

LA PROTECCIÓN DE FOTOGRAFÍAS ANTIGUAS EN ESPAÑA: OBRAS HUÉRFANAS Y DERECHO TRANSITORIO

José Blas Fuentes Mañas

Profesor de Derecho Civil
Universidad de Almería

TITLE: *The protection of old photographs in Spain: orphan works and transitional law.*

RESUMEN: La antigüedad de una fotografía condiciona la percepción acerca de su protección jurídica. Coleccionistas privados, museos, fondos, bibliotecas y demás entidades de gestión cultural, atesoran miles de viejas copias fotográficas cuyos titulares son desconocidos o no se pueden localizar, y sobre las que desconocen la vigencia de derechos exclusivos. La sucesión en el tiempo de normas sobre Derecho de autor provoca dudas acerca de su ámbito de aplicación temporal y, como consecuencia de los distintos plazos previstos, también sobre el régimen de duración de la protección. Presentamos con respecto a la fotografía, además de su posible tratamiento como obra huérfana, las soluciones previstas desde su primera regulación, hasta la actual diferenciación entre mera fotografía y obra fotográfica, a fin de concretar el momento de su entrada en el dominio público y, por ende, su libre utilización.

ABSTRACT: *The age of a photograph influences perceptions about its legal protection. Private collectors, museums, archives, libraries, and other cultural management entities hold thousands of old photographic copies whose owners are unknown or cannot be located, and for which they do not know the validity of exclusive rights. The succession of copyright laws over time raises doubts about their temporal scope of application and, as a result of the different terms provided for, also about the duration of protection. With regard to photography, in addition to its possible treatment as an orphan work, we present the solutions envisaged since its first regulation, up to the current differentiation between mere photography and photographic work, in order to specify the moment of its entry into the public domain and, therefore, its free use.*

PALABRAS CLAVE: Derecho de autor, Propiedad intelectual, Fotografía, Plazo de Protección, Derecho transitorio, Fotografía como obra huérfana.

KEY WORDS: *Copyright, Intellectual property, Photography, Term of protection, Transitional law, Photography as an orphan work.*

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN: USO Y ABUSO DE LAS FOTOGRAFÍAS. 1.1 *¿Qué es una fotografía antigua?* 1.2 *Caracterización de la fotografía como bien cultural.* 2. LA FOTOGRAFÍA COMO OBRA HUÉRFANA. 2.1 *Derecho al inédito y orfandad de la obra.* 2.2 *La orfandad de «segundo grado» de la fotografía.* 2.3 *Sujetos que pueden beneficiarse y usos admitidos de la fotografía publicada en otra obra huérfana.* 2.4 *Procedimiento para el reconocimiento y uso de una fotografía huérfana.* 3. SUCESIÓN EN EL TIEMPO DE LAS NORMAS DE PROTECCIÓN DE LA FOTOGRAFÍA. 3.1. *El Convenio de Berna de 1886 y plazo de protección.* 3.2 *La LPI de 1879, condiciones y plazo de protección de las fotografías.* 3.3 *Introducción de la «mera fotografía».* *Nuevos plazos de protección en la LPI de 1987, registro voluntario y derechos morales.* 3.4 *Las disposiciones transitorias en el TRLPI de 1996.* 4. CONCLUSIÓN. 5. ANEXO BIBLIOGRÁFICO.

1. INTRODUCCIÓN: USO Y ABUSO DE LAS FOTOGRAFÍAS

Desde una perspectiva temporal doble, en cuanto a la sucesión en el tiempo de las normas, así como por los diferentes plazos de protección que prevén, no son pocas las dudas¹ que pueden surgir en torno a si una fotografía histórica o antigua está aún protegida y con qué alcance. Presentado el procedimiento fotográfico al mundo en 1839², la producción fotográfica no ha cesado, al tiempo que es habitual la digitalización de fotografías que en su día se realizaron con procedimientos químicos cuya producción estaba limitada al papel. La que en un tiempo pudo ser copia única, pasa a ser tan digital como la obtenida originariamente con las modernas cámaras; y no son precisas técnicas complejas o una gran inversión económica, en tanto que basta, por ejemplo, con un teléfono para que tal copia pueda realizarse.

Así las cosas, no son pocos los coleccionistas de fotografía antigua que confunden la propiedad —ordinaria³— de la copia, con la titularidad de los derechos de explotación sobre la misma, y proceden a la digitalización apuntada para usos que pueden tener fines económicos. Pero, la obra considerada como bien inmaterial no ha de confundirse con el soporte que la contenga. Tal soporte podrá ser material o no y, justamente, la fotografía ha evolucionado desde la copia en papel necesaria para el positivado y visualización de la imagen final, a la representación instantánea por interpretación de del código contenido de un archivo informático que aparece en una pantalla. El objeto del Derecho de autor quedará acotado en la imagen latente obtenida, con independencia del necesario soporte en el que haya de materializarse. Soporte éste

¹ Como pone de relieve XALABARDER, «el plazo de protección de los derechos de autor aplicable en la actualidad en España es un complicado entramado de Derecho transitorio». Las dudas a las que nos referimos son especialmente importantes en el ámbito de centros de archivo, museos y otras entidades culturales en cuanto a la gestión de los derechos de autor y los procedimientos de conservación, reproducción, accesibilidad y puesta a disposición del público en general de sus fondos fotográficos. Vid. XALABARDER PLANTADA, Raquel, «Las obras “huérfanas” y las obras descatalogadas», *Noticias de la Unión Europea*, 2011. Disponible en: https://blogs.uoc.edu/dretinternet/wp-content/uploads/sites/64/2018/04/Xalabarder_2012_NUE_obra_huerfana.pdf [Consulta: 29 de julio de 2025], y DESANTES FERNÁNDEZ, Clara, *Directrices y Procedimientos para la Documentación y Gestión de los Derechos de Propiedad Intelectual del Patrimonio Fotográfico*, Ministerio de Cultura y Deporte, Subdirección General de los Archivos Estatales, 2020, p. X.

² El 7 de enero de 1839, François Arago presentó la invención en la Academia de las Ciencias de París, pero «sin penetrar su secreto». El 19 de agosto, en el mismo lugar, estando invitados miembros de la Academia de Bellas Artes, Arago —en discurso improvisado por sus conocimientos técnicos—, explica el procedimiento que ofrece al mundo sin saber que había sido patentado por Daguerre cinco días antes en Inglaterra. Vid. SOUGEZ, Marie Loup, *Historia de la Fotografía*, Cátedra, Madrid, 12.ª ed., 2011, p. 54, y DIARIO DE BARCELONA, de 26 de enero de 1839, pp. 350 y 351.

³ Vid. VALDÉS DÍAS, Caridad del Carmen, «I. Las obras del espíritu y su continente. arquetipo, prototipo, bocetos y ejemplares; propiedades existentes al respecto», en ANGUITA VILLANUEVA, Luis Antonio (Coord.), *Tensiones entre la propiedad intelectual y la propiedad ordinaria*, REUS, Madrid, 2017, p. 26.

que estará sujeto a derechos distintos, de tal modo que el propietario de la copia fotográfica —salvo que expresamente lo haya autorizado el autor—, no es el titular de las facultades patrimoniales.

