



Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña

Vol. 27 (2023), pp. 41-59

ISSNe: 2530-6324 || ISSN: 1138-039X

DOI: <https://doi.org/10.17979/afdudc.2023.27.0.9783>

LA «OBRA» PROTEGIDA POR EL DERECHO DE AUTOR PROTECTED WORKS UNDER COPYRIGHT

FRANCISCO JAVIER MARTÍN ALÁEZ

Grupo de Investigación Empresa, Consumo y Derecho

Doctorando en Derecho Universidade da Coruña.

Catedrático de Formación y Orientación Laboral

Escola de Arte e Superior de Deseño Pablo Picasso A Coruña.

<https://orcid.org/0000-0002-7646-4982>

Recibido: 18/06/2023

Aceptado: 09/10/2023

Resumen: Son «obras» protegidas por el Derecho de autor todas las creaciones originales literarias o artísticas expresadas por cualquier medio o soporte. Sin embargo, el actual marco normativo no aclara qué se debe entender por originalidad, no especifica qué creación artística o literaria puede ser objeto de tutela y, por añadidura, deja a las ideas sin protección, ya sean éstas esencia misma de la manifestación creativa o el valor integrante de su contenido. A partir del estudio y análisis de las contribuciones efectuadas por la doctrina y la jurisprudencia, este trabajo pretende aportar soluciones a las carencias que la protección actual de la obra suscita.

Palabras clave: Propiedad intelectual, Obras protegidas, Creaciones Literarias y Artísticas, Protección de las Ideas, Mercado Único Digital.

Abstract: Protected «works» by copyright are every original literary and artistic production whatever may be the mode or form of its expression. However, the current regulatory framework does not clarify what should be understood by originality, does not specify what variety of artistic or literary work can be protected and, furthermore, leaves ideas unprotected, whether they are the creative manifestation itself or the component value of its content. Based on the study and the analysis of the doctrinal and jurisprudential contributions, this paper aims to provide solutions to the shortcomings posed by current protection of «works».

Keywords: Copyright, Protected Works, Literary and Artistic Works, Ideas Protection by Copyright, Digital Single Market.

Sumario: I. INTRODUCCIÓN. II. CREACIONES ORIGINALES. III. CREACIONES LITERARIAS O ARTÍSTICAS. 1. Creaciones literarias. 2. Creaciones artísticas. IV. CREACIONES EXTERIORIZADAS. V. CONCLUSIÓN. BIBLIOGRAFÍA.

* * *

I. INTRODUCCIÓN

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 [artículo 10.1 TRLPI¹]. También el título de una obra, cuando sea original, quedará protegido como parte de ella [artículo 10.2 TRLPI]. Estas son las «obras» protegidas por el Derecho de autor, su objeto, que se caracteriza por tratarse de un bien inmaterial que puede estar fijado o no a un soporte material [artículo 2. 2) Convenio de Berna²], con el que no se confunde [artículo 9 LPI de 1879³; artículo 3. 1º TRLPI⁴; artículo 56.1 TRLPI⁵], pero al que necesita para poder exteriorizarse y quedar protegida [artículo 9.2 Acuerdo ADPIC⁶; artículo 2 WCT⁷; artículo 10.1 TRLPI; artículo 96.4 TRLPI⁸; Sección

¹ Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia.

² Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas, enmendado el 28 de septiembre de 1979.

³ Ley de Propiedad Intelectual de 10 de enero de 1879. Su Artículo 9 dispone que «(l)a enajenación de una obra de arte, salvo pacto en contrario, no lleva consigo la enajenación del derecho de reproducción, ni del de exposición pública de la misma obra, los cuales permanecen reservados al autor o a su derechohabiente».

⁴ Artículo 3 TRLPI. Características. «Los derechos de autor son independientes, compatibles y acumulables con: 1.º La propiedad y otros derechos que tengan por objeto la cosa material a la que está incorporada la creación intelectual».

⁵ Artículo 56 TRLPI. Transmisión de derechos a los propietarios de ciertos soportes materiales. 1. «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».

⁶ Acuerdo sobre los aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio. El Acuerdo sobre los ADPIC es el Anexo 1C del Acuerdo de Marrakech por el que se establece la Organización Mundial del Comercio, firmado en Marrakech, Marruecos, el 15 de abril de 1994, cuyo Artículo 9.2 establece que «(l)a protección del derecho de autor abarcará las expresiones, pero no las ideas, procedimientos, métodos de operación o conceptos matemáticos en sí».

⁷ De sus siglas en inglés «WIPO Copyright Treaty». El Tratado de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual sobre Derecho de Autor es un arreglo particular adoptado en virtud del Convenio de Berna que trata de la protección de las obras y los derechos de sus autores en el entorno digital. Su Artículo 2 establece que «(l)a protección del derecho de autor abarcará las expresiones, pero no las ideas, procedimientos, métodos de operación o conceptos matemáticos en sí».

⁸ Artículo 96.4 TRLPI. «No estarán protegidos mediante los derechos de autor con arreglo a la presente Ley las ideas y principios en los que se basan cualquiera de los elementos de un programa de ordenador incluidos los que sirven de fundamento a sus interfaces».

102.b) Copyright Law of the United States⁹] y para poder ser explotada [artículo 18 TRLPI (Reproducción)¹⁰; artículo 19.1 TRLPI (Distribución)¹¹]. Hay obras que requieren del soporte para poder existir, como por ejemplo una escultura o una pintura. Otras, en cambio, lo necesitan para subsistir, como una conferencia o una explicación de cátedra, que surgen al «expresarlas», pero lo necesitan para permanecer¹².

Tenemos que distinguir por tanto entre lo que la doctrina denomina «*corpus mysticum*», la obra, bien inmaterial, y el «*corpus mechanicum*» de la obra, el soporte al que queda incorporada. Es la «obra» como objeto de propiedad intelectual la que atribuye a su creador la condición de autor [artículo 1 TRLPI] y es también la que determina la extensión de la exclusiva sobre su utilización [artículo 2 TRLPI]¹³. En ocasiones la relación entre ambas puede llegar a ser especialmente estrecha, como sucede con la obra pictórica o escultórica, en el que la pérdida del soporte con frecuencia conlleva la de la obra. Aun así, cabría pensar que en el caso del «*Guernica*» del genial autor Pablo Ruiz Picasso, la eventual desaparición del soporte no impediría continuar con la protección y explotación económica de la obra, quizá precisamente por las múltiples «expresiones» de que ha sido objeto¹⁴.

Es esta distinción entre el «*corpus mysticum*» y el «*corpus mechanicum*» la que permite afirmar 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 [Artículo 56. 1 TRLPI], salvo que se trate del propietario del original de una obra de artes plásticas o de una obra fotográfica, en cuyo caso conservará el derecho de exposición pública de la misma, aunque ésta no haya sido divulgada [artículo 56. 2 TRLPI].

II. CREACIONES ORIGINALES

El objeto de propiedad intelectual son las creaciones intelectuales [artículo 12.1 TRLPI] propias de un ser humano [artículo 5.1 TRLPI] que sean originales [artículo 10.1 TRLPI]. Que una producción intelectual humana no sea original no impide que pueda ser calificada como obra, pero no será obra protegida por el derecho de autor¹⁵. Como señala

⁹ Section 102.b) Copyright Law of the United States: «*In no case does copyright protection for an original work of authorship extend to any idea, procedure, process, system, method of operation, concept, principle, or discovery, regardless of the form in which it is described, explained, illustrated, or embodied in such work*», <https://www.copyright.gov/title17/92chap1.html#103> (último acceso en 17/10/23).

¹⁰ Artículo 18 TRLPI. Reproducción. «*Se entiende por reproducción la fijación directa o indirecta, provisional o permanente, por cualquier medio y en cualquier forma, de toda la obra o de parte de ella, que permita su comunicación o la obtención de copias*».

¹¹ Artículo 19 TRLPI. Distribución. 1. «*Se entiende por distribución la puesta a disposición del público del original o de las copias de la obra, en un soporte tangible, mediante su venta, alquiler, préstamo o de cualquier otra forma*».

¹² Vid. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, «Introducción a la propiedad intelectual», *Manual de propiedad intelectual*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (coord.), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, 9ª edición, págs. 20-21.

¹³ Artículo 2 TRLPI. Contenido. «*La propiedad intelectual está integrada por derechos de carácter personal y patrimonial, que atribuyen al autor la plena disposición y el derecho exclusivo a la explotación de la obra, sin más limitaciones que las establecidas en la Ley*».

¹⁴ Vid. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Introducción...*, op. cit., pág. 21.

¹⁵ CÁMARA ÁGUILA, Mª Pilar, «Los conceptos autónomos sobre el objeto de protección del Derecho de autor: el concepto de obra y el concepto de originalidad», *La Unificación del Derecho de Propiedad Intelectual en la Unión Europea*, CÁMARA ÁGUILA, Mª. Pilar (coord.) y GARROTE FERNÁNDEZ DÍEZ, Ignacio (coord.), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pág. 48.

