desde el principio el tema de la protección de la obra fotográfica en la futura Ley atrajo la atención de los sectores afectados y ya en 1984, durante la fase de elaboración del anteproyecto de Ley los sectores profesionales de la fotografía formularon diversas opiniones. Dos entidades representativas del sector hicieron llegar sus observaciones y sugerencias sobre el tratamiento que dicho Anteproyecto otorgaba a la obra fotográfica y las consecuencias que del mismo se derivaban.

De una parte, emitían su opinión los miembros de la *Confederación Nacional de Fotógrafos Profesionales de España*. En general, coincidían con el tratamiento otorgado a la obra fotográfica en el texto del Anteproyecto. Tan sólo deseaban que en relación con el derecho moral, quedasen reconocidas determinadas facultades que, textualmente, eran las siguientes:

a) El derecho al reconocimiento de la paternidad de la obra fotográfica por el mero hecho de hacerla y estampar su sello con indicación del distintivo © (Copyright), año de realización y nombre del autor al pie de la imagen.

b) El reconocimiento a la autoría de la obra fotográfica debe referirse a la imagen en sí, no sólo a las copias, ya sea registrada sobre soporte convencional (fotoquímico o electrónico).

c) El derecho al arrepentimiento, recogido en la legislación francesa, que faculta al autor de la fotografía a retirar de la circulación su obra por fundadas razones de orden moral o ideológico, no sólo en consideración al contenido de la obra en sí, sino a la concreta aplicación que pueda dársele por parte de quien la explota o difunde, contrariando las condiciones más íntimas y respetables del autor.

En cuanto a los derechos patrimoniales no se especificaban claramente por parte de la Confederación cuáles serían los puntos objeto de posibles sugerencias. Solamente se apuntaba el ya problemático tema de la titularidad del derecho de autor en la obra fotográfica, en el caso de relación contractual laboral.

Por otra parte, emitió su parecer la *Asociación Nacional de Informadores Gráficos de Prensa*. Las sugerencias y observaciones de esta entidad profesional al texto del Anteproyecto se centraban sobre dos aspectos sustanciales:

—Relaciones del fotógrafo con la Empresa periodística: Se trataba de llamar la atención sobre determinadas situaciones que se crean en el desarrollo de las relaciones laborales habituales: utilización de las obras fotográficas por la Empresa, sus límites, identificación del autor, etc... Todos ellos son problemas que se insertan en la conflictiva parcela de la propiedad intelectual, cuando el autor se encuentra ligado por una relación laboral.

—Reconocimiento del derecho de autor en la obra fotográfica. En este sentido, la Asociación pretendía que se tuvieran en cuenta dos clases de situaciones: de una parte, reconocimiento de unas atribuciones al autor de la obra fotográfica, que tal vez rozasen los límites del derecho a la intimidad de las personas y a la propia imagen. De otra parte, la Asociación sugería que se reconozca y proteja con más fuerza el derecho del autor de la obra fotográfica aparecida en prensa periódica, exigiendo a terceros la autorización del autor para su reproducción.

Así, se pretendía que en el artículo 34 del Anteproyecto se disponga expresamente que quedan exceptuadas del régimen de libertad de reproducción que en dicho artículo se reconoce, las fotografías de prensa. No basta con que se pueda lograr esto mismo insertando al pie de la fotografía la clásica advertencia: derechos reservados. Debería asegurarse expresamente en el texto de la Ley.

Alegaba la Asociación que, en el entonces vigente Reglamento de Propiedad Intelectual, ya se contemplaba la posibilidad, al exceptuarse a estas obras en su artículo 19 del régimen general de utilización, sin previa autorización, que se establece en el artículo 18 de la misma norma legal.

b) *Las peculiaridades de la fotografía en la nueva LPI: obra fotográfica y mera fotografía*: Finalmente, la Ley de Propiedad Intelectual de 1987, actualmente vigente, ha incluido las fotografías dentro de su ámbito de protección con arreglo al siguiente criterio:

a) *La obra fotográfica, «strictu sensu»*. El artículo 10 de la LPI dispone 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:

Las obras fotográficas y las expresadas por procedimiento análogo a la fotografía.

b) *La mera fotografía*. El artículo 118 de la LPI, que queda amparado por el Título V cuyo rótulo es «De la protección de las meras fotografías», dispone que «quien realice una fotografía u otra reproducción obtenida por procedimiento análogo a aquélla, cuando ni una ni otra tenga

el carácter de obras protegidas en el Libro Primero, 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.

Antes de entrar en el epígrafe relativo a las circunstancias y contenido de la protección de la obra fotográfica en nuestra actual Ley de Propiedad Intelectual resulta conveniente insistir, una vez más, en las razones de la duplicidad de criterios de su tratamiento. A este respecto, es útil recordar, resumida la respuesta del Gobierno a las Enmiendas que algunos Grupos Parlamentarios formularon al respecto.

Uno de los problemas que en la legislación comparada ha suscitado mayores controversias, según se ha visto, es el relativo a la consideración o no, de la fotografía como obra de creación del ingenio humano y susceptible, por tanto, de protección jurídica. Si bien es cierto que muchas obras fotográficas son auténticas obras de *creación* (el fotógrafo ha dispuesto con cuidado el encuadre, la luz, la perspectiva, los detalles circunstanciales, etc...), en otras, sin embargo, la obra resultante es un producto de una operación mecánica (apretar el botón disparador) de una máquina fotográfica que, incluso en algunos casos ni siquiera ha necesitado esta mínima aportación humana (por ej. las máquinas automáticas de foto-matón).

Este problema de llegar a trazar correctamente la línea divisoria entre lo que se puede denominar *obra fotográfica* (obra de creación intelectual) y la que se conoce como *simple fotografía* o una reproducción expresada por procedimiento análogo, no se ha conseguido solucionar plenamente, aunque la ley francesa de 1957, distinguía a estos efectos las obras fotográficas con valor artístico y documental de las restantes fotografías.

Pero en la actualidad y siguiendo la pauta marcada por el Convenio de Berna, las legislaciones europeas han ido abandonando los criterios de la calidad, de la finalidad de la obra, etc... para diferenciar la obra fotográfica y han optado por establecer esta diferencia entre *obra fotográfica* y *simple fotografía* en el plazo de duración de la protección, (República Federal Alemana, Italia, Austria).

De este modo, sin entrar en una polémica sobre si tal fotografía es o no una obra de creación, se reconoce, al menos, un plazo mínimo (que la Convención de Berna fija en 25 años) y que cada legislación nacional pueda graduar hasta los 50 años que se atribuye a las restantes obras protegidas; con la diferencia de que el cómputo de plazo en las simples fotografías se inicia en la fecha de su realización, mientras en las consideradas como obras de creación (Libro Primero) lo son durante la vida del autor y sesenta años después de su muerte.