En la dinámica descrita, además, será habitual que la obtención de tales fotografías se realice *online* a través de un repositorio institucional —fototecas digitales, por ejemplo⁴—, de una red social o, en general, de cualquier espacio en internet que permita su descarga, sin saber que tal uso puede estar sujeto a la pertinente autorización del titular de los derechos⁵. Y partiendo de esta realidad que someramente describimos, ponemos de relieve lo limitado⁶ de los estudios dedicados al derecho transitorio en materia de Derecho de autor y, en especial, la posible aplicación de normas anteriores a 1987 en relación con los fondos fotográficos que pertenecen a los archivos públicos, y no tanto por lo que se refiere a nuevas adquisiciones, sino más bien a lo que ya está y cuya procedencia impone la necesidad de gestionar los derechos de autor sobre la fotografía considerada patrimonio histórico documental.

1.1 ¿Qué es una fotografía antigua?

Es, pues, el paso del tiempo, la *antigüedad* como particularidad del objeto que nos ocupa, lo que provocará dudas y, desde luego, la extensión de la protección. Decía LIPARI que:

«Se reconozca o no, la categoría constituye para el jurista una suerte de tranquilizante punto de referencia, un modo de hacer a sus propias opciones interpretativas menos personales y arbitrarias en cuanto que condicionadas por el absorbente punto de referencia de signo categorial»⁷.

⁴ La Fototeca del Instituto del Patrimonio Cultural de España — <https://ipce.cultura.gob.es/documentacion/fototeca.html>—, ofrece acceso a fotografías digitalizadas de sus fondos (medio millón de fotografías desde 1844), a través de su catálogo online, permitiendo su descarga en baja resolución con una licencia *Creative Commons* CC BY-NC-ND 2.5 ES, licencia que permite la difusión en cualquier medio o formato, aún a pesar de no poder garantizar que la obra sea de dominio público.

⁵ Precisamente en la SAP de Valencia, de 1 de febrero de 2018 (AC\2018\712), el demandado por usar una serie de fotografías en sus blogs y perfil de Facebook, de las que no era autor, utilizó para su defensa como argumento, entre otros, que desconocía que estaban sujetas a derechos de explotación y no eran de dominio público (Fundamento Jurídico 1.º).

⁶ Vid. DESANTES FERNÁNDEZ, Clara, *Directrices y Procedimientos para la Documentación y Gestión de los Derechos de Propiedad...* op. cit., p. VII.

⁷ Vid. LIPARI, Nicolò, *Le categorie del Diritto Civile*, traducción de LUNA SERRANO, Agustín, Dykinson, Madrid, 2015, p. 37.

Y la antigüedad no es ese potente signo categorial al que se refiere el profesor italiano, sino una cualidad atribuible a la fotografía como bien inmaterial, actuando como delimitador del régimen de duración de los derechos a los que se sujeta. Pero, siendo la *antigüedad* predicable de algo que existe desde hace mucho tiempo⁸, no sólo fijará el principio y fin del derecho de autor, sino que también provocará el nacimiento de otros intereses sobre la obra. Así, el mero transcurrir del tiempo implicará la metamorfosis de una fotografía que —con independencia de su género, forma de expresión, mérito, finalidad o novedad inicial—, se convertirá en un bien cultural en el que el que cabe anteponer su valor documental⁹. Y ello sea una copia original, o que forme parte de una edición.

Considerada aisladamente, no es pacífico lo que deba entenderse por copia original de una fotografía. Será copia la que traslade a un soporte físico —también digital— la creación principal, distinguiéndose como objetos diferentes. La creación se sujetará al Derecho de autor, y la copia antigua siendo cosa corporal habrá de valorarse como propiedad ordinaria. Habida cuenta de que cualquiera puede obtener copias con enorme facilidad, por «original» entendemos aquella que genera el autor de la imagen acabada, o que está autorizada por el titular de los derechos. En la fotografía resulta difícil hablar de un ejemplar único (incluso del propio negativo). Tanto si se trata de digital o analógico, podemos considerar como original al ejemplar numerado y firmado que haya sido realizado por el propio autor o bajo su autoridad¹⁰.

Volviendo a la consideración del valor histórico documental, destaca la SAP de Valencia, de 1 de febrero de 2018¹¹, que atribuye ese valor a las fotografías objeto de controversia y lo hace al distinguir, como pretende el demandado, entre obras fotográficas y meras fotografías¹². El ponente acota la historicidad de las imágenes — que versan sobre edificios, lugares y costumbres de la ciudad de Valencia—,

⁸ Definición obtenida en la versión electrónica del diccionario de la Real Academia Española, <https://dle.rae.es/> (v. 23.8).

⁹ Desde el mismo día de la toma, la fotografía podrá ser artística, documental o las dos cosas. Empero, el paso del tiempo por sí mismo la convertirá en una antigüedad cuya valoración podrá estar condicionada en la rareza del significante que contenga, la técnica empleada, y siempre en un acontecimiento lejano e irrepitable. Acerca del transcurso del tiempo que aquí señalamos, comenta Barthes que «lo que la Fotografía reproduce al infinito únicamente ha tenido lugar una sola vez: la Fotografía repite mecánicamente lo que nunca más podrá repetirse existencialmente», *vid.* BARTHES, Roland, *La cámara lúcida. Nota sobre la fotografía*, Paidós, Barcelona, 1.ª ed., 1980, p. 31.

¹⁰ *Vid.* más extensamente esta cuestión en mi libro *La fotografía como obra sujeta a derecho de autor*, Atelier, Barcelona, 2025, pp. 181-184.

¹¹ Sentencia citada: AC\2018\712.

¹² Este tratamiento dual de efectos más que importantes, no siempre ha estado contemplado en la Ley, y la sentencia apuntada, habida cuenta la fecha de creación de las fotografías, concluye que no existe.

comentando que «se observa que se cuida la luz, el encuadre, se juega con las formas y los volúmenes, y se aprecian algunas fotografías verdaderamente originales».

En este caso el Juez asimila la originalidad con la noción de *valor documental*. El padre del demandante trabajaba como fotógrafo para el diario «Las Provincias de Valencia», recogiendo en su labor instantes únicos en el tiempo en cuanto a los posibles cambios del entorno y contexto donde se producían, así como por la desaparición de los sujetos que como protagonistas colmaban el encuadre. De este modo, tal y como se presentan las fotografías en este asunto, cabría predicar de la fotografía antigua una suerte de *originalidad objetiva pura*¹³ como «representación de la vida, de los objetos, de los tipos, paisajes o monumentos»¹⁴ que resulta irrepetible y única —salvo que aparezcan otras fotografías del mismo momento y lugar—, y ello al margen de la mayor o menor impronta personal del autor.

La doctrina distingue¹⁵ entre originalidad objetiva y subjetiva. La *originalidad objetiva* supone una novedad que se concreta en una singularidad individualizadora de la obra con respecto a las que ya existen. Mientras que la *originalidad subjetiva*, implica valorar el genio creativo y la inventiva humanas como impronta personal que caracteriza el resultado final. Defensor de la originalidad subjetiva, Delgado Porrás¹⁶ diferencia entre novedad y originalidad, afirmando que la novedad es predicable del Derecho de patentes y la originalidad, en cambio, supondrá la atribución de la obra a un autor concreto sin ser copia exacta de otra. Y como colofón, podríamos resumir la conclusión de la sentencia citada en que la antigüedad no permitirá el uso libre si no alcanza todo el período previsto de protección en la norma aplicable en cada momento.

¹³ *Cfr.*, en cuanto partidarios de la originalidad objetiva, entre otros, con GALACHO ABOLAFIO, Antonio Francisco, «La originalidad en los derechos de autor, un enfoque fotográfico», *Actas de Derecho Industrial*, 38 (2017-2018), pp. 327-329, y BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, «Comentario al artículo 10.1», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (coord.), *Comentarios a la Ley de propiedad intelectual*, Tecnos, Madrid, 2017, p. 16.