Pablo Ruiz Picasso, «(...) *el taller de un pintor debe ser un laboratorio. No es un oficio de monos, inventamos. La pintura es un juego del espíritu*»¹⁶. Es lo que la jurisprudencia, apoyándose en la Disposición Adicional décima de la Ley 20/2003, de 7 de julio, de Protección Jurídica del Diseño Industrial¹⁷, ha denominado «originalidad creativa», entendida esta como el «grado de creatividad y de originalidad necesario» que se ha de alcanzar para que se pueda hablar de obra protegida por el derecho de autor [Sentencia del Tribunal Supremo (STS) de 5 de abril de 2011¹⁸; STS de 27 septiembre de 2012¹⁹; Sentencia Audiencia Provincial (SAP) Madrid 19 julio de 2019²⁰; SAP Barcelona de 27 enero de 2011²¹; Sentencia Juzgado Mercantil (SJMerc) nº. 2 Barcelona de 21 septiembre de 2018²²; SJMerc nº 9 Madrid de 18 noviembre de 2015²³].

Así pues, la «originalidad» se erige en el primer presupuesto para que una creación humana pueda ser considerada una obra protegible por el derecho de autor y, sin embargo, es un concepto que ni el Convenio de Berna ni el TRLPI definen. Esta omisión ha originado un cierto debate entre la doctrina y la jurisprudencia sobre si la «originalidad» exigida por el derecho de autor se debería considerar desde una perspectiva subjetiva u objetiva. Como recuerda la SAP de Barcelona de 27 enero de 2011, desde un punto de vista subjetivo la originalidad equivale a singularidad, no haber copiado una obra preexistente, haber sido creada «*ex novo*»²⁴. Aun cuando se parezca a otra de un lugar recóndito cualquiera del mundo, la obra será original desde un punto de vista subjetivo si el autor no tuvo razonablemente posibilidad de acceder a ella. Es decir, en sentido subjetivo se entiende que la obra es original cuando refleja la personalidad del autor [STS de 26 de octubre de 1992]²⁵. En cambio, desde el punto de vista objetivo la «originalidad» se considera como «novedad objetiva», creación novedosa, haber creado algo distinto a lo ya existente, especificidad, singularidad, exigiéndose también cierta «altura creativa» [STS de 26 de octubre de 1992; SAP Madrid 19 julio de 2019; SAP de Barcelona de 27 enero de 2011; SAP Barcelona de 29

¹⁶ RECREACIONHISTORIA.COM, *O primeiro Picasso. A Coruña 1891-1895*, material textual con motivo exposición celebrada en el Museo de Bellas Artes de A Coruña entre febrero y mayo de 2015, cita de RUIZ PICASSO, Pablo (1945), <https://recreacionhistoria.com/picasso-en-a-coruna/> (último acceso en 17/10/23).

¹⁷ Disposición adicional décima Ley 20/2003, de 7 de julio, de Protección Jurídica del Diseño Industrial. Compatibilidad de la protección. «*La protección que se reconoce en esta Ley al diseño industrial será independiente, acumulable y compatible con la que pueda derivarse de la propiedad intelectual cuando el diseño de que se trate presente en sí mismo el grado de creatividad y de originalidad necesario para ser protegido como obra artística según las normas que regulan la propiedad intelectual*».

¹⁸ Sentencia del Tribunal Supremo nº 214/2011 de 5 abril, Fundamento de Derecho 5º (Roj: STS 2456/2011 – ECLI:ES:TS:2011:2456). RJ 2011\3146.

¹⁹ Sentencia del Tribunal Supremo nº 561/2012, de 27 septiembre, Fundamento de Derecho 5º (Roj: STS 6196/2012 - ECLI:ES:TS:2012:6196). RJ 2012\9707.

²⁰ Sentencia Audiencia Provincial Madrid nº 387/2019, de 19 julio, Fundamento de Derecho II 8 (Roj: SAP M 11109/2019 - ECLI:ES:APM:2019:11109). AC 2019\1516.

²¹ Sentencia Audiencia Provincial Barcelona (Sección 15) nº 29/2011, de 27 enero (ECLI:ES:APB:2011:13933). JUR 2012\343941.

²² Juzgado Mercantil nº 2 Barcelona, sentencia núm. 218/2018, de 21 septiembre (ECLI:ES:JMB:2018:8060). JUR 2023\14720.

²³ Juzgado Mercantil nº 9 Madrid, Fundamento de Derecho 2º Sentencia no. 245/2015, de 18 noviembre (Roj: SJM M 5415/2015 - ECLI:ES:JMM:2015:5415). AC 2020\398.

²⁴ En este mismo sentido véase Sentencia Audiencia Provincial Barcelona nº411/2005 de 29 septiembre, Fundamento de Derecho 8º (Roj: SAP B 7697/2005 - ECLI:ES:APB:2005:7697). AC 2006\121.

²⁵ Sentencia del Tribunal Supremo de 26 octubre 1992, Fundamento de Derecho 3º (Roj: STS 17363/1992 - ECLI:ES:TS:1992:17363). RJ 1992\8286.

septiembre de 2005]. Por tanto, desde una perspectiva objetiva podemos decir que la originalidad surge cuando se crea algo que no existía anteriormente [STS de 24 de junio de 2004]²⁶, que proporciona a la obra un carácter novedoso que permite diferenciarla de otras preexistentes sin atender a su valoración estética y/o práctica [STS de 26 abril de 2017]²⁷.

En síntesis, desde el punto de vista subjetivo la originalidad se identifica con la singularidad de la creación humana, esto es, no resultar una labor de simple copia de obras ajenas anteriores, mientras que la visión objetiva la concibe como un rasgo de la obra misma, cuyas particularidades la diferencia de otras manifestaciones creativas ya existentes [SAP Madrid de 20 diciembre de 2019 (Fundamento de Derecho 10)]²⁸.

En los primeros momentos prevaleció una concepción subjetiva de originalidad. Así, el Tribunal Supremo, en su sentencia de 28 de mayo de 1992²⁹, a propósito de unas postales navideñas que remedaban por completo los dibujos originales realizados por el pintor D. José Francisco, señala que *«la casi total coincidencia entre los temas, composición, coloración, ambientación, etc., entre dos obras artísticas no es suficiente para apreciar el plagio dado que es perfectamente posible la concepción de la misma obra en dos mentes simultáneamente»* [STS 28 de mayo de 1992 (Fundamento de Derecho Primero)]. O también el Tribunal de Justicia de la Unión Europea que, en su Sentencia de 16 de julio de 2009³⁰, interpretó que los programas de ordenador, las bases de datos y las fotografías sólo estaban protegidas por los derechos de autor si eran originales en el sentido de creaciones intelectuales atribuidas a su autor [asunto *«Infopaq International»*, (apartados 11, 35 y 37)]. Pero es que así se recogió en la Directiva 2006/116/CE de 12 de diciembre de 2006, relativa al plazo de protección del derecho de autor y de determinados derechos afines, cuando otorga protección a *«(l)as fotografías que constituyan originales en el sentido de que sean creaciones intelectuales propias del autor»* [Artículo 6 Directiva 2006/116/CE]; o en la Directiva 96/9/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de marzo de 1996 sobre la protección jurídica de las bases de datos, al disponer que *«las bases de datos que por la selección o la disposición de su contenido constituyan una creación intelectual de su autor estarán protegidas, como tal creación, por los derechos de autor»* [Artículo 3.1 Directiva 96/9/CE]; y en la derogada Directiva 91/250 sobre programas de ordenador, hoy Directiva 2009/24/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2009, sobre la protección jurídica de programas de ordenador, que declara que *«(e)l programa de ordenador quedará protegido si fuere original en el sentido de que sea una creación intelectual propia de su autor. No se aplicará ningún otro criterio para conceder la protección»*. [Artículo 1.3 Directiva 2009/24/CE].

²⁶ Sentencia del Tribunal Supremo nº 542/2004 de 24 junio, Fundamento de Derecho 2º (Roj: STS 4443/2004 - ECLI:ES:TS:2004:4443). RJ 2004\4318.

²⁷ Sentencia del Tribunal Supremo nº 253/2017, de 26 abril, Fundamento de Derecho 9º.3 (Roj: STS 1644/2017 - ECLI:ES:TS:2017:1644). RJ 2017\1736.

²⁸ Sentencia Audiencia Provincial Madrid, Sentencia núm. 619/2019 de 20 diciembre (Roj: SAP M 18166/2019 - ECLI:ES:APM:2019:18166). AC 2020\390.

²⁹ Sentencia del Tribunal Supremo nº 1278/1992 de 28 mayo (Roj: STS 4281/1992 - ECLI:ES:TS:1992:4281), Sala de lo Penal, Municipio: Madrid, Ponente: MANUEL GARCIA MIGUEL, N.º Recurso: 3403/1990. RJ 1992\4394.

³⁰ Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sentencia de 16 de julio de 2009, asunto *«Infopaq International»*, C-5/08, Rec. p. I-6569 (ECLI:EU:C:2009:465).