Limitar el beneficio de la protección a ciertas categorías de obras fotográficas es una solución —repetimos— que incorporó la Convención de Berna en su revisión de Estocolmo en 1967. La fotografía ha sido aceptada por las legislaciones que siguen el derecho unionista, pero hay que reconocer que su postura es incómoda. Incluso Francia que, en su Ley de 1985, ha intentado resolver el problema eliminando los calificativos de «artístico y documental» para designar las obras fotográficas de creación, no ha hallado la solución definitiva.

La obra fotográfica pues, se halla en una situación de equilibrio inestable cuyo único elemento de valoración se ha centrado en la diferencia del plazo de protección para unas y otras, según se trate de obras fotográficas (que constituyen auténticas creaciones intelectuales) de las simples fotografías o reproducciones que a pesar de no estar comprendidas en el Libro I de la Ley, sus autores gozan de iguales derechos de reproducción, distribución y comunicación pública y en los mismos términos que la LPI reconoce a los autores de obras fotográficas.

### 13.- Circunstancias específicas de su regulación

Vimos, en epígrafes anteriores, cuáles eran las características de la obra fotográfica al ser considerada en la perspectiva del derecho de autor tanto convencional como de la legislación comparada y comprobamos cuáles eran los puntos de fricción que unos y otros regímenes jurídicos planteaban al aplicar a la obra fotográfica los diferentes elementos de la relación jurídica intelectual: concepto de autor y titular de derechos morales y patrimoniales; la transmisión de los derechos; la duración del plazo de protección, etc... ¿De qué manera se corresponden estos elementos con el tratamiento que nuestro ordenamiento concede a la fotografía?

#### a) *Autoría y titularidad*

En relación con el *autor de la fotografía* es evidente que como tal solamente puede considerarse «la persona natural» que la ha creado. Ahora bien, se citan casos en nuestra Ley, en los que cabe atribuir o reconocer los derechos del autor a una persona jurídica. En estos casos, además de las fotografías anónimas o firmadas con seudónimo, la autoría de la parte gráfica o ilustrada (si contiene fotografías) de la obra editorial realizada como obra colectiva (art. 8 de la LPI) puede reconocerse del mismo modo que la parte literaria, a una persona jurídica.

Se presumirá autor de la fotografía, salvo prueba en contra, a quien aparezca en ella como tal, mediante su nombre, firma o signo que lo identifique (art. 6). La obra fotográfica se protege por el mero hecho de su creación; su protección no está subordinada al cumplimiento de ninguna formalidad (por ej. a la inscripción en un determinado Registro).

En cuanto a la titularidad del derecho es lógico que no siempre coincidirá en la persona del autor habida cuenta que éste puede ceder sus derechos a otra persona en virtud de cualquier acto traslativo de dominio; si bien existen determinados derechos (los morales) que no pueden ser enajenados y que la cesión de titularidad está sujeta a determinados requisitos que la propia Ley establece.

#### b) *Los derechos del autor*

Los derechos del autor fotográfico en la nueva Ley son de doble naturaleza: morales y patrimoniales o de explotación. Los derechos morales se reconocen solamente a aquellos cuyas obras fotográficas tienen el carácter de obras protegidas en el Libro Primero. Son derechos que el autor fotográfico no puede enajenar y a los que no puede renunciar. Se detallan en el artículo 14 de la Ley y comprenden además de los ya conocidos de divulgación, de paternidad y de integridad, se añaden otros no menos importantes como el derecho de arrepentimiento y el de acceso al ejemplar único o raro de la obra fotográfica.

El ejercicio de los derechos morales no es perpetuo, salvo la excepción que la ley reconoce a los derechos de paternidad y de integridad a favor de las personas físicas o jurídicas a las que el autor se lo ha confiado expresamente por disposición de última voluntad si no existe tal encargo expreso, el ejercicio de estos dos derechos corresponderá a los herederos del autor. Del mismo modo podrán ejercer el derecho de divulgación, cuando la obra no ha sido divulgada en vida del autor, las mismas personas señaladas anteriormente, durante un plazo de 60 años desde la muerte del autor.



Es importante, asimismo, destacar que, en caso de que no existan las personas mencionadas (las expresamente citadas por el autor o sus herederos) o se ignore su paradero, podrán ejercer sus derechos morales citados —paternidad, integridad y divulgación, éste durante 60 años desde la muerte del autor— y por este orden, el Estado, las Comunidades Autónomas, las Corporaciones Locales y las instituciones públicas de carácter cultural.

En cuanto a los derechos patrimoniales de explotación la LPI reconoce al autor su ejercicio exclusivo. Son los derechos de reproducción, de distribución, de comunicación pública y de transformación. Nadie podrá ejercer estos derechos sin su autorización, salvo en los casos especiales que se mencionaran (artículo 17 de la LPI).

Los derechos de explotación son reconocidos y ejercidos, por igual, tanto para los autores de las obras fotográficas recogidas en el Libro Primero de la LPI, como para los autores de las meras fotografías, contempladas en el artículo 118.

En el mundo operativo de la propiedad intelectual en torno a las obras visuales, como las artes plásticas y la fotografía, los derechos de explotación más característicos son el derecho de reproducción y el de comunicación pública.

En términos de nuestra LPI, hay que entender por *reproducción* la fijación de la obra en un medio que permita su comunicación y la obtención de copias de toda o parte de ella (art. 18). En otras palabras, *la reproducción* comprende tanto la fijación de un obra en un medio que permita su conocimiento por el público (por ejemplo, la plasmación de un obra literaria en un libro), y, de otra parte, la obtención de copias de toda o parte de ella (en el caso de la obra literaria, la edición de un número de ejemplares que pueden referirse a la obra completa o a parte de la misma si se decide editar la obra por fascículos o entregas).

Se entiende por comunicación pública —dispone el artículo 20 de la LPI— todo acto por el cual una pluralidad de personas pueda tener acceso a la obra sin previa distribución de ejemplares a cada una de ellas. En síntesis, la definición jurídica de comunicación pública viene a precisar que sus elementos son los siguientes: una parte, poner en conocimiento del público una obra intelectual; de otra que el público al que se hace llegar sea una pluralidad de personas: el acceso a la obra por una sola persona impide calificarlo como comunicación pública; y, finalmente, que para que tenga lugar ese conocimiento de la obra por una pluralidad de personas no sea necesario efectuar copias o ejemplares para cada una de ellas, sino que toda una colectividad pueda tener acceso a la obra sin que sea precisa la reproducción y distribución de ejemplares.

Uno de los actos de comunicación pública que se reconoce en nuestra LPI (art. 20.2.g) es la exposición pública de obras de arte o sus reproducciones. Este acto comporta, naturalmente, la aparición y regulación del derecho de exhibición pública cuya titularidad, bien en favor del autor de la obra o bien en favor del propietario del soporte, es uno de los aspectos más importantes del régimen jurídico de las obras visuales y sobre el que volveremos más adelante (artículo 56 de la LPI).