¹⁴ *Vid.* SÁNCHEZ VIGIL, Juan Miguel, «La fotografía: patrimonio e investigación», *Artigrama*, núm. 27, 2012, p. 26.

¹⁵ La distinción será «siempre polémica y nada clara» y también, añadimos, *innecesaria*. *Vid.* RODRÍGUEZ TAPIA, J. M., «Artículo 10. Obras y títulos originales», en RODRÍGUEZ TAPIA, J. M., (dir.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Civitas, Pamplona, 2.ª ed., 2009, p. 123.

¹⁶ *Vid.* DELGADO PORRAS, A. «Derechos de autor. Las obras protegidas», en BAYLOS MORALES, María (Coord.), *Tratado de Derecho Industrial*, Civitas, Navarra, 3.ª ed., 2009, p. 733. En defensa de la originalidad subjetiva, *vid.* también MOLINA MARCO, Juana, *La propiedad intelectual en la legislación española*, Marcial Pons, Madrid, 1995, p. 353.

La antigüedad de una fotografía siempre añade valor, al menos, documental¹⁷. No obstante, y partiendo de que defendemos un *criterio subjetivo mixto de la originalidad*¹⁸, toda fotografía que no sea fruto de una actividad puramente mecánica y preprogramada en la que, al menos, el autor decida el momento y el encuadre, deberá ser siempre considerada como obra fotográfica sin ninguna limitación. La antigüedad, además, si se opta por un criterio de originalidad objetiva, por contraste con el resto de fotografías que tengan el mismo significante y época, harán de esa imagen algo único e irrepetible, salvo que sea inmutable¹⁹.

1.2 Caracterización de la fotografía como bien cultural

Del tríptico de valores asociados a la creatividad en la imagen —valor artístico, informativo y documental²⁰—, la fotografía histórica en general podrá atesorarlos todos. Pero tales valores asociados a la finalidad u objetivo perseguido por el fotógrafo no deben interferir en su protección como objeto del Derecho de autor²¹. Ahora bien, si consideramos a la fotografía como bien cultural y, por ende, objeto de la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español²² (en adelante LPH), formará parte del

¹⁷ Como pone de relieve Lara, en la década de los treinta del siglo pasado se reivindica la función de la fotografía «como espejo de la realidad», alejada del *arte por el arte* practicado por los fotógrafos de vanguardia de la época. Con esa finalidad documental, cita el autor la incorporación de un fotógrafo que realizara Federico García Lorca a su proyecto de La Barraca. Vid. LARA LÓPEZ, Emilio Luis, «La fotografía como documento histórico -artístico y etnográfico: una epistemología», *Revista de Antropología Experimental*, núm. 5, 2005, p. 5.

¹⁸ Siguiendo la jurisprudencia del TJUE que desarrolla los conceptos de obra y originalidad en los asuntos *Painer* —STJUE de 1 de diciembre de 2011, C-145/10, Eva Maria Painer contra Standard VerlagsGmbHm y otros—, *Infopaq* —STJUE de 16 de julio de 2009, C-5/08, Infopaq International A/S contra Danske Dagblades Forening—, *Cofemel* — STJUE de 7 de agosto de 2018, C-161/17, Land Nordrhein-Westfalen y Dirk Renckhoff.STJUE de 12 de septiembre de 2019, C-683/17, Cofemel — Sociedade de Vestuário, S.A. y G-Star Raw CV— y *Brompton Bicycle* — STJUE de 11 de junio de 2020, C-833/18, SI, Brompton Bicycle Ltd y Chedech/Get2Get—, el *criterio subjetivo mixto* supone que el resultado final debe reflejar la personalidad (según lo previsto en el considerando 17 de la Directiva 1993/98 - 2006/116) lo que no implica identificar el estilo o habilidad del autor, sino que la obra es resultado de un proceso de decisiones libres y creativas.

¹⁹ Una fotografía de la luna —por ahora—, de un cuadro o de una escultura, se hiciera hace cien años, o ayer, ofrecerá siempre la misma escena. Lo único novedoso, en su caso, será el medio y técnica empleados en la obtención.

²⁰ Vid. SÁNCHEZ VIGIL, Juan Miguel, «*La fotografía: patrimonio... op. cit.*, p. 26.

²¹ Rechazamos un análisis basado exclusivamente en aspectos funcionales. La Directiva 1993/98 (2006/116) proscribe que se tomen en consideración la finalidad para considerar que una obra fotográfica es original: «La protección de las fotografías en los Estados miembros es objeto de diversos regímenes. Una obra fotográfica con arreglo al Convenio de Berna debe considerarse original si constituye una creación intelectual del autor que refleja su personalidad, sin que se tome en consideración ningún otro criterio tal como mérito o finalidad. La protección de las demás fotografías debe dejarse a la legislación nacional» —Considerando 17—.

²² BOE núm. 155, de 29 de junio de 1985.

patrimonio documental histórico, y no sólo la que vengo tratando como fotografía antigua. En el Título VII de la LPH, dedicado al Patrimonio, Documental y Bibliográfico y de los Archivos, Bibliotecas y Museos—art. 49—, se define al documento histórico como «toda expresión en lenguaje natural o convencional y cualquier otra expresión gráfica, sonora o en imagen, recogidas en cualquier tipo de soporte material, incluso los soportes informáticos».

No obstante, la LPH ha de ser considerada en nuestro ordenamiento como una norma básica, habida cuenta de la dispersión normativa provocada por la proliferación de normas autonómicas que regulan el patrimonio cultural o histórico²³. Lo que deba entenderse por «bien cultural» está disperso en las diferentes legislaciones autonómicas presentes en el ordenamiento jurídico español. Nada menos que 18 regulaciones²⁴ diferentes sobre patrimonio histórico, en las que el objeto de protección puede variar. Tal situación impone aclarar cuestiones terminológicas y conceptuales, pues de su comprensión dependerá el encaje en categorías jurídicas con resultados dispares. Y para ello partiré de las aportaciones de la doctrina italiana, pionera en la construcción del concepto de patrimonio cultural²⁵.

GIANNINI²⁶ propone una noción amplia de bien cultural²⁷ en el que distingue una doble naturaleza: material e inmaterial. Por un lado, nos dirá que es una cosa material como

²³ La sentencia del Tribunal Constitucional de 31 de enero de 1991, sobre recursos de inconstitucionalidad 830/1985, 847/1985, 850/1985 y 858/1985 (acumulados), promovidos, respectivamente, por el Consejo Ejecutivo de la Generalidad de Cataluña, por la Junta de Galicia, por el Gobierno Vasco y por el Parlamento de Cataluña, contra determinados preceptos de la Ley 16/1985, de 25 de junio, reguladora del Patrimonio Histórico —BOE núm. 48, de 25 de febrero de 1991— «va a considerar que la competencia genérica para proceder a la declaración de Bien de Interés Cultural, competencia que el artículo 9 LPHE (y, transitoriamente, la Disposición transitoria sexta, 1, LPHE) atribuye al Gobierno de la nación (“mediante Real Decreto”), ha de entenderse comprendida dentro de las facultades atribuidas por sus Estatutos a las Comunidades Autónomas recurrentes». *Vid.* ALEGRE ÁVILA, Juan Manuel, «Los bienes históricos y el Tribunal Constitucional (Sentencia del Tribunal Constitucional de 31 enero 1991 sobre la Ley del Patrimonio Histórico Español de 1985)», *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 11, núm. 32, mayo-agosto 1991, p. 196.