El gran atractivo de la concepción subjetiva de la originalidad es que posibilita que se pueda contraponer la creación original a la invención novedosa, algo que permite delimitar con precisión el objeto del derecho de autor con respecto al de la propiedad industrial y reservar la protección conferida por aquel a la primera y la proporcionada por esta a la segunda. Se trata además de un concepto que encaja bien con el proceso creativo propio de las obras de las artes clásicas como la literatura, la música, la pintura y la escultura, en las que la personalidad del autor trasciende a la obra [SSTS de 7 de junio de 1995 (Fundamento de Derecho 8)]³¹, y en el que en no pocas ocasiones «el halo» que le acompaña se proyecta incluso a los objetos que le rodearon en vida –como la burrilla o borriquetta de dibujo en la que supuestamente trabajó Pablo Ruiz Picasso durante sus estudios en la ciudad– o a cualquier documento que lleve su firma. Este criterio se sigue aplicando en la actualidad a obras de características muy especiales como los programas de ordenador [Artículo 1.3 de la Directiva 2009/24/CE; Artículo 96.2 TRLPI³²], pero no se adapta bien a las nuevas formas de expresión en las que, por estar asentadas en diferentes avances técnicos asistentes del proceso creativo, determinan la aparición de obras en las que es difícil identificar la proyección de la personalidad del autor [SAP Madrid de 20 diciembre de 2019 (Fundamento de Derecho 10)], que quedarían así desprotegidas.

Por ese motivo, hoy prevalece la idea de que es original la creación novedosa y que esa novedad objetiva es la que determina su reconocimiento como obra y la protección por la propiedad intelectual que se atribuye sobre ella a su creador. La originalidad prevista por el artículo 10.1 TRLPI exige, no obstante, un cierto grado de «altura creativa», entendida esta como peculiaridad, singularidad, individualidad y «distinguibilidad». Es decir, para poder atribuir al autor un derecho de exclusiva con aspectos morales y patrimoniales sobre su creación, se requiere que la originalidad tenga una relevancia mínima suficiente que permita que aquella sea reconocible y diferenciable de otras preexistentes [STS de 26 abril de 2017 (Fundamento de Derecho 9º, punto 6); STS de 24 de junio de 2004 (Fundamento de Derecho 2º); SAP Madrid 19 julio de 2019 (Fundamentos de Derecho 8 y 9); SAP Asturias de 17 de julio de 2014³³ (Fundamento de Derecho 2º)], solo así será considerada obra protegida por el derecho de autor.

Esta exigencia de «altura creativa» no debe impedir que también las «obras menores» -denominadas por la doctrina alemana «*kleine Münze*» («moneda pequeña», literalmente «calderilla»)- puedan ser objeto de protección por el derecho de autor si en ellas concurre una mínima intervención que denote mérito o esfuerzo creativo [SAP Madrid 19 julio de 2019 (Fundamentos de Derecho 9); SAP Madrid 2 de octubre de 2017³⁴ (Fundamentos de Derecho 18)]. Sin embargo, esta misma exigencia sí impide otorgar protección a todo aquello que es común e integra el acervo cultural generalizado o está anticipado o al alcance de todos [STS de 5 de abril de 2011 (Fundamento de Derecho 6º «*in fine*»); STS de 26 noviembre de

³¹ Vid. Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de junio de 1995 (Roj: STS 3257/1995 - ECLI:ES:TS:1995:3257) y Sentencia núm. 563/1995 de 7 junio (Roj: STS 3284/1995 - ECLI:ES:TS:1995:3284). RJ 1995\4628.

³² Artículo 96 TRLPI. Objeto de la protección. 2. «*El programa de ordenador será protegido únicamente si fuese original, en el sentido de ser una creación intelectual propia de su autor*».

³³ Audiencia Provincial de Asturias (Sección 1ª), Sentencia núm. 223/2014 de 17 julio. (Roj: SAP O 1922/2014 - ECLI:ES:APO:2014:1922). AC 2014\1494.

³⁴ Sentencia Audiencia Provincial Madrid, Sentencia núm. 439/2017 de 2 octubre (Roj: SAP M 14034/2017 - ECLI:ES:APM:2017:14034). AC 2017\1528.

2003³⁵ (Fundamento de Derecho 2º); STS 17 de octubre de 1997³⁶ (Fundamento de Derecho 2º); SAP Asturias de 17 de julio de 2014 (Fundamento de Derecho 2º)]. Por eso, si la originalidad no alcanzase ese mínimo grado de relevancia, el autor no podrá entonces reclamar la tutela judicial de esa «obra menor» [STS de 24 de junio de 2004 (Fundamento de Derecho 2º); SAP Asturias de 17 de julio de 2014 (Fundamento de Derecho 2º)].

Discrepan MARTÍN SALAMANCA y BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO sobre si el nivel mínimo exigible de altura creativa puede diferir en función del tipo de obra o de su extensión. En opinión de MARTÍN SALAMANCA no existe tal supeditación, pero para BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO el mayor o menor grado de libertad con el que cuenten los autores en cada una de las distintas manifestaciones artísticas o tipos de obras afecta al grado de relevancia exigible. Así, dado que la libertad creativa de un pintor, un escultor, un músico o un escritor es superior a la que tienen los autores de otros campos como la arquitectura, la topografía, la geografía, o el diseño -como también es superior la libertad que tiene el autor de la obra originaria con respecto al de la obra derivada [SJMerc nº 1 de Pamplona de 10 marzo de 2017 (Fundamento de Derecho 3º)]³⁷-, la altura creativa que se debe exigir para apreciar la originalidad también debe serlo³⁸. Es el caso de la arquitectura, en las que «(p)ara decidir si una obra arquitectónica es original y, por tanto, está protegida por las normas de la propiedad intelectual, debe tenerse presente que el carácter funcional de la mayoría de las obras arquitectónicas condiciona muchos de sus elementos y restringe en alguna medida la libertad creativa del arquitecto y sus posibilidades de originalidad» [STS de 26 abril de 2017 (Fundamento de Derecho 9º. 4)]; o de la fotografía [Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (STJUE) de 1 de diciembre de 2011, asunto «Painer»³⁹ (apartado 42 y fallo 2); STS de 5 de abril de 2011 (Fundamento de Derecho 6º); SAP Madrid de 28 noviembre de 2016 (Fundamento de Derecho 2º)⁴⁰], las creaciones audiovisuales [SAP Madrid de 20 diciembre de 2019 (Fundamentos de derecho 10 «*in fine*», 11 y 12)] y las creaciones de diseño gráfico como las plasmadas en guías turísticas [STS de 26 noviembre de 2003 (Fundamento de Derecho 2º)⁴¹], en las que las exigencias de funcionalidad o la técnica pueden limitar la libertad creativa; o las creaciones de diseño de interiores, respecto de las cuales nuestra jurisprudencia hace referencia a un «plus de creatividad» que no se identifica con un nivel de protección absolutamente excepcional, sino en percibir cuándo el diseño, sin dejar de atender a las exigencias propias del destino del

³⁵ Sentencia del Tribunal Supremo nº 1125/2003 de 26 noviembre (Roj: STS 7529/2003 - ECLI:ES:TS:2003:7529). RJ 2003\8098.

³⁶ Sentencia del Tribunal Supremo nº 886/1997 de 17 octubre (Roj: STS 6157/1997 - ECLI:ES:TS:1997:6157). RJ 1997\7468.

³⁷ Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Pamplona, Sentencia núm. 52/2017 de 10 marzo (Roj: SJM NA 18/2017 - ECLI:ES:JMNA:2017:18). AC 2019\1465.

³⁸ *Vid.* MARTÍN SALAMANCA, Sara, «Derecho de autor», *Derecho de la propiedad intelectual derecho de autor y propiedad industrial*, RUIZ MUÑOZ, Miguel (dir.) y LASTIRI SANTIAGO, Mónica, (coord.), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, págs. 63-64; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, *La obra*, «Manual de propiedad intelectual», BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (coord.), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, 9ª edición, págs. 56-57.

³⁹ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Tercera) de 1 de diciembre de 2011, asunto «Painer», C-145/10 (ECLI:EU:C:2011:798).

⁴⁰ Sentencia Audiencia Provincial Madrid, Sentencia núm. 415/2016 de 28 noviembre (Roj: SAP M 17197/2016 - ECLI:ES:APM:2016:17197). AC 2016\2152.

⁴¹ Sentencia del Tribunal Supremo nº 1125/2003 de 26 noviembre (Roj: STS 7529/2003 - ECLI:ES:TS:2003:7529). RJ 2003\8098.

objeto que se pretende construir, tiene suficiente altura creativa para ir más allá [SAP Barcelona de 26 de abril de 2019 (Fundamento Jurídico 5º, 24 y 25)]⁴². Por tanto, basta que podamos apreciar que las creaciones tienen «altura artística», por más que lo que pueda entenderse como tal dista mucho de ser fácil de determinar. Lo mismo cabe señalar con respecto a la extensión de la obra, y así vemos cómo su título, si es original, queda protegido como parte de ella [artículo 10.2 TRLPI], lo que ha sido confirmado por nuestros Tribunales [SAP Burgos de 28 junio de 2018 (Fundamento de Derecho 2º. Tercero)]⁴³ y también por la Jurisprudencia del TJUE, al interpretar que un extracto de una obra protegida por el derecho de propiedad intelectual formado por once palabras pueda constituir un supuesto de reproducción parcial de la misma [STJUE 16 de julio de 2009, asunto «*Infopaq International*» (apartado 51 y fallo)].