En cuanto a los otros dos derechos de explotación reconocidos al autor o a su derechohabiente por nuestra LPI -distribución y transformación— no tienen en el ámbito de la imagen fija la importancia y transcendencia económico-social de los dos derechos de reproducción y comunicación pública. Baste, recordar, sin embargo, que el derecho de distribución, por el cual el autor autoriza el modo de puesta en circulación de su obra (en venta, en préstamo, en alquiler, etc...) agota este derecho sobre la venta, a partir de haberse realizado la primera venta; ello significa que una vez que el autor ha autorizado la venta de su obra, este derecho se agota a partir de ahora para sucesivas ventas.

*c) Duración del plazo de protección*

Ya hemos visto anteriormente que en nuestra actual LPI la fotografía —siguiendo de cerca los modelos alemán, austríaco e italiano— posee un plazo diferente de protección según se trate de una obra en los términos previstos en el Libro Primero (art. 10.1.b) o de una simple o mera fotografía, en cuyo caso se le aplica el Artículo 118 de dicha Ley. En el primer caso, la fotografía está equiparada a cualquiera de las obras de creación del espíritu humano en el campo literario y artístico y, en consecuencia, su plazo de protección dura toda la vida de su autor y sesenta años después de su muerte.

En el segundo caso, una simple fotografía u otra reproducción obtenida por procedimiento análogo a aquella, cuando ni una ni la otra tenga el carácter de obras protegidas en el Libro Primero, gozará de un plazo de protección de 25 años contados desde la realización de la fotografía. Esta diversidad de tratamiento de una fotografía que se establece en el artículo 118 de Ley comporta, en relación con las obras contempladas en el Libro Primero y de acuerdo con el texto de este precepto legal, no solamente una diferencia en cuanto a la duración del plazo de protección sino también en lo referente al posible ejercicio de los derechos morales y al derecho de transformación: ambas clases de facultades parecen escatimarse —al menos en la letra del citado art. 118— al autor de las meras fotografías.

Una vez transcurrido los plazos de sesenta años desde la muerte del autor, para las fotografías protegidas por el Libro Primero de la LPI y de 25 años desde su realización, en el caso de las meras fotografías, los derechos de explotación se extinguen y dichas obras pasan al dominio público. Las obras en dominio público —dice el art. 41 de la LPI— podrán ser utilizadas por cualquiera, siempre que se respeten dos derechos morales; el de paternidad y el de integridad, en los términos establecidos en los números 3º y 4º del artículo 14 de la propia Ley.

*d) Límites al ejercicio del derecho de autor en las obras fotográficas.*

Por aplicación de lo dispuesto en el capítulo II, del Título III artículos 31 a 40 de la LPI el autor de una obra fotográfica o de una mera fotografía no podrá oponerse a su utilización en determinados casos, entre los que destacan:

a') No podrá oponerse a la reproducción de una fotografía por un tercero siempre que sea para uso privado del copista y siempre que la copia no sea objeto de utilización colectiva ni lucrativa. Tampoco cuando la fotografía vaya a ser utilizada como consecuencia o para constancia en un procedimiento judicial o administrativo (art. 31 LPI).

b') No será necesaria la autorización del autor de una fotografía ya divulgada para su inclusión a título de cita o para su análisis, comentario o juicio crítico en una obra ajena. La utilización de la obra fotográfica en estas circunstancias solamente podrá realizarse con fines docentes o de investigación y será utilizada en la medida justificada por la finalidad de esa incorporación. En todo caso, se habrá de indicar siempre la fuente y el nombre del autor de la obra utilizada (art. 32 LPI).

c') Salvo que se hubiese hecho constar en origen la reserva del derecho, cualquier trabajo gráfico sobre temas de actualidad que haya sido difundido por los medios de comunicación social podrá ser reproducido, distribuido y comunicado públicamente por cualesquiera otros medios de la misma clase. Se deberá citar la fuente y el nombre del autor si el trabajo apareció con firma.

Esto no será obstáculo para que el autor de la fotografía o trabajo gráfico así utilizado pueda ejercer el derecho a percibir la remuneración acordada. En caso de no haber acuerdo, procederá percibir la remuneración que estime equitativa. (art. 33).

d') Cuando con ocasión de informaciones sobre acontecimientos de actualidad hubiera necesidad de utilizar determinadas imágenes o fotografías, éstas pueden ser reproducidas, distribuidas y comunicadas públicamente sin necesidad de obtener la previa autorización de su autor, si bien dicha utilización lo será solamente en la medida en que lo requiera dicha finalidad informativa (art. 34).

e') Las obras situadas permanentemente en parques, calles, plazas u otras vías públicas pueden ser reproducidas, distribuidas y comunicadas libremente por medio de pinturas, dibujos, fotografías y procedimientos audiovisuales (art. 35).

#### e) *Las limitaciones del artículo 37 de la LPI*

Una de las limitaciones al derecho de autor de mayor importancia para la actividad habitual de los centros culturales públicos es la que se contiene en el artículo 37 de la LPI. Según este precepto, «los titulares de los derechos de autor no podrán oponerse a las reproducciones de las obras, cuando aquéllas se realicen con finalidad lucrativa por los museos, bibliotecas, fonotecas, filmotecas, hemerotecas o archivos de titularidad pública o integradas en instituciones de carácter cultural o científico y la reproducción se realice exclusivamente para fines de investigación».

Esta limitación a los derechos de los autores o a sus titulares implica, en el caso de obras fotográficas o visuales que se encuentran en un establecimiento de los indicados, las siguientes precisiones:

- *Alcance de la limitación:* Solamente pueden reproducirse sin previa autorización del autor, las fotografías u obras gráficas *que hayan sido divulgadas*. Las obras inéditas no pueden divulgarse sin la autorización de su autor, en los términos en que a éste se le reconoce el derecho moral de divulgación. (17).

- Asimismo, solamente podrán acogerse a esta limitación las obras que se encuentren formando parte del acervo o patrimonio documental del centro o institución de que se trate. La reproducción deberá realizarse por los propios servicios de reproducción de dicho centro. No deberá tener finalidad lucrativa para la Entidad; naturalmente, no puede considerarse como «lucrativa» la percepción de unas tasas mínimas que se limitan a cubrir el coste de la reproducción realizada.

- La reproducción de la obra así efectuada deberá dedicarse exclusivamente a fines de investigación. Si, posteriormente el material así reproducido formase parte de una publicación con finalidad lucrativa, el autor del trabajo de investigación o el editor, en su caso, deberá solicitar autorización del autor o titular de los derechos de la obra gráfica reproducida, si la utilización del material reproducido extralimita claramente su uso a título de cita, en los términos del art. 32 de la LPI.

En todo caso, deberá citar la fuente y el nombre del autor, si es conocido.

f) *La determinación del autor.* En este caso conocer el nombre o los datos de identificación personal del autor resulta de extremo interés. En primer lugar, porque se sabe, desde el principio, si la obra se encuentra o no en dominio público. En segundo lugar, el testimonio del autor respecto a su deseo de que sea respetado su derecho al inédito solamente puede obtenerse -de no constar por escrito- mediante consulta directa.