²⁴ Junto a la Ley sobre Patrimonio Histórico nacional, conviven legislaciones especiales en cada una de las 17 comunidades autónomas.

²⁵ Como comenta CARRANCHO, la doctrina ha intentado ofrecer un concepto de patrimonio histórico donde encajaran todos los bienes, algo que lleva a la inadecuación del título de la LPH, pues históricos serán un grupo reducido de su objeto. La autora citada afirma que la LPH «instituye el valor cultural como elemento último de protección, como el fin de la tutela establecida». *Vid.* CARRANCHO HERRERO, María Teresa, *La circulación de bienes culturales muebles*, Dykinson, Madrid, 2001, pp. 16-17.

²⁶ *Vid.* GIANNINI, Massimo Severo, «I beni culturali», *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1976, I, p. 25.

²⁷ La elaboración de una definición jurídica unitaria de los bienes culturales con gran impacto internacional se atribuye a la *Comisión Francheschini*, de la que formó parte como miembro cualificado Giannini. La comisión se constituyó por mandato de la *Legge 26 aprile 1964*, n. 310 —*Gazzeta Ufficiale* n. 128 del 26-05-1964— para la Investigación, Protección y Promoción del Patrimonio Histórico,

objeto de intereses de naturaleza patrimonial, con las facultades derivadas del derecho que ostente el sujeto sobre ella. Y, por otro lado, exhibe una naturaleza inmaterial como consecuencia de los intereses culturales proyectados sobre ella, que se constituyen en causa de nuevas facultades paralelas a las patrimoniales, y que se dirigen a la «conservación y fruición en el universo cultural». Esta propuesta, inspiradora de la LPH, encaja en el tránsito de los «bienes cosa» a los «bienes actividad» al que se refiere el preámbulo de la Ley 10/2015, de 26 de mayo, para la salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial²⁸ (en adelante LPCI), y que también expresa «en términos más actuales, de los bienes materiales a los bienes inmateriales». Como se infiere tanto de la definición que aportamos de Giannini, como de la afirmación transcrita del preámbulo citado, la inmaterialidad señalada nada tiene que ver con la naturaleza inmaterial de los bienes tutelados en nuestro Derecho positivo por el derecho de autor²⁹.

La fotografía es objeto del derecho de autor, y en cuanto tal será considerada un «bien inmaterial» que DIEZ-PICAZO³⁰ define como aquella realidad que «careciendo de existencia corporal y siendo producto o creación intelectual del espíritu humano, el ordenamiento jurídico valora como posible objeto de derechos subjetivos». Tales derechos sobre la creación, para la doctrina dualista³¹ se escinden en derecho moral y derecho patrimonial del autor cuya existencia, a pesar de la inmaterialidad apuntada, necesitan de la exteriorización³² en un soporte —*corpus mechanicum*—, esto es, la posibilidad de acceso al contenido. Sin embargo, la inmaterialidad de la fotografía queda difuminada por la técnica empleada en su obtención, lo que implicará una interpretación dispar del objeto de protección. Ya sea de base química o digital, la

Arqueológico, Artístico y Paisajístico, que ofreció como resultado la indicación de cuatro grandes problemas para la tutela del patrimonio cultural italiano, extrapolables a España: La diversidad normativa, con la consecuente ausencia de una definición de bien cultural; Desconocimiento de los objetos de tutela; La preponderancia de otros intereses sobre los bienes, tales como el valor económico y, por último, la falta de interés por parte de la opinión pública. Vid. MARTÍNEZ PINO, Joaquín, «La teoría de los bienes culturales y las nuevas categorías patrimoniales», en GARCÍA MORALES, María Victoria, *et. al.*, *El estudio del patrimonio cultural*, Ramón Areces, Madrid, 2017, pp. 236 y 237.

²⁸ BOE núm. 126, de 27 de mayo de 2015.

²⁹ Como acertadamente pone de relieve Anguita, las normas sobre patrimonio histórico están dirigidas a la conservación de bienes materiales, no inmateriales, y es por ello que sus titulares están sometidos a limitaciones que no pueden extenderse a bienes sin soporte físico. Vid. ANGUITA VILLANUEVA, Luis Antonio, *Adquisiciones a non dominio de bienes culturales muebles en el derecho español*, REUS, Madrid, 2022, p. 34.

³⁰ Vid. DIEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, Civitas, Madrid, Vol. III, 4.ª ed., 1995, p. 159.

³¹ Vid. BAYLOS MORALES, María «Doctrinas sobre la naturaleza jurídica de los derechos intelectuales», en BAYLOS MORALES, María (Coord.), *Tratado de Derecho Industrial*, Civitas, Navarra, 3.ª ed., 2009, p. 505.

³² La antigüedad de la fotografía nos llevará a considerar la copia positiva en papel como la mentada exteriorización, así como el objeto del derecho de autor.

imagen es como una partitura en forma de negativo, ahora archivo informático, que podrá ser positivado en papel o proyectado en una pantalla³³. Y *mutatis mutandis*, tal y como acontece en las obras plásticas en las que no hay una distinción neta entre obra y soporte de exteriorización³⁴, el negativo es único en la fotografía, pero de él se pueden obtener tantas copias como se quiera, incluso copias de copias sin pérdida de calidad, algo que no ocurre, por ejemplo, en la escultura o las obras pictóricas.

Así las cosas, cabe afirmar que el fotógrafo, aún a pesar de ostentar la posesión del primer negativo³⁵, pierde el control y, por ende, el dominio material de la copia fotográfica que pasa a ser del adquirente, no así sus derechos patrimoniales y morales que permanecerán durante el plazo previsto en la TRLPI. En la aproximación a la calificación de la fotografía como bien cultural, interesará el soporte en el que se encuentre la fotografía, esto es, la consideración de la copia como bien mueble, con reserva del término «inmaterial» para su concreción como objeto de derecho de autor³⁶.

La copia fotográfica quedará eventualmente sujeta a un triplete de intereses: patrimoniales, morales y culturales, y la LPI regulará la traducción en derechos de los dos primeros, mientras que los intereses culturales, según hemos apuntado, quedarán dispersos en las normas territoriales³⁷. Con una noción de inmaterialidad compartida,

³³ Sería posible hablar de una interpretación del negativo en cada revelado, en el que el sujeto responsable —que puede no ser el fotógrafo— obtiene resultados diferentes de una misma fotografía.

³⁴ Vid. VICENT LÓPEZ, Cristina, *Derechos de autor sobre la obra plástica enajenada*, Revista General de Derecho, Valencia, 1999, p. 26.

³⁵ En la moderna fotografía digital el negativo pierde su importancia inicial. La captación de la imagen a través del correspondiente RAW no deja de ser un archivo que ya contiene la fotografía y que no necesita de ulterior intervención para su visionado. Al final, cualquier fotografía digital no deja de ser una imagen latente en un código binario que ha de ser interpretado por el software apropiado, y ello no implicará un positivado continuo.