Pero, además, la originalidad protegida por el derecho de autor es aquella que se proyecta sobre la concreta forma de expresión – o sobre su estructura en el caso de colecciones y bases de datos [Artículo 12 TRLPI]- y no sobre el contenido. Como se ha señalado «*ut supra*», la tutela del derecho de autor alcanza a las expresiones, pero no a las ideas, procedimientos, métodos de operación o conceptos matemáticos en sí [artículo 2 WCT; artículo 9.2 Acuerdo ADPIC], y por ese mismo motivo no se protegen tampoco las tendencias o corrientes artísticas, ni los principios, teorías, sistemas o métodos que, de una u otra forma, puedan integrar el contenido de una obra protegida por el derecho de autor [SAP Barcelona de 3 de marzo de 2015 (Fundamento Jurídico 5º)]⁴⁴; ni las noticias del día ni los sucesos que tengan el carácter de simple información de prensa [artículo 2.8 del Convenio de Berna; artículos 33 y 35 TRLPI]; salvo que las ideas o la información se revistan de una forma de exteriorización original que las hagan tutelables por el derecho de autor [STS de 8 de noviembre de 2012 (Fundamento de Derecho 3º)]⁴⁵. En caso contrario, esas ideas o contenidos habrán de buscar amparo en la propiedad industrial o en cualquier otro tipo de derecho de exclusiva [SAP Barcelona de 3 de marzo de 2015 (Fundamento Jurídico 5º «*in fine*»)], a los que BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO añade el derecho de la competencia, el derecho al honor o en la aplicación del principio general de la buena fe⁴⁶.

III. CREACIONES LITERARIAS, ARTÍSTICAS O CIENTÍFICAS

La obra protegida por el derecho de autor son las creaciones literarias y artísticas [artículos 1 y 2.1 del Convenio de Berna; Artículo 10 TRLPI] y científicas [artículo 10 TRLPI]. Se trata de una enumeración meramente descriptiva [STS de 16 febrero de 2021 (Fundamento de Derecho 3º, punto 2)]⁴⁷ que, en opinión de BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, trata de reflejar los diversos campos de la creación humana que pueden dar lugar a

⁴² Sentencia Audiencia Provincial Barcelona, Sentencia núm. 764/2019 de 26 abril (Roj: SAP B 4105/2019 - ECLI:ES:APB:2019:4105). AC 2019\471.

⁴³ Sentencia Audiencia Provincial Burgos, Sentencia núm. 246/2018 de 28 junio (Roj: SAP BU 640/2018 - ECLI:ES:APBU:2018:640). AC 2019\85.

⁴⁴ Sentencia Audiencia Provincial Barcelona, Sentencia núm. 53/2015 de 3 marzo (Roj: SAP B 614/2015 - ECLI:ES:APB:2015:614). JUR 2015\105071.

⁴⁵ Sentencia del Tribunal Supremo nº 647/2012 de 8 noviembre (Roj: STS 7361/2012 - ECLI:ES:TS:2012:7361). RJ 2012\10425.

⁴⁶ *Vid.* BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *La obra*, cit., págs. 58-59.

⁴⁷ Sentencia del Tribunal Supremo nº 82/2021 de 16 febrero (Roj: STS 497/2021 - ECLI:ES:TS:2021:497). RJ 2021\456.

obras protegidas por el derecho de autor⁴⁸, con la finalidad de englobar a todas ellas, como lo demuestra que los distintos Instrumentos Jurídicos incluyan dentro del término «obras literarias y artísticas» a todas las producciones del campo literario, científico y artístico, cualquiera que sea el modo o forma de expresión, tales como los libros, folletos y otros escritos; las conferencias, alocuciones, sermones y otras obras de la misma naturaleza; las obras dramáticas o dramático-musicales; las obras coreográficas y las pantomimas; las composiciones musicales con o sin letra; las obras cinematográficas y cualesquiera otras obras audiovisuales; las obras de dibujo, pintura, arquitectura, escultura, grabado, litografía; las obras fotográficas a las cuales se asimilan las expresadas por procedimiento análogo a la fotografía; las obras de artes aplicadas; las ilustraciones, mapas, planos, croquis y obras plásticas relativos a la geografía, a la topografía, a la arquitectura o a las ciencias [artículo 2.1 Convenio de Berna; artículo 10 TRLPI]; las «colecciones», «compilaciones» y «bases de datos», que se protegerán como tales en cuanto que, por su estructura, selección o disposición de sus contenidos, constituyan creaciones de carácter intelectual [artículo 2.5 Convenio de Berna; artículo 5 WCT; artículo 10.2 Acuerdo ADPIC; artículo 12 TRLPI], y que podrán ser obras originarias o independientes cuando los elementos o datos que contienen no constituyan obras⁴⁹; y las obras tecnológicas, como los programas de ordenador, aun cuando estas sean consideradas ya como obra científica por la doctrina⁵⁰, ya como obra literaria por el WCT y el Acuerdo ADPIC [artículo 4 WCT; Artículo 10.1 Acuerdo ADPIC; artículo 10.1 i) TRLPI]. Podemos concluir, por tanto, que efectivamente estamos ante una clasificación no exhaustiva cuya pretensión es enfatizar el carácter humano de la creación protegida.

En efecto, el Convenio de Berna se refiere en su Artículo Primero a la protección de los derechos de los autores sobre sus obras literarias y artísticas, aclarando en su Artículo 2. 1) que la locución «obras literarias y artísticas» abarca todas las producciones en el campo literario, científico y artístico, cualquiera que sea el modo o forma de expresión. Por ese motivo la doctrina científica tacha de desafortunada la referencia que el artículo 10 TRLPI hace a las «creaciones científicas»⁵¹. Probablemente por influencia de la Ley de Propiedad Intelectual de 10 de enero de 1879, que en su Artículo 1 disponía que «(l)a propiedad intelectual comprende, para los efectos de esta ley, las obras científicas, literarias o artísticas que pueden darse a luz por cualquier medio», la Ley de Propiedad Intelectual de 1987 recogió en su Artículo 10 la fórmula ya conocida que hacía «objeto de propiedad intelectual todas las creaciones originales literarias, artísticas o científicas» que a la postre consagrará el vigente Artículo 10 del TRLPI. La cuestión estriba en que el término «creación científica» alude al contenido de lo producido -científico, técnico, útil- y no a una concreta manifestación expresiva de la creación humana, por más que una obra científica pueda ser protegida como objeto del derecho de autor en la práctica por tener -cuando la tenga- una forma de exposición original [STS de 8 de noviembre de 2012 (Fundamento de Derecho 3º)]. Defender lo contrario presenta un riesgo mayor, pues podría entrañar un freno para el desarrollo científico y cultural, y para libertades como las de expresión, creación, investigación o enseñanza [SAP Barcelona de 3 de marzo de 2015 (Fundamento Jurídico 5º)].

⁴⁸ Vid. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *La obra*, op. cit., pág. 53.

⁴⁹ *Ibid.* pág. 76.

⁵⁰ *Ibid.* pág. 54.

⁵¹ Vid. MARTÍN SALAMANCA, S., *Derecho...*, op. cit., págs. 63-64.

En conclusión, señala nuestro Alto Tribunal que *«las creaciones científicas no son objeto de propiedad intelectual por razón de su contenido - ideas, procedimientos, sistemas, métodos operativos, conceptos, principios, descubrimientos- ni de la formación o experiencia de quienes las realizan, impulsan o de los esfuerzos de quienes las financian, sino sólo por la forma literaria o artística de su expresión»* [STS de 8 de noviembre de 2012 (Fundamento de Derecho 3º)]. Así pues, se nos plantea ahora el problema de cómo interpretar cuando estamos ante una forma literaria o artística de expresión.

1. Creaciones Literarias

El diccionario de la RAE define la literatura, en su primera acepción, como el *«arte de la expresión verbal»*; y la creación literaria como aquella *«perteneciente o relativa a la literatura»*. De forma similar, nuestro Alto Tribunal, a propósito de un folleto de instrucciones para explicación del uso y utilidad de mamparas examina su valor literario como *«calidad noble del arte de la expresión por medio de la palabra»* [STS de 30 enero de 1996 (Fundamento de Derecho 6º)]⁵². Más restrictiva resulta su postura en relación con una guía turística, ya que considera que *«existe un trabajo de creación literaria porque se utiliza una forma de expresión formal de la palabra escrita, personal y culta»*. No obstante, posteriormente se referirá a ella también como la traducción en palabras de la imaginación creativa, de la percepción sensitiva [STS de 26 noviembre de 2003 (Fundamento de Derecho 2º)], dejando la puerta abierta a la protección de cualquier lenguaje verbal, oral o escrito, o no verbal, como el lenguaje de signos, o método táctil de escritura como el *«Braille»*, siempre, claro está, que la producción se revista de una forma de exteriorización original que la haga tutelable por el derecho de autor. De acuerdo con ello, la SAP de Barcelona va a afirmar que las conferencias impartidas en el ámbito de cursos de formación constituyen una obra de expresión oral [SAP Barcelona de 1 diciembre de 2016 (Fundamento Jurídico 3º, puntos 8 y 9)]⁵³.