En el caso de obras fotográficas anónimas o con autor que se oculta tras seudónimo o, simplemente, se ignora quién es su autor o su titular actual, la aplicación del artículo 37 no tendría ningún problema mientras se cumplan los requisitos objetivos que en dicho precepto se contienen en relación con la reproducción de la obra. El problema podrá aparecer cuando alguna de

estas circunstancias se modifique (por ejemplo que un Archivo o Museo pretenda editar para su venta al público, una reproducción de una obra allí depositada, y con motivo de no conocerse la persona de su autor o de su titular y en consecuencia, no solamente no puede saberse si ya se encuentra en dominio público, sino tampoco pueda solicitarse la autorización pertinente para efectuar la reproducción. En estos casos se podría utilizar la reproducción dentro de los límites de la buena fe.

En este campo de las limitaciones al autor o a sus derechohabientes para el ejercicio exclusivo de sus derechos reúne especial interés el supuesto contemplado en el artículo 40 de la LPI que dice: «Si a la muerte o declaración de fallecimiento del autor, sus derechohabientes ejerciesen su derecho a la no divulgación de la obra en condiciones que vulneren lo dispuesto en el artículo 44 de la Constitución, el juez podrá ordenar las medidas adecuadas a petición del Estado, las Comunidades Autónomas, las Corporaciones Locales, las instituciones públicas de carácter cultural o de cualquier otra persona que tenga un interés legítimo».

Es esta una limitación de amplio alcance que afecta, en principio, a un derecho moral concreto: el derecho de divulgación o derecho al inédito. Si alguna de las entidades políticas o culturales o cualquier persona que tenga un interés legítimo entendiese que la negativa a la divulgación de una obra afecta a uno de los principios rectores de la política social y económica que nuestra Constitución consagra en su artículo 44, podrán dirigirse al Juez solicitando que tome las medidas adecuadas (18). En caso como éste, el interés general prima sobre las apetencias o intereses particulares. No es la primera vez -ni tampoco será la última- en que los herederos de un personaje célebre se niegan a autorizar la publicación de una obra o de parte de ella, sobre la que poseen determinados derechos. Si bien hay que recordar que este derecho tiene un límite temporal -60 años después de la muerte del autor- y que salvo razones de verdadera urgencia o temor de desaparición de la obra, la oposición a su divulgación dejará de tener virtualidad con el transcurso del tiempo.

#### *g) La transmisión de los derechos.*

Los derechos de explotación que el autor tiene sobre la obra fotográfica puede transmitirlos a otra persona, natural o jurídica, por cualquiera de los medios admitidos en derecho. Además de los elementos sustanciales en cada acuerdo o pacto de cesión, en el caso de la transmisión de derechos de propiedad intelectual habrá que tener en cuenta la presencia de elementos específicos: de una parte las modalidades de explotación de la fotografía; de otra, la mención del tiempo de vigencia del acuerdo y, finalmente, el ámbito territorial del mismo.

En caso de que no se mencione el tiempo, la vigencia del acuerdo queda limitada a cinco años; si no se menciona el ámbito territorial, se limitará al país en que se limite la cesión. En caso de no citarse específicamente las modalidades de la explotación de la obra, la cesión quedará limitada a la modalidad que se deduzca necesariamente del propio contrato y sea indispensable para cumplir la finalidad del mismo (artículo 43 de la LPI).

Toda cesión de derechos en propiedad intelectual deberá realizarse por escrito, hasta el punto que si a pesar de que el cedente requiere al cesionario para cumplimentar este requisito, éste no lo cumpliere, el cedente puede declarar resuelto el contrato (art. 45).

La contraprestación económica del acuerdo de cesión se lleva a cabo mediante una participación del cedente proporcional en los ingresos de la explotación. La cuantía de esta participación se hará constar en el contrato. De todos modos, la remuneración por la cesión del derecho

o derechos de explotación acordada, puede estipularse en un tanto alzado, cuando concurren determinadas circunstancias que se especifican en el art. 46 de la LPI.

Aspecto muy importante en los acuerdos de transmisión de los derechos de propiedad intelectual es el relativo al carácter exclusivo o no exclusivo de la cesión. La cesión de una fotografía en exclusiva faculta al cesionario:

- a explotar la obra con exclusión de otra persona, incluso el propio cedente.
- a otorgar autorizaciones no exclusivas a terceros, salvo pacto en contrario.
- a perseguir judicialmente las violaciones que afecten a las facultades que le han concedido.
- a transmitir a otro su derecho con el consentimiento expreso del cedente. (arts. 48 y 49 de la LPI).

En el caso de cesiones no exclusivas, el cesionario queda facultado para utilizar la obra de acuerdo con los términos de la cesión y en consecuencia, tanto con otros cesionarios como con el propio cedente.

#### *h) La cesión de los derechos en la obra por encargo.*

Ya se ha hablado, en párrafos anteriores, de las particularidades que, en la propiedad intelectual, encierra una obra por encargo de una tercera persona y ya se ha visto el panorama que la legislación comparada ofrece sobre este tema. La Ley española nada aporta sobre ello; incluso se diría que no tiene interés alguno en manifestarse sobre un tema como este que, se quiera o no, se sitúa más en el ámbito civil de las relaciones creadas por contratos de arrendamiento de obras o servicios, que en el plano de la propiedad intelectual. «El encargo de una obra —se reconoce en el artículo 59 de la LPI— no es objeto del contrato de edición»...; con ello, el legislador español ha situado la habitual figura de la creación de la obra por encargo en el contexto general de la obra creada por cuenta ajena donde la transmisión de los derechos del autor de la obra al comitente se regula por los términos del contrato o acuerdo suscrito entre ambos, si bien habrán de observarse los requisitos de carácter formal y de contenido prevenidos en el capítulo I del Título V, Libro Primero de la Ley de Propiedad Intelectual.

#### *i) La cesión de los derechos en la obra creada por autor asalariado.*

Con ciertas conexiones con el punto anterior de la obra hecha por encargo, nos encontramos con el hecho cotidiano de la situación que presenta la cesión de los derechos de explotación de propiedad intelectual de un autor que se encuentra ligado por una relación laboral. Sobre este tema, el legislador español, fiel al espíritu contractual dispone que en estos casos la cesión de los derechos del autor-asalariado al empresario se regirá «por lo pactado en el contrato, debiendo éste realizarse por escrito».

En caso de no existir contrato escrito, se abre camino a una presunción en virtud de la cual los derechos de explotación han sido cedidos por el autor al empresario en exclusiva. Esta transmisión se efectuará, asimismo, con el alcance necesario para el ejercicio de la actividad habitual del empresario.

Más adelante, entre los casos concretos que pueden generar las modalidades aquí descritas, aludiremos a la utilización de fondos gráficos en los Archivos cuyo origen o procedencia es una Empresa informativa.