³⁶ El Plan Nacional de Conservación del Patrimonio Fotográfico trata la distinción entre «original» y «copia» en la irrupción de la tecnología digital, y para ello valora en la fotografía un aspecto inmaterial, ahora como objeto meramente visual, y otro material, en cuanto copia positiva en papel. Por tanto, cabe la posibilidad de disfrutar del contenido de una fotografía sin necesidad de tener acceso a un original, y ello porque no habrá diferencia alguna entre la visualización «papel en mano» y la que se realice en cualquier pantalla en que se proyecte. Es más, como pone de relieve el Plan, posiblemente se disfrute de mayor y mejor detalle en la pantalla que en la impresión o positivado original. CARRIÓN GÚTIEZ, Alejandro (Coord.), et. alt, *Plan nacional de conservación del patrimonio fotográfico*, Secretaría General Técnica del Ministerio de Educación, Cultura y Deporte, 2015, p. 8.

³⁷ Advierte Anguita que «Esta situación de denominación plural y multiforme de los bienes culturales en España es un problema más que teórico. En primer lugar, no sólo por las consecuencias jurídicas que se derivan de su régimen jurídico hacia los titulares de derechos sobre estos bienes, sino por la disparidad de trato que da cada Comunidad a la información sobre los mismos que deviene en una peor protección del patrimonio cultural en nuestro país». Vid. ANGUITA VILLANUEVA, Luis Antonio, *Adquisiciones a non dominio... op. cit.*, p. 33.

el interés cultural y el derecho moral recaerán sobre un objeto diferente al derecho patrimonial. En el primer caso sobre valores espirituales y estéticos que, desde una perspectiva cultural, serán artísticos, históricos, paleontológicos, arqueológicos, etnográficos, científicos o técnicos —art. 1 LPH—. En cambio, será el beneficio económico, la utilidad que pueda extraer el fotógrafo de su obra, lo que informe al derecho patrimonial. En cualquier caso, tal y como ya he señalado, la respuesta a si una fotografía es un bien cultural habrá de buscarse en cada Comunidad Autónoma, habida cuenta de la que tal concepto no está unificado en nuestro ordenamiento. Común a la LPH y el acervo territorial, es el tratamiento de la fotografía por su valor documental³⁸. Centrándonos en la LPH, aunque sólo sea por su valor enunciativo³⁹, una fotografía puede ser calificada como documento histórico en base a su titularidad y antigüedad. Por lo que se refiere a la titularidad, si ha sido generada, conservada o reunida por un organismo o entidad de carácter público, o por personas jurídicas en cuyo capital

³⁸ Vid. Arts. 3.d) y 16 de la Ley 5/2022, de 23 de junio, de Gestión Documental Integral y Patrimonio Documental de la Comunidad Autónoma del País Vasco (BOE núm. 180, de 28 de julio de 2022); art. 19 de la Ley 9/1993, de 30 de septiembre, del Patrimonio Cultural Catalán (BOE núm. 264, de 4 de noviembre de 1993); arts. 83 y 110 de la Ley 5/2016, de 4 de mayo, del patrimonio cultural de Galicia (BOE núm. 147, de 18 de junio de 2016); art. 72 de la Ley 14/2007, de 26 de noviembre, del Patrimonio Histórico de Andalucía (BOE núm. 38, de 13 de febrero de 2008); art. 79 de la Ley 1/2001, de 6 de marzo, del Patrimonio Cultural de Asturias (BOE núm. 135, de 6 de junio de 2001); art. 106 de la Ley 11/1998, de 13 de octubre, de Patrimonio Cultural de Cantabria (BOE núm. 10, de 12 de enero de 1999); art. 2 de la Ley 7/2004, de 18 de octubre, de Patrimonio Cultural, Histórico y Artístico de La Rioja (BOE núm. 272, de 11 de noviembre de 2004), y art. 2 de la Ley 4/1994, de 24 de mayo, de Archivos y Patrimonio Documental de La Rioja (BOE núm. 144, de 17 de junio de 1994); art. 1 de la Ley 4/2007, de 16 de marzo, de Patrimonio Cultural de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia (BOE núm. 176, de 22 de julio de 2008), y art. 1.2 de la Ley 6/1990, de 11 de abril, de Archivos y Patrimonio Documental de la Región de Murcia (BOE núm. 170, de 17 de julio de 1990); art. 1.2 de la Ley 4/1998, de 11 de junio, del Patrimonio Cultural Valenciano (BOE núm. 174, de 22 de julio de 1998); arts. 2 y 32 de la Ley 3/1999, de 10 de marzo, del Patrimonio Cultural Aragonés (BOE núm. 88, de 13 de abril de 1999), y art. 1 de la Ley 6/1986, de 28 de noviembre, de Archivos de Aragón (BOE núm. 301, de 17 de diciembre de 1986); art. 56 de la Ley 4/2013, de 16 de mayo, de Patrimonio Cultural de Castilla-La Mancha (BOE núm. 240, de 7 de octubre de 2013); arts. 104 y 105 de la Ley 11/2019, de 25 de abril, de Patrimonio Cultural de Canarias (BOE núm. 140, de 12 de junio de 2019), si bien en este caso parece que limita el valor documental a expresiones del lenguaje oral o escrito, natural o codificado, de conformidad con lo previsto en el art. 1.2 de la Ley 3/1990, de 22 de febrero, de Patrimonio Documental y Archivos de Canarias (BOE núm. 92, de 17 de abril de 1990); art. 72 de la Ley Foral 14/2005, de 22 de noviembre, del Patrimonio Cultural de Navarra (BOE núm. 304, de 21 de diciembre de 2005); art. 82 de la Ley 2/1999, de 29 de marzo, de Patrimonio Histórico y Cultural de Extremadura (BOE núm. 139, de 11 de junio de 1999), y art. 4 de la Ley 2/2007, de 12 de abril, de Archivos y Patrimonio Documental de Extremadura (BOE núm. 127, de 28 de mayo de 2007); art. 2.a) de la Ley 15/2006, de 17 de octubre, de archivos y patrimonio documental de las Illes Balears (BOE núm. 285, de 29 de noviembre de 2006); arts. 2 y 3 de la Ley 6/2023, de 30 de marzo, de Archivos y Documentos de la Comunidad de Madrid (BOE núm. 158, de 4 de julio de 2023) y, finalmente, el art. 2 de la Ley 6/1991, de 19 de abril, de Archivos y del Patrimonio Documental de Castilla y León (BOE núm. 134, de 5 de junio de 1991).

³⁹ Cfr. ANGUIA VILLANUEVA, Luis Antonio, *Adquisiciones a non dominio... op. cit.*, p. 36.

participe mayoritariamente el Estado u otras entidades públicas⁴⁰, siempre será parte del patrimonio histórico documental, *y ello con independencia de la época o momento de su realización* —art. 49.2 LPH⁴¹—. En cambio, si la fotografía ha sido conservada o reunida por entidades y asociaciones de carácter político, sindical o religioso y por las entidades, fundaciones y asociaciones culturales y educativas de carácter privado, será documento histórico siempre que tenga más de 40 años —art. 49.3 LPH—. Y, finalmente, la fotografía ostentará la consideración de documento histórico con independencia de quien la conserve o reúna, cuando supere los 100 años, o así lo decida discrecionalmente la Administración al declararla constitutiva del patrimonio documental —art. 49.4 y 5 LPH—.

Desde una perspectiva pública, y conforme a la ley estatal, una fotografía histórica con valor como patrimonio documental será aquella que estando en manos privadas tenga más de 100 años, lo que no conlleva necesariamente su exclusión del ámbito del Derecho de autor. Estamos ante una manifestación más del interés público y la función social que viene exigiéndose para el reconocimiento de los derechos sobre las creaciones, y que también se extiende al derecho de propiedad, en este caso, sobre las copias fotográficas consideradas como bien mueble.