Podríamos considerar, por consiguiente, que son obras literarias todas aquellas creaciones protegidas por el derecho de autor que han sido producidas mediante el lenguaje. El Convenio de Berna no la define, pero incluye dentro de esta categoría a los libros, folletos y otros escritos, así como las conferencias, alocuciones, sermones y otras obras de la misma naturaleza; y el TRLPI, los libros, folletos, impresos, epistolarios, escritos, discursos y alocuciones, conferencias, informes forenses, explicaciones de cátedra y cualesquiera otras obras de la misma naturaleza [artículo 10.1.a) TRLPI]; a las que habría que sumar, cuando fuere original, el título de la obra [Artículo 10.2 TRLPI] y los programas de ordenador [artículo 10 i) TRLPI ; artículo 4 WCT; artículo 10.1 Acuerdo ADPIC]. Como vemos, se trata de una enumeración caótica y heterogénea que incluye creaciones de distinta altura creativa -desde novelas a cuadernos de problemas [STS de 7 de junio de 1995 (Fundamentos de Derecho 8º y 9º)]⁵⁴; contenido -literario, científico, artístico o tecnológico [STS de 7 de junio de 1995 (Fundamentos de Derecho 8º y 9º)]; lenguaje -oral o escrito y no verbal [SAP Barcelona de 1 diciembre de 2016 (Fundamento Jurídico 3º, puntos 8 y 9)]; o extensión -

⁵² Sentencia del Tribunal Supremo nº 34/1996 de 30 enero (Roj: STS 508/1996 - ECLI:ES:TS:1996:508. RJ 1996\540).

⁵³ Sentencia Audiencia Provincial Barcelona, Sentencia núm. 271/2016 de 1 diciembre (Roj: SAP B 9287/2016 - ECLI:ES:APB:2016:9287). AC 2016\1935.

⁵⁴ Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de junio de 1995 (Roj: STS 3257/1995 - ECLI:ES:TS:1995:3257) y Sentencia núm. 563/1995 de 7 junio (Roj: STS 3284/1995 - ECLI:ES:TS:1995:3284). RJ 1995\4628.

desde una enciclopedia a simples anuncios por palabras [STS de 13 mayo de 2002 (Fundamento de Derecho 1º)]⁵⁵.

Todas ellas se protegerán en la medida en que constituyan creaciones originales, reconocibles y diferenciables de otras preexistentes [Sentencia JMERC nº 7 de Madrid, de 30 marzo de 2010 (Fundamento de Derecho 3º)]⁵⁶, en relación con la tipología de letras utilizadas en parte de un anuncio] y tengan, como ya se dijo, una altura creativa que se corresponda con el tipo de obra [STS de 7 de junio de 1995 (Fundamentos de Derecho 8º y 9º); STS de 13 mayo de 2002 (Fundamento de Derecho 1º)]. Sin embargo, tratándose de programas de ordenador y posiblemente por la facilidad para demostrar la existencia de copia, lo que se protege es su originalidad subjetiva, en el sentido de ser una creación intelectual propia de su autor. En este caso la tutela dispensada por el derecho de autor va a abarcar tanto al programa en sí -es decir, aquella secuencia de instrucciones o indicaciones destinadas a ser utilizadas, directa o indirectamente, en un sistema informático para realizar una función o una tarea o para obtener un resultado determinado-, como a su documentación preparatoria, técnica y manuales de uso; extendiéndose, además, a cualesquiera versiones sucesivas del programa y a los programas derivados. La protección no alcanzará, sin embargo, a las ideas y principios en que se basan los programas ni a las versiones dirigidas a ocasionar efectos nocivos a un sistema informático [artículo 96 TRLPI].

2. Creaciones artísticas

Ya en 1926, durante el transcurso del caso *Brancusi vs Unites States*, se planteó la cuestión de determinar qué se entendía por arte. La disputa se suscitó cuando Edward Steichen intentó introducir en Nueva York la escultura de Brancusi «*Bird in Flight*» y el funcionario de aduanas la calificó dentro de la categoría «Utensilios de cocina y equipo hospitalario» denegando la exención arancelaria aplicable a las obras de arte. Según las normas de aduanas, para que se las pudiese calificar como «esculturas», las obras tenían que ser «*reproducciones talladas o fundidas, imitaciones de objetos naturales, principalmente la forma humana*», y el objeto controvertido era una pieza de metal amarilla, cuya esbelta forma ahusada de 135 cm de alto y pulida por todas partes como un espejo, sugería a algunos un objeto manufacturado y no la representación de un pájaro volando. Durante el juicio, que tuvo una gran repercusión mediática y fue muy seguido por la prensa y la sociedad neoyorquina ante absurdo de que fuese un Tribunal el que determinase los límites del arte, los expertos señalaron que «*las obras de arte se parecían a las ideas, encarnaban cualidades como el equilibrio y la armonía, provocaban un sentimiento de belleza y eran la creación inspirada de alguien considerado un artista*»⁵⁷. Sin embargo, el juez Waite no lo vio claro, y a la pregunta de si el objeto se ajustaba a la definición dada por la ley para las obras de arte, evitó dar una definición afirmando que un nuevo movimiento, como el modernismo,

⁵⁵ Sentencia del Tribunal Supremo nº 429/2002 de 13 mayo (Roj: STS 3347/2002 - ECLI:ES:TS:2002:3347. RJ 2002\6744).

⁵⁶ Juzgado Mercantil nº 7 de Madrid, Sentencia núm. 91/2010 de 30 marzo (Roj: SJM M 185/2010 - ECLI:ES:JMM:2010:185). AC 2016\547.

⁵⁷ ENRÍQUEZ CRUZ, Alba, «Derechos de Autor en el Arte Conceptual: la protección de obras de arte creadas con impresoras 3D y NFTs», *Cultus et Ius: Revista de Derecho, Cultura y Bellas Artes*, no 1, A Coruña, 2023, pág. 81, <https://revistacultusetius.colex.es/wp-content/uploads/2023/05/1.4-ok.pdf> (último acceso 17/10/23).

«requiere una nueva opinión», y que «ninguna definición de arte podría resistir la prueba del tiempo»⁵⁸.

Pues bien, siguiendo la línea marcada por el juez Waite, ninguno de los distintos textos normativos que hemos ido citando contiene un concepto de «creación artística». Sí observamos que el diccionario de la RAE se refiere a la «creación» como «obra relevante artística, literaria, arquitectónica, musical o científica», que en su variante artística hace referencia «a las artes, especialmente a las bellas artes», considerando las «bellas artes» como aquellas «que tienen por objeto expresar la belleza, y especialmente la pintura, la escultura y la música», aunque, en un sentido más amplio, también define «arte» como «manifestación de la actividad humana mediante la cual se interpreta lo real o se plasma lo imaginado con recursos plásticos, lingüísticos o sonoros», lo que supondría incluir también a la literatura. Como se ve, la RAE no incluye las denominadas «artes aplicadas», quizá porque habiendo sido consideradas históricamente artes menores le merecen también un respeto menor. En cuanto a la «belleza», la RAE entiende que «bello» es aquello «(q)ue, por la perfección de sus formas, complace a la vista o al oído y, por extensión, al espíritu».