*j) La cesión de los derechos y el derecho de exhibición pública.*

Es importante dejar bien sentado, y nuestra LPI así lo manifiesta en su artículo 56 que «el adquirente de la propiedad del soporte a que se haya incorporado la obra no tendrá, por este solo título, ningún derecho de explotación sobre esta última». Esto quiere decir que el adquirente de una obra visual, tal como una pintura, fotografía, grabado, etc... no tendrá por el sólo hecho de su adquisición, ninguno de los derechos de explotación que la Ley reconoce sobre dicha obra, salvo el de distribución por venta puesto que este derecho ya se ha agotado, para el autor, a partir de la primera venta.

Sin embargo, las obras plásticas y la obra fotográfica poseen determinadas peculiaridades en relación con el acto de su comunicación al público; esto es, en relación con su exhibición pública. Es cierto que la venta de una obra de esta naturaleza por su autor no le confiere automáticamente al adquirente los derechos de propiedad intelectual sobre la misma si no se hacen constar expresamente en el caso de la compraventa. Solamente se admite una excepción: el adquirente de un cuadro o de una fotografía tiene el derecho de exposición pública de dicha obra aunque ésta no haya sido todavía divulgada (art. 56 LPI).

Parece que nos hallamos ante una excepción al libre ejercicio, por parte del autor, de uno de sus derechos morales: el de divulgación o derecho de inédito. Efectivamente, a no ser que el derecho de exhibición pública hubiera sido excluido expresamente por el autor de los derechos de explotación que cede al vender la obra original, no podrá oponerse a que el comprador o nuevo propietario ejercite dicho derecho de exhibición. Por otra parte, es preciso reconocer que resultaría bastante extraño el acto de compraventa de una obra de arte plástica o fotografía en que el autor prohíba al adquirente de un original suyo ejercer el derecho de comunicación o exhibición pública.

Con todo, el legislador español ha querido limitar de algún modo el ejercicio del derecho de exhibición pública de obras plásticas o fotografías que se reconoce al titular o propietario de la misma, atribuyéndole al autor la posibilidad de ejercer determinadas «medidas cautelares», para evitar que se perjudique su honor o reputación profesional. ¿De qué «medidas cautelares» se trata? El artículo 56 de la LPI aclara que se trata de las «medidas cautelares previstas por esta Ley», que según el artículo 126 de la misma, se podrán pedir a la Autoridad judicial por los titulares de los derechos reconocidos en dicha Ley, «en caso de infracción o cuando existe temor racional y fundado de que ésta va a producirse de modo inminente».

#### V.- Consideraciones sobre supuestos concretos

*El papel de los centros de investigación.*

Los archivos, museos, bibliotecas, etc... desarrollan actividades en las que muestran su doble faceta: de una parte como centros de recepción, depósito, conservación, exhibición, etc... de obras de creación intelectual. De otra parte, el aspecto dinámico de la faceta anterior: la presentación al público, en general, de todo su acervo artístico y documental para su conocimiento, difusión y utilización públicos.

En sus tareas diarias, los aludidos centros de investigación cultural se encuentran, muy frecuentemente, ante situaciones en las que se debe actuar no solamente como propietarios o depositarios de obras de creación artística, sino también como partes activas en la cadena de operaciones que producen las relaciones jurídicas en materia de propiedad intelectual.

En las actuaciones que comporta su actividad en ambas facetas, estos centros habrán de enfrentarse, con frecuencia, a situaciones en las que se está dilucidando un problema de propiedad intelectual. Con mayor motivo, en el caso de las imágenes, habida cuenta del considerable impacto producido, en los últimos años, por las innovaciones tecnológicas. En los supuestos de confección de catálogos de fondos existentes, o de facilitar reproducciones fotográficas de imágenes que obran en el archivo, a petición de personas interesadas para su posterior incorporación a un trabajo editorial, estaremos ante casos en los que no solamente habrá que cumplimentar determinados requisitos de orden interno sino que al mismo tiempo, habrá que considerar los que se deriven de la normativa de la propiedad intelectual.

Tanto si se trata de adquirir documentos de imágenes (bien sea obras originales de artes plásticas como de fotografías) para enriquecer el propio patrimonio de la Institución, como si se trata de proyectar al exterior dicho patrimonio documental facilitando su conocimiento y utilización por terceros, deberían tenerse en cuenta siempre los requisitos relativos a la transmisión de los derechos de propiedad intelectual.

#### *Necesidad de formalidades en la cesión de derechos.*

La nueva Ley de Propiedad Intelectual se ha propuesto que las relaciones jurídicas que se desarrollan en un ámbito tan escasamente proclive a formalismos, como es el que se mueven autores, artistas, editores, industrias culturales, etc... se afiancen, sin embargo, mediante un sistema donde son frecuentes los formalismos, los acuerdos escritos, las cautelas procesales, las inscripciones registrales, las entidades que aseguran la protección de los derechos, etc... en suma: todo un eficaz dispositivo de seguridad que garantice a autores y derechohabientes la permanente protección de sus derechos intelectuales.

En las relaciones que estos centros e Instituciones culturales sostienen con personas privadas, tanto naturales como jurídicas, se plantean con frecuencia problemas derivados de la falta previa de precaución de someter por escrito las condiciones sobre las que se regirá una determinada colaboración mutua. Y lo curioso es que no siempre un punto crítico o de discrepancia se resuelve por aplicación de la normativa sobre Propiedad intelectual, tal vez la obra artística objeto de discusión se encuentra en dominio público, en cuyo caso las discrepancias se resolverían por otro conducto pero no a través de dichas normas específicas.

Cualquier relación jurídica que emane de la actividad normal de un centro cultural con terceras personas y de la que se derive la aplicación de la normativa vigente en materia de propiedad intelectual, deberá reflejarse siempre en un acuerdo por escrito. Pongamos un ejemplo. A un archivo que posee una colección de fotografías de reconocido valor documental e histórico, una persona le solicita una serie de reproducciones de algunas de estas fotografías, para publicarlas en una determinada editorial, de carácter lucrativo (libro, folleto, catálogo, memoria, etc...).

Se impone la redacción de un acuerdo escrito, entre el archivo y la persona solicitante en el que deben quedar claras las condiciones relativas a número de ediciones a realizar, ámbito de difusión, modalidades de utilización (caso de libros de bolsillo, de carteles publicitarios, de «fundas» de discos, etc...) y, por supuesto, condiciones de contraprestación económica, por parte de la usuaria de la fotografía; esto es, si el pago será un % por cada ejemplar vendido en cada edición o si, por el contrario, será mediante una cantidad alzada, pagadera en el momento del acuerdo o para cada edición que se realice.

El archivo debe tener en cuenta que el desarrollo de sus relaciones con la persona o entidad usuaria de sus documentos fotográficos depende *esencialmente* del acuerdo que ambos suscriban de la declaración unilateral que, presentada en el archivo, debe firmar y asumir la persona o entidad interesada.