En el origen histórico del derecho de autor subyace la necesidad de atender a los intereses de los creadores, habida cuenta su esfuerzo y como incentivo a la producción, pero también los intereses de aquellos que invierten en la producción y difusión, así como los del público en general. El conflicto entre derecho de acceso a la cultura y los derechos exclusivos sobre la obra da lugar a la limitación temporal de los derechos de autor. Y ello como consecuencia del interés público que informa el derecho acceso, que es considerado un derecho humano de segunda generación que «garantiza al individuo el acceso a la producción científica, literaria y artística de la sociedad, permitiéndole el uso y disfrute de aquellos bienes culturales que han sido puestos al servicio de la humanidad y que dimanen de la actividad creativa del hombre»⁴².

⁴⁰ Y por las personas privadas, físicas o jurídicas, gestoras de servicios públicos en lo relacionado con la gestión de dichos servicios.

⁴¹ Lo que debe ponerse en relación con lo previsto en el art. 51.2 LPH, a cuya virtud forman parte del Patrimonio Histórico Español, y se les aplicará el régimen correspondiente al Patrimonio Bibliográfico, los ejemplares producto de ediciones de fotografías.

⁴² Vid. PEREDA MIRABAL, Ana María, *Limitaciones al derecho de autor en favor de bibliotecas en el entorno digital*, Ediciones Olejnik, Argentina, 2022, p. 54. Sobre la evolución del Derecho de autor *vid.*, entre otros, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, «8. Evolución de la propiedad intelectual en España», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, y GONZÁLEZ GOZALO, Alfonso (Coords.), *Manual de Propiedad Intelectual*, Tirant lo Blanch, Valencia, 10.ª ed., 2023, pp. 49-55.

La calificación como documento perteneciente al patrimonio histórico implicará un límite⁴³ al Derecho de autor en cuanto reflejo del interés social en la investigación, docencia e información, especialmente en aquellos casos en los que la fotografía-documento no haya sido aún divulgada; e impondrá al poseedor⁴⁴ o propietario de la copia —que podrá coincidir con el titular de los derechos de autor—, la obligación de mantener, conservar y facilitar la inspección por parte de los organismos competentes para comprobar la situación o estado de las fotografías, así como permitir el estudio por los investigadores, previa solicitud razonada de éstos según el artículo 52 de la LPH. No obstante, podrán excusar el cumplimiento de la obligación de acceso, «en el caso de que suponga una intromisión en su derecho a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, en los términos que establece la legislación reguladora de esta materia». Al mismo tiempo, el estudio directo por los investigadores podrá ser sustituido por «el depósito temporal del bien en un Archivo, Biblioteca o Centro análogo de carácter público que reúna las condiciones adecuadas para la seguridad de los bienes y su investigación»⁴⁵.

Recapitulando, la fotografía como documento histórico impondrá obligaciones al poseedor de la copia fotográfica, pero no afectará a la titularidad de los derechos de autor, más allá de sus límites reconocidos legalmente. El acceso a la fotografía-documento previsto en el artículo 52 de la LPH es complementario y posterior a la salvaguarda del derecho de acceso a la cultura en relación con el derecho moral al inédito que tiene el fotógrafo, esto es, el derecho a no divulgar la obra, de tal modo que el derecho de autor acaba conformándose como una vía indirecta para la protección del patrimonio cultural⁴⁶.

⁴³ Por *límite* podemos entender, siguiendo a Bouza, una restricción o reducción del derecho del autor, frente a la *excepción* que parte de la inexistencia de aquel. Por su parte, BONDÍA —citando a GARROTE—, pone de relieve como éste prefiere dedicar el término límite al que sea natural del derecho subjetivo como, por ejemplo, la duración o plazo de protección que nos ocupa. *Vid.* BOUZA LÓPEZ, Miguel, *El derecho Sui Generis del fabricante de base de datos*, Reus, Madrid, 2001, pp. 219-220, y BONDÍA ROMÁN, Fernando, «Los derechos sobre las fotografías y sus limitaciones», *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 59, núm. 3, 2006, p. 1097. *Cfr.* GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, Ignacio, *El derecho de autor en Internet: los tratados de la OMPI de 1996 y la incorporación al Derecho español de la Directiva 2001/29/CE*, Comares, Granada, 2.ª ed., 2003, p. 386.

⁴⁴ El art. 52 de la LPH se refiere al poseedor con independencia del título que ampare tal posesión. Puede tratarse del propietario de la copia fotográfica, de un comodatario o un depositario. Cabe, por qué no, que ostente la posesión de la copia el titular de los derechos de explotación.

⁴⁵ *Vid.* el art. 52.3 y 4 LPH.

⁴⁶ *Vid.* GUTIÉRREZ GARCÍA, Elisa, «La libertad de expresión artística de los fotógrafos: La protección de sus creaciones por la propiedad intelectual y como vía para la conservación del patrimonio cultural», *Revista Cultus et Ius*, núm. 1, 2023, pp. 68 y ss.

2. LA FOTOGRAFÍA COMO OBRA HUÉRFANA

2.1 Derecho al inédito y orfandad de la obra

Divulgar o no, esto es, hacer pública la obra, es una decisión personal del autor. Aún a pesar de que la fotografía es considerada una herramienta de comunicación, muchas pueden ser las razones que lleven al autor a no querer que su obra llegue a ser conocida⁴⁷. El llamado «derecho al inédito» aparece así configurado como un derecho moral que, si bien debería extinguirse a la muerte del autor, no obstante, la Ley permite su ejercicio a determinadas personas que podrán tomar la decisión de la difusión en un plazo limitado.

A la muerte del autor, aquellos derechos morales que no dependen de sus decisiones —a excepción de la divulgación limitada por setenta años tras su muerte—, pasan a ser responsabilidad de las personas legitimadas por la ley, esto es, a quienes el autor haya designado como legatarios o, en su caso, herederos. En tales casos «se trata de una atribución *ex voluntate* o *ex lege* —el Estado, las Comunidades Autónomas, las Corporaciones locales y las instituciones públicas de carácter cultural—, que supone una especial situación que les permite defender la memoria pretérita del autor, vinculado con su obra, es decir la personalidad pretérita, y con ello la posibilidad de dar a conocer o no la obra, cuando el autor en vida nada dispuso al respecto», además del reconocimiento de la autoría y la integridad de la obra⁴⁸.

Sobre el derecho moral descrito, el artículo 16 del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la vigente Ley de Propiedad Intelectual⁴⁹ (en adelante TRLPI) prevé, que en el caso de que se desconozca quienes son los titulares de los derechos, el Estado, las Comunidades Autónomas, las Corporaciones locales y las instituciones públicas de carácter cultural estarán legitimados para decidir la divulgación de la obra. Y desconocer quienes son los titulares no deja de ser un supuesto semejante al contemplado en el artículo 37 bis

⁴⁷ Por ejemplo, el fotógrafo ANTONI CAMPAÑA bien podría haber sido un referente gráfico de la guerra civil española como, por ejemplo, ROBERT CAPPA. Sin embargo, decidió esconder miles de fotografías del conflicto armado en Barcelona, que fueron descubiertas por un nieto suyo al revisar el contenido de su casa antes de venderla. Vid. <https://www.museunacional.cat/exposicions-en-linia/es/antoni-campana/>

⁴⁸ Vid. VALDÉS DÍAZ, Caridad, «Características del contenido moral del Derecho de autor. Facultades morales del autor y derechos de la personalidad», en ROGEL VIDE, Carlos (Coord), *Derechos morales de los creadores: Características, ámbito y límites*, Reus, Madrid, 2019, p. 30.