Como adelantamos, ni el Convenio de Berna ni el TRLPI precisan qué debe entenderse por «creación artística», pero sí recogen manifestaciones de esta que se corresponden con las «Bellas Artes» y la música [artículo 2.1 Convenio de Berna; Artículo 10.1 TRLPI]. Además, añaden a las anteriores expresiones creativas las obras fotográficas y las artes aplicadas, que se protegen como obras artísticas [artículo 7.4 Convenio de Berna; Artículo 10.1 e) y h) TRLPI], y también los dibujos y modelos industriales, que estarán protegidas como obras artísticas cuando un Estado miembro no les otorgue una protección especial [artículo 2.7 Convenio de Berna] o esta protección sea compatible con la propiedad industrial [artículo 3.2 TRLPI]. De acuerdo con todo ello, si tenemos en cuenta que, como ya se señaló, la expresión «creación científica» alude al contenido de lo producido y no a una concreta manifestación creativa o «género» de la producción humana [STS de 8 de noviembre de 2012 (Fundamento de Derecho 3º)], y excluimos además todas aquellas manifestaciones que ya hemos considerado como creación literaria, podemos intuir que la creación artística abarca las obras dramáticas y dramático-musicales, las coreografías, las pantomimas y, en general, las obras teatrales; las composiciones musicales con o sin letra; las obras cinematográficas y cualesquiera otras obras audiovisuales; las obras de dibujo, pintura, arquitectura, escultura, grabado, litografía y las historietas gráficas, tebeos o comics, así como sus ensayos o bocetos y las demás obras plásticas, sean o no aplicadas; las obras fotográficas y las expresadas por procedimiento análogo a la fotografía; las obras de artes aplicadas; las ilustraciones, mapas, proyectos, planos, maquetas, croquis, diseños y obras plásticas relativas a la geografía, a la topografía, a la arquitectura, la ingeniería o a las ciencias [Artículo 2.1 Convenio de Berna; Artículo 10.1, letras b) a h) TRLPI]. Por supuesto, la enumeración anterior no constituye un «*numerus clausus*» y así, por poner un ejemplo, pueden considerarse incluidas las «marionetas» y sus representaciones, o la obra circense cuando reúna los requisitos necesarios⁵⁹. Debe advertirse también, respecto de las obras arquitectónicas y de ingeniería, que el TRLPI no recoge expresamente la protección de la obra terminada o en ejecución, sino

⁵⁸ *Brancusi Vs. United States*, 54 Treas. Dic. 428, 429 (Cust. Ct. 1928), traducción libre del autor de extractos de las transcripciones del caso; *vid.* transcripciones completas en ROWELL, Margit & PALEOLOGUE, André, *Brancusi Vs. United States, the Historic Trial*, 1928, Adam Biro, París, 1999.

⁵⁹ *Vid.* BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *La obra*, cit., pág. 70-71.

tan solo de sus proyectos, planos, maquetas y diseños, pero estas han de considerarse tuteladas en virtud del Convenio de Berna [STS de 26 abril de 2017 (Fundamento de Derecho 9º, punto 1)]. En definitiva, dentro de las creaciones artísticas podemos distinguir la obra musical [Artículo 10.1 b)], que es aquella que emplea el sonido como forma de expresión; la obra escénica [Artículo 10.1 c)], que comprende todas aquellas manifestaciones artísticas creadas para ser representadas sobre un escenario mediante la combinación de diversos elementos pertenecientes a distintos campos artísticos como la música, la literatura, la luz, la escultura aplicada al espectáculo, el vestuario, la figuración o la danza; la obra plástica [Artículo 10.1 e), f) y g)], que abarca un conjunto de manifestaciones creativas diversas que tienen en común utilizar elementos del diseño, la forma, las teorías del color y su psicología, sobre materiales preexistentes, para la producción artística; y la obra fotográfica [Artículo 10.1 h)], forma expresiva que resulta de la captura y plasmación de imágenes fijas de la realidad mediante la acción de la luz sobre una superficie sensible o sobre un sensor⁶⁰.

En cualquier caso, debe tenerse en cuenta que la postura contemplativa o relativa a la percepción o apreciación de la belleza apuntada por la RAE nos puede servir para aproximarnos al concepto de creación artística, pero ha sido desechada por nuestro Alto Tribunal como fundamento de protección. Así, a la hora de distinguir la fotografía «creación artística» de la «mera fotografía», el Tribunal ha considerado que *«los usos sociales y la Ley sólo estiman concurrente el carácter artístico de la reproducción fotográfica cuando el fotógrafo incorpora a la obra el producto de su inteligencia, un hacer personalísimo que trasciende de la mera reproducción de la imagen de una persona bella, porque entonces el deleite que produzca la contemplación procede de esta, pero no de la fotografía en sí ni del hacer meramente reproductor del fotógrafo»* [SSTS de 29 de marzo de 1.996 (Fundamento de Derecho 2º)]⁶¹. Como ya se dijo, es el esfuerzo intelectual que aporta el fotógrafo -talento, inteligencia, ingenio, inventiva, o personalidad- lo que hace de la fotografía una obra [STS de 5 de abril de 2011 (Fundamento de Derecho 5º)]. Por tanto, la determinación de si nos encontramos o no ante una creación artística no es una cuestión estética, sino estrictamente jurídica, que depende de que se aprecie la existencia o inexistencia de una creación original en el sentido que ya se vio. [SAP Madrid de 20 abril de 2006 (Fundamento de Derecho 4º)]⁶².

También el TJUE ha rechazado el recurso a lo estético como base de protección de lo artístico. De este modo, en relación a obras de artes aplicadas, dibujos y modelos industriales u obras de diseño, consideró que el concepto de «obra» constituye una noción autónoma del Derecho de la Unión que requiere la concurrencia de dos elementos acumulativos, a saber: un objeto original, en el sentido de que el mismo constituya una creación intelectual propia de su autor, es decir, que sea resultado de las decisiones libres y creativas del mismo; y la existencia de un objeto identificable con suficiente precisión y objetividad. Pues bien, el efecto estético que puede generar una creación es una sensación de belleza intrínsecamente subjetiva que experimenta quien la contempla, y es precisamente esta naturaleza subjetiva la

⁶⁰ Vid. BERCOVITZ ÁLVAREZ, Germán, «Las obras plásticas y fotográficas», *Manual de propiedad intelectual*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (coord.), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, 9ª edición, págs. 66-70.

⁶¹ Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de marzo de 1996 (Roj: STS 7969/1996 - ECLI:ES:TS:1996:7969) y Sentencia del Tribunal Supremo nº 234/1996 de 29 marzo (Roj: STS 1954/1996 - ECLI:ES:TS:1996:1954), RJ 1996\2371.

⁶² Sentencia Audiencia Provincial Madrid de 20 abril de 2006, Sentencia núm. 48/2006 de 20 abril (Roj: SAP M 6776/2006 - ECLI:ES:APM:2006:6776). JUR 2006\262381.

que no permite, por sí misma, identificar un objeto con suficiente precisión y objetividad. No cabe duda de que la actividad creativa se basa en consideraciones de carácter estético, pero este efecto estético no basta para afirmar que estamos ante una creación intelectual original que sea resultado de la libertad de elección y la personalidad del autor. Por tanto, que una creación artística produzca un efecto visual propio y considerable desde el punto de vista estético no es suficiente para que sea considerada «obra» en el sentido de la Directiva 2001/29 [STJUE de 12 de septiembre de 2019, asunto *Cofemel* (apartados 29, 53 a 55)]⁶³

Incluso es posible aludir aquí a la pretensión de un torero para que se reconozca su «faena» como creación artística. Nuestro Tribunal Supremo no rechaza esa calificación, pero aclara que «*sin merma de la consideración artística que pueda reconocerse a la faena de un torero por parte de críticos y aficionados, y de los sentimientos que pueda generar en quienes la presencian, (...) para que pueda ser protegida como obra de propiedad intelectual, (...) debe cumplir los requisitos propios de la obra ya mencionados*» [STS de 16 febrero de 2021 (Fundamento de Derecho 3º, apartado 6)]⁶⁴.

Nuestro Alto Tribunal quiere significar que el concepto de obra es un concepto autónomo del Derecho de la Unión Europea que exige, para que la creación artística merezca tal calificación, la concurrencia de dos elementos acumulativos: un objeto original, en el sentido de que el mismo constituya una creación intelectual propia de su autor que sea resultado de las decisiones libres y creativas del mismo, por lo que una creación no tendrá la originalidad necesaria para constituir una obra cuando esté condicionada por consideraciones técnicas, reglas u otras exigencias que no dejen margen a la libertad creativa; y, segundo, la existencia de un objeto identificable con suficiente precisión y objetividad. Esto es aplicable tanto a obras de artes aplicadas, dibujos y modelos industriales u obras de diseño [STJUE de 12 de septiembre de 2019, asunto *Cofemel* (apartados 29 a 32, 34 y 53)]; como a la protección de sabores de alimentos [STJUE de 13 de noviembre de 2018, asunto *Levola Hengelo* (apartados 33, 35 a 37 y 40)]⁶⁵; bases de datos [STJUE de 1 de marzo de 2012, *Football Dataco y otros* (apartado 39)]⁶⁶; o de breves fragmentos literarios [STJUE de 16 de julio de 2009, *Infopaq International*, (apartados 37 y 39)].

Pues bien, el Supremo entiende que, por más que la belleza de sus formas transmitan un sentimiento a los aficionados a la tauromaquia, en la faena de un torero no es posible expresar de forma objetiva aquello en qué consistiría la creación artística, por lo que no es posible considerarla una obra objeto de propiedad intelectual [STS de 16 febrero de 2021 (Fundamento de Derecho 3º, apartado 7)]. Se distingue así de la «coreografía» a la que se pretendía equiparar, recogida en el Artículo 10.1 c) TRLPI, en que en esta es posible, mediante notación, «*identificar con precisión y objetividad los movimientos y formas de la danza en que consiste la creación original del autor*» [STS de 16 febrero de 2021 (Fundamento de Derecho 3º, apartado 8)].

⁶³ Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 12 de septiembre de 2019, asunto *Cofemel*, C-683/17 (ECLI:EU:C:2019:721).