Todo esto, con independencia de que las fotografías que facilita el archivo a terceras personas estén o no en dominio público. En el caso de que dichas obras tengan autor conocido vivo o estando fallecido, no haya transcurrido el plazo de protección «post mortem», la primera diligencia que habrá de exigir el archivo al solicitante es la autorización escrita del autor o su(s) derechohabiente(s), siempre que no se trate de una obra de la naturaleza y finalidad contempladas en el artículo 37 de la LPI.

Si las obras solicitadas por terceras personas al archivo para su posterior reproducción y utilización se encuentran en dominio público, las condiciones que el archivo imponga para su uso así como cualquier acuerdo o declaración unilateral, se inscribe en el marco del derecho común sin que le afecte el régimen de propiedad intelectual. Para un mejor funcionamiento y conservación de sus fondos, el archivo puede imponer a los usuarios de sus documentos y creaciones intelectuales que *estén en dominio público*, las condiciones que considere oportunas (plazos, tasas, participación en beneficios, etc...) y que reglamentariamente le sean aceptadas o concedidas por el organismo o institución de la que dependa. Y ello con total independencia de que la persona usuaria lo utilice con o sin fin de lucro, o realice las reediciones o reutilizaciones que estime convenientes.

Si un usuario habiendo acordado con el archivo su compromiso a utilizar determinados fondos u obras del mismo que se encuentran en dominio público para determinados fines o para una o varias ediciones, posteriormente lo incumple, el archivo podrá iniciar actuaciones contra dicha persona por incumplimiento del acuerdo o por infracción de reglamentos, pero *no será por infracción* de la normativa en materia de propiedad intelectual, a no ser que se infrinja lo prevenido en el artículo 41, párrafo segundo de la LPI.

No vamos, sin embargo, a extendernos en la pormenorización de los requisitos que deben ser tenidos en cuenta en los contratos o acuerdos entre los archivos y los usuarios de sus fondos. Es una tema que tiene un lugar propio asignado en el programa de las Jornadas y a su exposición nos remitimos. Tan sólo nos queda hacer algunas precisiones sobre aspectos puntuales que aparecen en el desarrollo habitual de estas relaciones. Se trata, principalmente, de los problemas que pueden plantear en los archivos, la utilización de obras gráficas allí depositadas, cuyos autores se encuentran incluidos en alguna de las modalidades de creaciones de obras fotográficas elaboradas por encargo, sino también el de los que se encuentran sometidos a una dependencia de carácter laboral o, incluso, administrativa.

#### *A.- Obras creadas por personal funcionario*

Entre los autores cuya actividad creadora se desarrolla bajo dependencia ajena se encuentran los funcionarios públicos. ¿Qué criterios presiden las actuaciones de los funcionarios, cuando de ellos se derivan creaciones de naturaleza intelectual? ¿Puede exigir su reconocimiento como autor, a los efectos de la propiedad intelectual? No es éste el lugar para debatir un tema sumamente vidrioso sobre el que ni siquiera se han pronunciado las convenciones internacionales y en el que las posiciones no están todavía suficientemente dibujadas.



En general, algunos tratadistas (Ulmer, Fabiani, etc...) coinciden en señalar la existencia de ciertos rasgos que pueden considerarse generales: mientras que los derechos que corresponden a las obras creadas por funcionarios por razón del puesto que ocupa y la tarea asignada (informes, memorias, comentarios, dictámenes, etc...), se entienden cedidos a la Administración de conformidad con la normativa de derecho público aplicable, en cambio, los derechos de las obras creadas por estos funcionarios, fuera del ámbito de las obligaciones concretas de su puesto de trabajo no se consideran cedidos a la Administración<sup>19</sup>.

Por otra parte, en el derecho positivo español, existen posturas categóricas con respecto a determinadas creaciones. El artículo 13 de la LPI dice que «no son objeto de propiedad intelectual las disposiciones legales o reglamentarias y sus correspondientes proyectos, las relaciones de los órganos jurisdiccionales y los actos, acuerdos, deliberaciones y dictámenes de los organismos públicos, así como las traducciones oficiales de todos los textos anteriores».

Se puede afirmar, en consecuencia, que en la perspectiva de la normativa sobre propiedad intelectual, las creaciones realizadas por los funcionarios en el ejercicio de su actividad como tales servidores de la Administración Pública, pueden estar sujetas a los siguientes criterios:

a) Obras creadas por funcionarios que no les son aplicables las normas sobre propiedad intelectual; son las explicitadas en el artículo 13 de la LPI.

b) Obras cuyos derechos corresponden a las Administraciones públicas; las creadas por funcionarios en el ejercicio de sus funciones que no se contemplan en el artículo 13 de la LPI. A los efectos de este estudio, pertenecen a la Administración correspondiente los derechos sobre las creaciones fotográficas, obras gráficas, planos, proyectos, diseños, etc... elaborados por funcionarios, durante y con motivo del ejercicio de su profesión al servicio de la Administración.

c) Obras creadas por funcionarios fuera del contexto habitual de prestación de sus servicios como tales funcionarios: en este caso, el autor-funcionario mantiene los derechos de autor sobre la obra realizada, aunque haya podido utilizar conocimientos y técnicas adquiridos con motivo de su puesto funcional, tal es el caso de los trabajos de investigación científica y, en general, de aquellos en que la Administración no avoca la titularidad de los derechos correspondientes.

De todo lo expuesto se deduce que en relación con las obras depositadas en archivos, cuyos autores son funcionarios públicos las alternativas son las siguientes:

a) Supuesto de obras comprendidas en el art. 13 de la LIP: el archivo no tiene obligación alguna de observar la normativa en materia de propiedad intelectual.

b) Obras realizadas por funcionarios en el ejercicio de sus funciones: en estos casos, corresponde a la Administración pública (departamento ministerial u organismo público responsable del trabajo efectuado), la facultad de autorizar la reproducción o comunicación pública de la obra en cuestión.

c) En el caso de que el autor-funcionario haya realizado su obra fuera de su contexto profesional habitual, le corresponde ejercer los derechos de propiedad intelectual inherentes a la misma.

#### *B.- Determinados casos de obras inéditas en archivos*

Suele ser frecuente que entre las obras que componen el fondo documental de un archivo público figuren trabajos inéditos realizados por particulares y que han sido aportados con el fin de concurrir al concurso o certamen que determinado organismo de la Administración ha convocado: fotografías, textos, planos, proyectos, etc... que habiéndose presentado a un determinado

concurso público no son recogidos o devueltos a los concursantes no ganadores del mismo y que, en definitiva, acaban siendo enviados y depositados en un archivo. En la misma situación pueden encontrarse obras cuya realización ha sido encargada por la Administración a particulares sin que, posteriormente, hayan sido divulgadas.

Estamos ante un caso concreto: obra inédita, de autor conocido o, al menos, identificado y no ligado con la Administración con vínculo profesional alguno. En este caso y una vez comprobado que la obra en cuestión no ha caído en dominio público, el archivo deberá exigir a los terceros que pretendan utilizar dicha obra, la autorización del autor o autores de la misma. No hay que olvidar que el autor, particularmente en el caso de obras no divulgadas, puede siempre exhibir y ejercer uno de sus personales derechos de carácter moral: el de decidir si su obra ha de ser divulgada y en qué forma<sup>20</sup>.