⁴⁹ BOE núm. 97, de 22 de abril de 1996. El artículo 37 bis es añadido por la Ley 21/2014, de 4 de noviembre, por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, y la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, BOE núm. 268, de 5 de noviembre de 2014.

TRLPI⁵⁰, en el que se regula la obra huérfana definiéndola como «la obra cuyos titulares de derechos no están identificados o, de estarlo, no están localizados a pesar de haberse efectuado una previa búsqueda diligente de los mismos»⁵¹. Nótese que el precepto transcrito se refiere a desconocidos titulares de derechos, es decir, la obra huérfana estará aún protegida por el derecho de autor, por lo que aún no habrá transcurrido todo el plazo de protección previsto.

Y, en lo que aquí trato, la falta de identificación o localización de los titulares podrá tener su causa en la antigüedad de la fotografía, que en un sistema de derecho de autor carente de formalidades para reconocer la existencia y protección⁵², entorpecerá la obtención de resultados en la obligación de búsqueda diligente que impone el TRLPI⁵³. El mero transcurrir del tiempo hará más difícil la localización de los titulares de derechos, y ello porque un condicionante natural del derecho de autor vigente es que su reconocimiento no exige la inscripción en un registro que pueda consultarse, o que su eventual transmisión quede reflejada de algún modo que no sea meramente privado. Si bien puede resultar discutida la necesidad de registro de la obra fotográfica conforme a la Ley de 1879 —Ley de 10 de enero de 1879 de propiedad intelectual, Gaceta de Madrid núm. 12, de 12 de enero de 1879—, y que más adelante trataremos, anticipo y destaco ahora que, precisamente, para aquellas fotografías que hubieran cumplido con lo previsto en los artículos 33 y siguientes de la norma decimonónica bastará la consulta del registro para cumplir con la obligación de búsqueda diligente.

⁵⁰ Vid. VEGA VEGA, José Antonio, «III. Derecho de los causahabientes a la no divulgación de la obra y vulneración, mediante su ejercicio, del derecho de acceso a la cultura. El artículo 44.1 de la Constitución y el artículo 40 LPI», en ROGEL VIDE, Carlos (Coord), *Derechos morales de los creadores: Características, ámbito y límites*, Reus, Madrid, 2019, p. 119.

⁵¹ El «telón de fondo» para la reforma, como apunta Cámara, está en el proyecto de Google —*Google Books*— para digitalizar y facilitar el acceso a libros de los que desconocía su autoría, e incluso conociéndola, aportando *snippets* o pequeños fragmentos de pocas líneas. La propuesta de la empresa americana era que los autores se opusieran comunicando que no querían tal inclusión. En Estados Unidos los titulares de derechos emprendieron una acción colectiva contra Google que no prosperó. La Sentencia de 14 de noviembre de 2013 concluyó que la plataforma «constituye un valor añadido a la obra permitiendo una nueva fuente de información», sirviendo a «un interés educativo que trasciende el objetivo comercial» perseguido por Google. Vid. CÁMARA ÁGUILA, Pilar, «Artículo 37 BIS», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (Coord.), *Comentarios a la ley de propiedad intelectual*, Tecnos, Madrid, 4.ª ed., 2017, p. 743.

⁵² En la actualidad el registro es potestativo, de tal modo que los derechos corresponderán al autor «por el solo hecho de su creación». Vid. art. 1 y 144 y ss. del TRLPI.

⁵³ Art. 37 bis, ap. 5 y 6 del TRLPI.

Junto a lo anterior, causas de orfandad⁵⁴ serán también: la coexistencia de derechos (por la falta de noticias, por ejemplo, de uno de los posibles titulares); la transmisión de derechos *inter vivos* o *mortis causa*; la titularidad de una persona jurídica sujeta a transformaciones por fusión o por la simple liquidación y, finalmente, también el tiempo será determinante como causa de orfandad si se considera el plazo de duración de los derechos. Cuanto más amplio sea éste, más probable será pérdida de datos del autor, y también será posible que aumente el número de titulares y la fragmentación de derechos⁵⁵.

Además de estas causas, que podemos denominar generales, propias de la fotografía serán la falta de identificación de los fotoperiodistas en las fotografías que publican los medios, así como muy especialmente el desconocimiento de los fotógrafos aficionados autores de numerosas colecciones depositadas en museos y bibliotecas⁵⁶.

2.2 La orfandad de «segundo grado» de la fotografía

No obstante lo anterior, el artículo 37 bis TRLPI, fruto de la transposición⁵⁷ de la Directiva 2012/28/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012, sobre ciertos usos autorizados de las obras huérfanas⁵⁸ —en adelante, DOH—, no incluye dentro de su ámbito de aplicación material a las fotografías consideradas singular o aisladamente⁵⁹. Sí, en cambio, tendrán la consideración de huérfanas las fotografías que formen parte de las obras que expresa el artículo 1.4 DOH:

- «a) las obras publicadas en forma de libros, revistas especializadas, periódicos, revistas u otro material impreso que figuren en las colecciones de bibliotecas, centros de enseñanza o museos, accesibles al público, así como en las colecciones de archivos o de organismos de conservación del patrimonio cinematográfico o sonoro;
- b) las obras cinematográficas o audiovisuales y los fonogramas que figuren en las colecciones de bibliotecas, centros de enseñanza o museos, accesibles al público, así

⁵⁴ Vid. RODRÍGUEZ MORENO, Sofía, «La obra huérfana en el campo de la música y la fotografía. Una perspectiva internacional», *Revista Iberoamericana de Derechos de Autor*, núm. 13 – enero/junio de 2013, pp. 91-93.

⁵⁵ *Ibid.* p. 94.

⁵⁶ Vid. VUOPALA, Anna, *Assessment of the Orphan works issue and Costs for Rights Clearance*, European Commission, DG Information Society and Media, Unit E4 Access to Information, May 2010, p. 30.

⁵⁷ Añadido por la Ley 21/2014, de 4 de noviembre, por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, y la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, BOE núm. 268, de 5 de noviembre de 2014.

⁵⁸ DOUE L 299/5, de 27 de octubre de 2012.

⁵⁹ El art. 10 del DOH que lleva por rúbrica «cláusula de reexamen», prevé futuros informes en los que considerar la oportunidad de incluir obras que no están dentro de su ámbito de aplicación, y cita expresamente a las «fotografías y otras imágenes independientes».

como en las colecciones de archivos o de organismos de conservación del patrimonio cinematográfico o sonoro, y

c) las obras cinematográficas o audiovisuales y los fonogramas producidos por organismos públicos de radiodifusión hasta el 31 de diciembre de 2002 inclusive, y que figuren en sus archivos».

Este elenco se reproduce en el Real Decreto 224/2016, de 27 de mayo, por el que se desarrolla el régimen jurídico de las obras huérfanas⁶⁰ (en adelante ROH), ratificando la previsión del artículo 1.2 del DOH incluye, además, la salvaguarda de la falta de identificación o localización de los titulares de las fotografías que estén incorporadas a las obras citadas, pues en tal caso no comparten la naturaleza de la obra de la que forman parte —art. 2 ROH—. Sin embargo, localizado el autor o titular de derechos sobre la imagen, el reglamento no remite a la necesaria petición autorización para el ejercicio de cualquier derecho de explotación de los contemplados en el TRLPI, sino sólo para la reproducción y comunicación pública. Deja fuera, pues, la transformación y distribución, sin incluir a las fotografías que no estén publicadas como parte de otra obra.