⁶⁴ Sentencia del Tribunal Supremo nº 82/2021 de 16 febrero. Roj: STS 497/2021 - ECLI:ES:TS:2021:497. RJ 2021\456.

⁶⁵ Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 13 de noviembre de 2018, *Levola Hengelo*, C- 310/17 (ECLI:EU:C:2018:899).

⁶⁶ Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 1 de marzo de 2012, *Football Dataco y otros*, C-604/10 (ECLI:EU:C:2012:115).

IV. CREACIONES EXTERIORIZADAS

La obra protegida por el derecho de autor es aquella exteriorizada por cualquier medio o soporte, tangible o intangible, actualmente conocido o que se invente en el futuro [Artículo 10 TRLPI]. Por tanto, no es preciso que la obra quede fijada a un soporte material para poder ser tutelada por el Derecho de autor [Artículo 2. 2) Convenio de Berna], pero sí debe ser perceptible por los sentidos, como sucede en una improvisación musical o una conferencia - incluso aunque en el caso concreto no hayan sido percibidas por ninguna persona, bastando con que lo puedan ser⁶⁷.

Como consecuencia, las ideas no se protegen [Artículo 2 WCT; Artículo 9.2 Acuerdo ADPIC], salvo que estas se revistan de una forma de exteriorización original que las hagan tutelables por el derecho de autor [STS de 8 de noviembre de 2012 (Fundamento de Derecho 3º)] o queden plasmadas en un soporte formal de cualquier tipo [SAP Barcelona de 3 de marzo de 2015 (Fundamento Jurídico 5º)]. Esa ha sido la postura de nuestro Tribunal Supremo desde las prístinas Sentencias de 25 de abril de 1900 y 18 de noviembre de 1903, a tenor de las cuales entendió que *«para que las ideas constituyan propiedad privativa a que se apliquen las disposiciones legales reguladoras del dominio, precisa que se hayan manifestado en alguna de las formas de que hace expresión la ley especial de 10 de enero de 1879, sin que fuera de ella puedan constituir materia de apropiación, tanto por carencia de precepto legal que lo disponga, cuanto porque la naturaleza y conexiones de la inteligencia humana impiden que el mero pensamiento, no contenido dentro de los moldes expresados en la ley sobre Propiedad intelectual, tenga que ser atribuido exclusivamente a un solo individuo con las condiciones y de la manera necesarias para constituir, en la esfera coercitiva del derecho, objeto apropiable que lo pueda ser consiguientemente de reivindicación o de indemnización»*⁶⁸. Como declara nuestro Alto Tribunal, sostener lo contrario podría suponer, además, un freno al desarrollo científico y cultural, y una limitación a la libertad de creación, de investigación o de empresa. Esta Jurisprudencia ha tenido reflejo, entre otras, en la STS de 20 de febrero de 1992 [Fundamentos de Derecho 1º y 4º]⁶⁹, STS 7 de junio de 1995 [Fundamento de Derecho 8º], STS de 8 de noviembre de 2012 [Fundamento de Derecho 3º], SAP Barcelona de 3 de marzo de 2015 [Fundamento Jurídico 5º] o en la SJMerc nº1 de Pamplona [Fundamento de Derecho 6º].

Por tanto, la idea es el germen de una «obra», pero en tanto el autor no plasme su pensamiento en algo perceptible por los sentidos no podrá ser calificada como tal⁷⁰. Incluso aunque sea de forma parcial o inconclusa, como los «bocetos» [Artículo 10.1 e)], duradera o no, como un espectáculo pirotécnico, de luces o «mapping»⁷¹ sobre fachadas de edificios históricos o singulares, o la creación de Bansky que se autodestruye tras ser subastada

⁶⁷ Vid. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *La obra, op. cit.*, pág. 63.

⁶⁸ *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, tomo no 89 (1900 I), § 105, citada por SÁNCHEZ ARISTI, Rafael, «Las ideas como objeto protegible por la propiedad intelectual», *Pe.i.*, no. 4, Madrid, 2000, pág. 26.

⁶⁹ Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de febrero de 1992 (Roj: STS 12643/1992 - ECLI:ES:TS:1992:12643). RJ 1992\1329.

⁷⁰ RUIPÉREZ AZCÁRATE, Clara, *Las obras del espíritu y su originalidad*, en *Colección de Propiedad Intelectual* (ROGEL VIDE, Carlos, dir.), Ed. Reus, Madrid, 2012, pág. 18.

⁷¹ El «video mapping» consiste en la utilización de proyectores de vídeo sobre superficies reales para conseguir un efecto artístico en base a los movimientos que crea la animación (2D y 3D) al adaptarse a las características y relieves de dicha superficie. En último término, el «mapping» pretende crear un sentimiento al interactuar con el público mediante el arte y la tecnología. Fuente Wikipedia.

creando una nueva «obra» que quedó colgando del marco dorado con la mitad del lienzo cortado en tiras, y que fue renombrada por el artista como «El amor está en la papelera»⁷². Es por ello por lo que para una creación se pueda considerar «obra» nuestro derecho ha venido exigiendo que se produzca y pueda publicarse por los procedimientos de la escritura, el dibujo, la imprenta, la pintura, el grabado, la litografía, la estampación, la autografía, la fotografía o cualquier otro de los sistemas impresores o reproductores conocidos o que se inventen en lo sucesivo [artículo 1 del Real Decreto de 3 de septiembre de 1880 por el que se aprueba el Reglamento para la ejecución de la Ley de 10 de enero de 1879 sobre propiedad intelectual (RLPI)]. Es decir, desde el punto de vista del Reglamento, resulta completamente irrelevante el criterio del contenido, ya que para la calificación como obra basta que la creación pueda ser «impresa» o «reproducida»⁷³. Es lo que la doctrina denomina «*corpus mechanicum*» de la obra, el soporte al que queda incorporada, que se distingue del «*corpus mysticum*», la obra, el bien inmaterial en sí.

Sin embargo, esta solución ha sido duramente contestada por las nuevas corrientes artísticas. Como refleja SÒRIA PUIG, «(n)o solo la Ley de Propiedad Intelectual considera infractoras a un gran número de obras que forman parte de la historia del arte, sino que, además, no considera “obras” protegibles por la propiedad intelectual a muchas de las obras del arte conceptual, que por no estar “plasmadas en un soporte tangible o intangible” o no cumplir con los requisitos de originalidad no pueden obtener la protección que les confiere esta ley»⁷⁴. Para estos autores la separación entre idea y su expresión en los distintos Instrumentos Jurídicos sobre derecho de autor deja indefensa al «*Concept Art*», la obra de arte conceptual. En efecto, como señaló SOL LEWITT, «(e)n el arte conceptual la idea o concepto es el aspecto más importante de la obra. Cuando un artista utiliza una forma de arte conceptual, significa que toda la planificación y las decisiones se toman de antemano y la ejecución es un asunto superficial. (...) Este tipo de arte (...) está libre de la dependencia de la habilidad del artista como artesano»⁷⁵. El valor de esta nueva propuesta es innegable por la valorización que hace de la idea. La esencia de la obra de Banny no es su forma expresiva, es la idea misma de autodestrucción que genera una nueva obra, que queda desprotegida en nuestro actual marco normativo. Creemos, sin embargo, que el argumento de que el derecho de autor no tutela las obras del arte conceptual por no estar «plasmadas en un soporte tangible o intangible» resulta excesivo, pues, como se deduce del propio Convenio de Berna, lo relevante es que sean perceptible por los sentidos, que sí lo son.

Más allá del «*Concept Art*», también SÁNCHEZ ARISTI, resalta cómo la desprotección de la idea se proyecta a aquellos usos que terceros efectúan no de la forma expresiva de la obra en sí, sino de los contenidos que subyacen en ella, «*aplicándolos de manera efectiva al logro de alguna finalidad práctica*». A su juicio, la causa del desamparo

⁷² De su título en inglés «*Love is in the bin*».

⁷³ Vid. MARTÍN SALAMANCA, S., *Derecho...*, op. cit., págs. 59.

⁷⁴ SÒRIA PUIG, Eva, *Arte contemporáneo y Derechos de Autor* [Tesis Doctoral en línea], Universitat Autònoma de Barcelona, 2021, <https://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/671698/esp1de1.pdf?sequence=1&isAllowed=y> (último acceso en 17/10/23).