### C.- Fotografías de prensa, en los archivos

En el caso de un archivo de fotografías, la mayoría de ellas procedentes de medios informativos —prensa periódica o grabación televisiva— ¿cuáles son los criterios a tener en cuenta por el archivo, con respecto a su utilización por los particulares? Se trata de fotografías cuyo autor es conocido ya que figura como tal en la misma o, en su defecto, consta el rótulo de la Agencia informativa gráfica bien sea de información periodística o audiovisual.

Para responder a aquella pregunta será necesario tener en cuenta los siguientes elementos de juicio:

a) *La materia informativa gráfica.*- Hay opiniones para todos los gustos: desde la contenida en el artículo 2.8 de la Convención de Berna que establece que no se considerarán protegidas por las normas de la Convención «las noticias del día ni los sucesos que tengan el simple carácter de informaciones de prensa», hasta su correcta regulación en las legislaciones, entre ellas la española, que permiten su libre reproducción pero guardando obligados requisitos que la protegen de su utilización abusiva (art. 33 de la LPI).

b) *La naturaleza de la actividad profesional del informador gráfico.* De modo habitual, la persona que elabora trabajos que aparecen en los distintos medios de información tiene con respecto a dichos medios, una vinculación de uno u otro signo: o bien se encuentran formando parte de su plantilla de empleados, trabajadores, redactores, etc... o bien, realiza su trabajo libremente, enviando su obra al medio informativo para su publicación o difusión.

En el caso de informadores gráficos que estén integrados en la plantilla de un medio informativo o se encuentran integrados en él por una relación jurídica concreta es evidente que las obras o trabajos que realizan para dicho medio pertenece a la empresa en la que prestan sus servicios, a no ser que existan pactos entre ambos —empresa e informador gráfico— en el que se acuerde otra cosa.

Otro caso es el del informador gráfico que no figura en la plantilla del medio informativo y actúa libremente en esta actividad (lo que en el argot profesional se denomina «free lancer») y que suele ceder, en exclusiva y mediante un precio convenido, los derechos de explotación de la fotografía a la empresa informativa.

En consecuencia, conocido lo indicado anteriormente, el archivo deberá tener presente: en primer lugar, que las fotografías depositadas en él procedentes de empresas o medios informativos de las que se conozca su autoría o titularidad son obras protegidas por la LPI. Bien es cierto que el artículo 33 de la LPI establece una limitación a los derechos de los titulares cuando se

trate de trabajos sobre temas de actualidad para ser difundidos en medios de comunicación de la misma clase. En este caso, pueden ser utilizados libremente, siempre que la obra, en su origen, no haya exhibido la reserva de derechos.

En resumen, para que un archivo pueda permitir la reproducción, por terceros, de una fotografía procedente de un medio informativo, deberá tener en cuenta:

1º. Si en la misma figura la inscripción o el signo relativos a la reserva de derechos. En este caso no procede su utilización sin la previa autorización del titular.

2º. Si no figura dicha reserva, habrá de examinarse el dato relativo al nombre de su titular o denominación del medio informativo de procedencia. Será necesario estar a lo establecido en el artículo 33 de la LPI y, en su caso, solicitar la oportuna autorización.

3º. Igualmente habría que estar a lo establecido en dicho precepto legal en el caso de que la fotografía en cuestión presentase el nombre de su autor sin ninguna otra mención. Podría darse el caso de que su autor «free lancer» no hubiera cedido, en exclusiva, dicha fotografía a ningún medio informativo. En este caso, salvo la limitación prevista en el art. 33 se debería solicitar la oportuna autorización del autor. En el otro supuesto —autor «free lancer» que hubiera cedido su obra en exclusiva a un medio o agencia informativa— la autorización, si procede, debería solicitarse del citado medio o agencia.

## VI.- Punto y aparte. Las posibilidades de armonización jurídica en torno a la fotografía

En estos años epilogales del siglo XX la situación de la obra fotográfica dentro del contexto de la propiedad intelectual tal vez haya frustrado las esperanzas de los que, hace ahora un siglo, pretendían ver en la fotografía la forma más acabada de la expresión y difusión de las imágenes. Ya vimos en párrafos anteriores, cómo el giro observado por la obra fotográfica que de testimonio de primera magnitud en cuanto imagen fija ha pasado a ser considerada como elemento complementario, desbordada por la imagen en movimiento que se ha consagrado con la evolución tecnológica.

Sin embargo, a pesar de esta relegación, la fotografía no ha observado merma sensible en su consideración como obra protegida por el derecho de autor. Nadie disputa, en la actualidad, su calidad de obra protegible. Sí, en cambio, son numerosas las opiniones contradictorias sobre la extensión de dicha protección al «hecho fotográfico», lo que hace prácticamente inviable, al menos por ahora, una verdadera armonización del régimen de protección de la fotografía en el ámbito del derecho de autor<sup>21</sup>.

De este escepticismo acerca de la posibilidad de lograr una armonización participa entre otros, Gunnar Karnell, para quien los principales obstáculos residen, de un lado, en la psicología elitista de los propios autores profesiones que rechazan cualquier régimen de protección que no se fundamente en la asimilación total de las fotografías con las obras de los autores y artistas de artes figurativas. De otro lado, las ya tradicionales diferencias en los plazos de duración de la protección acordada a las fotografías, en las diversas legislaciones<sup>22</sup>.

Para Karnell solamente será posible la armonización de las legislaciones sobre la fotografía, «haciendo extensivo el beneficio de la protección a toda clase de fotografías que no constituyan meras copias»<sup>23</sup>. Rompe una lanza en favor de la consideración unitaria de la fotografía, sin diferenciaciones, en su protección y tratamiento, por razón de su carácter artístico, documental, etc... Intenta hallar, en el mercado de derechos sobre obras fotográficas, un tono de optimismo, pero encuentra que apenas se ha evolucionado. «Las legislaciones —reconoce— han venido a favo-

recer un tipo de mercado donde la rutina contractual, los procedimientos clásicos y los acuerdos-tipo juegan el papel protagonista»<sup>24</sup>.

No compartimos el escepticismo manifestado por el autor sueco. Es verdad que, en una posible armonización legislativa, no será la obra fotográfica el fundamento sólido inicial en que dicha aspiración se base. Pero no nos engañemos: existen en el campo de la propiedad intelectual varios apartados concretos sobre los que, hoy por hoy, resulta quimérica cualquier aspiración de armonización legislativa.

La fotografía, es cierto, por las razones que aquí se han expuesto es una realidad de difícil conjugación en el ámbito del derecho de autor pero, en modo alguno, cabe atribuirle más dificultades insalvables. Se encuentra, en la actualidad, en una zona intermedia, zarandeada por otros medios y procedimientos de expresión, lo que no le permite, por ahora, ofrecernos su verdadera naturaleza de creación intelectual. Sin embargo es evidente que en las reformas legislativas, se han ido abriendo paso, paulatinamente, las pretensiones de los autores de las obras fotográficas en lo relacionado con el reconocimiento de la verdadera dimensión intelectual de sus creaciones.

Tomenos por ejemplo, las reivindicaciones de los profesionales españoles de la fotografía. En 1985, en vísperas de la elaboración de la vigente Ley de Propiedad Intelectual, estos profesionales plantearon en una Comisión del Senado lo que constituía el cuerpo de sus reivindicaciones en el área del derecho de autor. Algunas de estas peticiones sonaban extrañamente en el contexto tradicional de la normativa española sobre propiedad intelectual: derecho moral, regulación de la autoría en caso de obra realizada por cuenta ajena, fijación del alcance del derecho de exhibición, delimitación de la libertad de reproducción en los medios informativos, etc... en resumen: toda una serie de demandas que no solamente el sector profesional sino el propio entorno social apoyaban<sup>25</sup>.

Pues bien, la práctica totalidad de estas peticiones fueron recogidas en el Proyecto legislativo y, tras el debate correspondiente, incorporadas al texto de la vigente Ley de Propiedad Intelectual.

Es probable que algunas minorías se muestren todavía reticentes y que pueda existir algún punto de desacuerdo ya que ninguna obra legislativa es perfecta. Pero lo cierto es que, en lo referente a la protección de la fotografía como obra de creación intelectual, nuestra Ley le concede un tratamiento positivo creando una posición de estabilidad que la experiencia posterior (doctrina, interpretación y aplicación judicial, etc...) se encargará de consolidar.

## NOTES

1. *Gunnar Karnell*: «La photographie, parent pauvre des conventions internationales et des législations nationales sur le droit d'auteur». Rev. «Le Droit d'Auteur». O.M.P.I.- Ginebra. Marzo 1988.- Págs. 140-155.
2. *Susan Sontag*: *On Photography*.- Londres.- Perguin.- 1986. p. 88. Citado por Gunnar Karnell: «La photographie, parent pauvre...» pág. 140.
3. «Le droit d'auteur en France». París. Dalloz. (3º. edic.): 1978

4. En la gran mayoría de los países, la protección de diseños de utilidad se efectúa a través de la normativa sobre propiedad industrial. Ello no es obstáculo para que la creación sustancialmente artística que encierran determinados diseños o modelos que puedan protegerse, asimismo en esta exclusiva dimensión de obra artística, por la legislación de derecho de autor. Sobre la problemática de estos supuestos de «protección acumulada» ver Hermenegildo BAYLOS: Tratado de Derecho Industrial. Propiedad Intelectual. Madrid. Cívitas, 1978. Págs. 561-574.
5. «Grands principes du droit d'auteur et des droits voisins dans le monde. Approche de droit comparé» - París - UNESCO, 1987. Se trata de un estudio elaborado con ocasión de la celebración del Consejo Mundial sobre la enseñanza y la información en materia de derecho de autor.
6. A. Kerever: «Un aspect de la Loi du 3 juillet 1985. La modernisation de la Loi de 1957».- Revue Internationale du Droit d'Auteur. 1986. núm. 127. Págs. 17-69.
7. Henri Desbois: Op. cit; págs. 80-104
8. Comité de Expertos Gubernamentales sobre las obras fotográficas. París. 18-22 abril 1988. *Memorándum* redactado por las Secretarías de UNESCO/OMPI (versión francesa 12 febrero 1988)
9. «Memorándum...»; páginas 12 y 13
10. «Memorándum...» págs. 14 a 16. Tal vez tengan razón aquellos que al recordar las tres etapas que al modo clásico se observan en la elaboración de la fotografía (etapa preparatoria, de fijación y de revelado y retoque) para diagnosticar la verdadera autoría de la obra fotográfica, se pregunta ¿cuál es la fase o etapa decisiva? Cfr. Comentario al artículo 118 de la LPI», por Miguel Coca y Pedro A. Munar. En «Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual». Coordinador Rodrigo Berkowitz Rodríguez-Cano. Madrid-Tecnos-1989. Págs. 1593-1605
11. «Memorándum...» Págs. 16 y 17
12. «Memorándum...» Págs. 17 y 18
13. La divulgación de una fotografía puede afectar a la esfera personal y privada de su autor. En este caso entrarían en juego consideraciones no solamente de propiedad intelectual sino de aplicación de las normas de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo sobre Protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.
14. «Memorándum...» Págs. 18 y 19
15. Memorándum...» Pags. 19-21
16. La Orden del Ministerio de Educación Nacional de 9 de enero de 1953 por la que se recuerda el derecho de autor que asiste a reproducciones fotográficas y se ratifica la vigencia de la R.O. de 4 de setiembre 1911, dictadas en apoyo del citado derecho: Textos legales (Prop. Intelectual). Colec. editada por el BOE. Madrid 1989. Págs. 163-165
17. Ver art. 14, 1º de la Ley de Propiedad Intelectual
18. «Los poderes públicos promoverán y tutelarán el acceso a la cultura, a la que todos tienen derecho. Los poderes públicos promoverán la ciencia y la investigación científica y técnica en beneficio del interés general»
19. A este respecto, conviene asimismo recordar que una actitud tan proclive al autor como la francesa ha sido, sin embargo, delimitada por el Consejo de Estado del país vecino en lo relativo al «autor funcionario». En su Dictamen de 21 de noviembre de 1972 el Consejo de Estado francés no rechaza la posibilidad de creaciones originales a cargo de los funcionarios del Estado, pero estima que «las necesidades del servicio exigen que a la Administración le sean reconocidos los derechos de autor sobre las obras del espíritu, tal y como son definidas por la Ley de 1957, en relación con aquellas obras cuya creación consiste el objeto mismo del servicio»

20. Artículo 14, 1º de la Ley de Propiedad Intelectual de 1987
21. Hace poco más de una década, F. Rauch («Schutz der Photographie, 1979) al realizar un estudio comparado con cuarenta y cuatro legislaciones encontraba veinte plazos diferentes de protección para las fotografías. Citado por M. Cocas y Pedro A. Munar en «Comentarios...» pág. 1605
22. Gunnar Karnell: Op. cit. pág. 151
23. Idem; ídem; pág. 150
24. Y acaba pesimista: «En relación con la evolución observada en los planos técnico, económico y socio-político, la situación de la fotografía, pariente pobre de las convenciones internacionales, parece degradarse de día en día...» (Op. cit. pág. 155)
25. Dictamen de la Comisión de Educación, Universidades, Investigación y Cultura sobre prioridades legislativas en materia de derechos de autor y de la propiedad intelectual, de 10 de mayo de 1985. (Boletín Oficial de las Cortes Generales. Senado, II Legislatura, Boletín General de 14 de mayo de 1985)