⁷⁵ Traducción libre del autor del fragmento «*In conceptual art the idea or concept is the most important aspect of the work. When an artist uses a conceptual form of art, it means that all of the planning and decisions are made beforehand, and the execution is a perfunctory affair. (...) This kind of art (...) is usually free from the dependence on the skill of the artist as a craftsman*». Vid. LEWITT, Solomon, «*Paragraphs on conceptual art*», *Artforum International Magazine*, Summer 1967, Vol. 5, No. 10, New York, 1967, <https://www.artforum.com/print/196706/paragraphs-on-conceptual-art-36719> (último acceso 17/10/23).

deriva de la confusión existente entre «idea» y el «mero pensamiento», presente ya en la STS de 18 de noviembre de 1903, o, si se prefiere, entre idea exteriorizada e idea no exteriorizada. Por eso convendría clarificar el grado de concreción formal y requisitos que convierten una idea en expresión creativa y, por tanto, objeto de salvaguarda, para evitar que terceros se aprovechen del esfuerzo intelectual ajeno una vez que trascienden de la esfera íntima del autor y se hacen perceptibles por los sentidos⁷⁶. Como señala BAYLOS CORROZA, la propiedad intelectual protege la obra contra la copia, la reproducción y el plagio, pero no impide que otros se aprovechen de las ideas que en dicha obra encuentran expresión⁷⁷ y que por esa vinculación deberían ser dignas igualmente de la protección dispensada por el derecho de autor. Se trata, no obstante, de una postura no exenta de riesgo: como relata RUIPÉREZ DE AZCÁRATE, el director de cine y guionista Billy Wilder escribió en una ocasión «*Boy meets Girl*» en una libreta que solía dejar en su mesilla de noche para apuntar aquellas ideas que le pudiesen surgir durante el sueño, y de la que, a la postre, surgió una «escena»⁷⁸. Resulta evidente que otorgar a aquella expresión la protección del derecho de autor puede suponer también una limitación a la libertad de creación.

Sin embargo, una vez cumplido el requisito de perceptibilidad, el TRLPI deja la puerta abierta a que la obra se pueda materializar por cualquier medio o soporte, tangible o intangible, actualmente conocido o que en el futuro se invente.

V. CONCLUSIÓN

La ausencia de una definición legal de los conceptos de originalidad, creación literaria, arte, creación artística o altura creativa supone un vacío apenas cubierto por la doctrina y la jurisprudencia. A su vez, el concepto de originalidad ha ido mutando con el transcurso del tiempo desde una perspectiva subjetiva a otra objetiva. Sin embargo, esta evolución no ha sido homogénea ni generalizada, lo que genera inseguridad jurídica. Comprobamos cómo determinadas creaciones como las bases de datos y programas de ordenador se protegen por su originalidad subjetiva en virtud de la Ley, en tanto que se guarda silencio con respecto a las demás; o cómo a nivel europeo la Justicia sigue tendiendo a un criterio subjetivo de originalidad. Por otra parte, la determinación de si nos encontramos o no ante una creación artística es una cuestión estrictamente jurídica, habiendo declarado el TJUE que el concepto de «obra» es una noción autónoma del Derecho de la Unión que debe aplicarse de manera uniforme en todo el territorio. De esta manera, aun reconociendo que un concepto de arte «no podría resistir el paso del tiempo», consideramos que en el Mercado único Digital resultaría beneficioso clarificar tanto aquellas exigencias que permiten a la creación artística acceder a la tutela dispensada por el derecho de autor, cuanto el grado de altura creativa exigible a las manifestaciones creativas menos tradicionales.

Sin embargo, es quizá un nuevo tratamiento de la idea el mayor reto que en el futuro deba afrontar el derecho de autor: la originalidad que protege es aquella que se proyecta sobre la concreta forma de expresión -o sobre su estructura en el caso de colecciones y bases de datos- y no sobre el contenido. Esta realidad no se adapta bien a las actuales soluciones

⁷⁶ Vid. SÁNCHEZ ARISTI, R., *Las ideas...*, op. cit., págs. 17 a 29.

⁷⁷ Vid. BAYLOS CORROZA, Hermenegildo, *Tratado de Derecho Industrial: propiedad industrial, propiedad intelectual, derecho de la competencia económica, disciplina de la competencia desleal*, Ed. Civitas, Madrid, 1993, 2ª edición, pág. 531.

⁷⁸ Vid. RUIPÉREZ AZCÁRATE, C., *Las obras...*, op. cit., págs. 16 y 17.

expresivas asentadas en diferentes avances técnicos asistentes del proceso creativo y deja también desamparada a las nuevas manifestaciones artísticas en las que la representación de un concepto o idea proyectada sobre algún objeto es parte misma del proyecto artístico, resultando así que, con frecuencia, en ellas la idea es de mayor importancia que el objeto en sí. Por añadidura, la regulación actual no protege el esfuerzo creativo frente a los intentos de usurpación de terceros dirigidas no ya a la forma expresiva de la obra, sino a los contenidos que subyacen en la propia idea que la conforma. En estas circunstancias, la oportunidad de articular una particular protección de la expresión de la idea para hacer frente a la usurpación es evidente.

En este contexto, la adecuada atención a la innovación artística exige el diseño de una solución normativa que salvaguarde tanto la idea en sí misma cuando se proyecta a la forma expresiva de una «obra», como los derechos de autoría de los artistas conceptuales. El derecho de autor no debería discriminar ningún tipo de corriente creativa por razón de su concreta forma expresiva, de ahí la aceptación de aquellos medios y soportes que se puedan inventar en el futuro. Que el legislador de entonces no pudiera imaginar que el futuro medio o soporte de expresión artística fuese precisamente el «no soporte» no debería ser excusa para su desamparo. Es por ello por lo que debería considerarse la oportunidad de una evolución normativa relativa al objeto de protección del derecho de autor que atendiese a todos estos aspectos que se han señalado y que, a falta de regulación por los Estados Miembros, debería ser afrontada a través de los instrumentos normativos unificadores del Derecho de la Unión como aquellos en los que encontraría su mejor encaje.

VI. BIBLIOGRAFÍA

BAYLOS CORROZA, Hermenegildo, *Tratado de Derecho Industrial: propiedad industrial, propiedad intelectual, derecho de la competencia económica, disciplina de la competencia desleal*, Ed. Civitas, Madrid, 1993, 2ª edición, ISBN 84-470-0246-2.

BERCOVITZ ÁLVAREZ, Germán, «Las obras plásticas y fotográficas», *Manual de propiedad intelectual*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (coord.), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, 9ª edición, págs. 66-70, ISBN: 978-84-1336-019-5.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, *Introducción a la propiedad intelectual*, «Manual de propiedad intelectual», BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (coord.), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, 9ª edición, págs. 19-52, ISBN: 978-84-1336-019-5.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, «La obra», *Manual de propiedad intelectual*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (coord.), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, 9ª edición, págs. 53-82, ISBN: 978-84-1336-019-5.

CÁMARA ÁGUILA, Mª Pilar, «Los conceptos autónomos sobre el objeto de protección del Derecho de autor: el concepto de obra y el concepto de originalidad», *La Unificación del Derecho de Propiedad Intelectual en la Unión Europea*, CÁMARA ÁGUILA, Mª. Pilar (coord.) y GARROTE FERNÁNDEZ DÍEZ, Ignacio (coord.), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, págs. 47-94, ISBN 978-84-1313-906-7.

ENRÍQUEZ CRUZ, Alba, «Derechos de Autor en el Arte Conceptual: la protección de obras de arte creadas con impresoras 3D y NFTs», *Cultus et Ius: Revista de Derecho, Cultura y Bellas Artes*, no 1, A Coruña, 2023, ISSN 2990-0255.

MARTÍN SALAMANCA, Sara, «Derecho de autor», *Derecho de la propiedad intelectual derecho de autor y propiedad industrial*, RUIZ MUÑOZ, Miguel (dir.) y LASTIRI SANTIAGO, Mónica, (coord.), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, págs. 45-240, ISBN: 978-84-9169-356-7.

RECREACIONHISTORIA.COM, *O primeiro Picasso. A Coruña 1891-1895*, material textual con motivo exposición celebrada en el Museo de Bellas Artes de A Coruña entre febrero y mayo de 2015, cita de RUIZ PICASSO, Pablo (1945), <https://recreacionhistoria.com/picasso-en-a-coruna/> (último acceso en 17/10/23).

ROWELL, Margit ; PALEOLOGUE, Andre, *Brancusi Vs. United States, the Historic Trial, 1928*, Adam Biro, París, 1999, ISBN: 2876602563, ISBN: 9782876602564.

RUIPÉREZ AZCÁRATE, Clara, «Las obras del espíritu y su originalidad», en *Colección de Propiedad Intelectual* (ROGEL VIDE, Carlos, dir.), Ed. Reus, Madrid, 2012, DOI: 10.30462/9788429017113, PRINT ISBN: 978-84-290-1711-3, E - ISBN: 9781512902945.

SÁNCHEZ ARISTI, Rafael, «Las ideas como objeto protegible por la propiedad intelectual», *Pe.i.*, no. 4, Madrid, 2000, págs. 25-68, ISSN 1576-3366.

LEWITT, Solomon, «Paragraphs on conceptual art», *Artforum International Magazine*, Summer 1967, Vol. 5, No. 10, New York, 1967, <https://www.artforum.com/print/196706/paragraphs-on-conceptual-art-36719> (último acceso 17/10/23).

SÒRIA PUIG, Eva, *Arte contemporáneo y Derechos de Autor* [Tesis Doctoral en línea], Universitat Autònoma de Barcelona, 2021, <https://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/671698/esp1de1.pdf?sequence=1&isAllowed=y> (último acceso en 17/10/23).