Una obra huérfana, por tanto, habrá de ser una creación protegida, en la que no aparezca identificado el autor o titular, o si lo están que no sea posible su localización⁶¹. Huelga decir que la obra no debe ser de dominio público o que el uso esté amparado por otro límite⁶² de los regulados en el TRLPI, en cuyo caso no será necesaria autorización alguna. Y, finalmente, como condición previa para la consideración de obra huérfana, será preciso que haya sido publicada, cuestión ésta a la que me refiero a continuación al tratar los usos atribuidos entidades autorizadas⁶³.

⁶⁰ BOE núm. 141, de 11 de junio de 2016.

⁶¹ Para la doctrina, la falta de identificación del titular de los derechos determina «la rareza y poca comercialidad de la obra», naturaleza que muy probablemente compartan las fotografías incluidas, y por lo que estaría justificada su conservación por las instituciones culturales autorizadas. *Vid.* ROGEL VIDE, Carlos, SERRANO GÓMEZ, Eduardo y LACRUZ MANTECÓN, Miguel Luis, *Manual de derecho de autor*, REUS, Madrid, 2.ª ed., 2021, pp. 66 y 67.

⁶² Los límites están previstos en el Capítulo II del Título III del Libro I del TRLPI —arts. 31 a 40 bis—, incluida la regulación de las obras huérfanas. No todos los límites serán aplicables a la fotografía que, como he advertido, sólo será considerada obra huérfana por incorporación. Menos aún podrá aplicarse el límite contemplado en el art. 32.3 —obras orales y públicas—, o el previsto en el art. 38 dirigido exclusivamente a las obras musicales. Analizados los límites en conjunto, BONDÍA apunta como más dirigidos a la fotografía por su importancia práctica, los concernientes a la copia privada —art. 31.2.º—, a las citas —art. 32—, los trabajos sobre temas de actualidad —art. 33.1—, la utilización de obras situadas en la vía pública —art. 35—, y la parodia —art. 39—. *Cfr.* BONDÍA ROMÁN, Fernando, «Los derechos sobre las fotografías y sus limitaciones» ... *op. cit.* p. 1098 y ss.

⁶³ No tienen por qué ser huérfanas las obras anónimas o divulgadas bajo seudónimo, como tampoco lo serán la obra en colaboración si se localiza, al menos, un coautor, o las obras descatalogadas —agotadas—. *Vid.* XALABARDER PLANTADA, Raquel, «Las obras “huérfanas” y las obras descatalogadas» ...

La doctrina⁶⁴ señala la especial relevancia de la exclusión de la fotografía como obra independiente, dado el importante número que forma parte de las colecciones y fondos de las instituciones culturales y cuyo origen es desconocido. VUOPALA advierte que, en los museos británicos en cuanto depositarios habituales de las colecciones de fotografía, no se puede localizar ni identificar el autor o titular de los derechos del 90% de los 17 millones de fotografías que poseen. Por su parte, XALABARDER, partiendo de la dificultad de cuantificar con rigor el número de obras huérfanas, indica que lo son el 40% de todas las obras protegidas⁶⁵.

De acuerdo con ESPÍN⁶⁶, la especial naturaleza de la fotografía la hace propensa a ser considerada huérfana sin serlo. Y ello porque normalmente no aparecerá en la fotografía aislada referencia alguna a su autor, o titular de los derechos, lo que la situará en una situación de anonimato. Consideramos pertinente la exclusión —al menos temporal— de la fotografía como obra gráfica independiente del ámbito de las obras huérfanas, en la medida en que ni la DOH, ni el TRLPI, ni el ROH hacen distinción alguna entre la fotografía antigua analógica de la que se nutren los archivos de museos y bibliotecas, y la fotografía digital actual y contemporánea sin soporte en papel. Esta distinción no es baladí. En ambos casos la búsqueda diligente de los titulares se verá dificultada por la eliminación de metadatos incorporados a la obra, especialmente en los procesos de digitalización de las obras que ya están en los depósitos de las entidades beneficiarias. Pero si se trata de obras recientes de origen digital, la protección del medio de vida de los autores impone la consideración de un límite

op. cit., p. 5, y RODRÍGUEZ MORENO, Sofía, «La obra huérfana en el campo de la música y la fotografía... *op. cit.*, pp. 90 y 91.

⁶⁴ Vid. TOBÍO RIVAS, Ana María, «Las obras huérfanas», *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 303, enero-marzo de 2017. Disponible en: <https://legalteca.aranzadilaley.es/> [Consulta: 20 de agosto de 2025], p. 6, y de la misma autora, «Comentario al artículo 37 bis. Obras Huérfanas», en PALAU RAMÍREZ, Felipe y PALAU MORENO, Guillermo (Dirs.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 648 y 649; LÓPEZ MAZA, Sebastián, «Las obras huérfanas en el Derecho europeo», *Anuario de la Revista Iberoamericana de la Propiedad Intelectual*, Tomo IV, 2016, p. 25, entre otros.

⁶⁵ Vid. respectivamente, VUOPALA, Anna, *Assessment of the Orphan works issue and Costs...* *op. cit.* p. 29 —citando el informe GOWER de 2006: «This is a large problem for many users, including those who wish to make copies for archiving or preservation and need to seek permission. The Chair of the Museum Copyright Group, Peter Wienard, believes that from the total collection of photographs of 70 institutions (around 19 million), the percentage of photographs where the author is known (other than for fine art photographs) is 10 per cent [...]», GOWERS, Andrew, *Gowers Review of Intellectual Property*, HM Treasury, Londres, 2006, p. 69—; y XALABARDER PLANTADA, Raquel, «Las obras “huérfanas” y las obras descatalogadas»... *op. cit.*, p. 3.

⁶⁶ Vid. ESPÍN ALBA, Isabel, *Obras huérfanas y derecho de autor*, Aranzadi, Pamplona, 2014, pp. 176-179.

temporal o término para la posible consideración de obra huérfana, al margen de la mayor o menor diligencia exigida en la búsqueda del autor⁶⁷.

La previsión de informe sobre la conveniencia o no de incluir en el ámbito de aplicación material de la DOH otras obras, y en concreto la fotografía como obra visual independiente —art. 10 de la DOH, «cláusula de reexamen»—, que debía haberse realizado antes del 29 de octubre de 2015, se cumplió en 2021 con el Informe Final de la Comisión Europea titulado *Study on the application of the Orphan Works Directive (2012/28/EU)*⁶⁸, en el que se pone de manifiesto el conflicto de intereses entre las organizaciones beneficiarias y las organizaciones de titulares de derechos. Para los beneficiarios consultados en el informe deberían incluirse más obras, y en particular las fotografías —poniendo de manifiesto que los gestores de patrimonio cultural tienen numerosas fotografías de la primera y segunda guerra mundial que no pueden digitalizarse—. Frente a ellos, los titulares de derechos se oponen a que se aplique la excepción de las obras huérfanas a las fotografías, aduciendo que se existe un riesgo de clasificación errónea por la eliminación de metadatos incorporados a la obra y, por ende, aumenta la posibilidad de perder el rastro del titular de los derechos⁶⁹. Concluye el estudio de la comisión con la recomendación de ampliar el ámbito de aplicación de la Directiva a las obras gráficas independientes, si bien con exclusión de las obras más recientes⁷⁰.

2.3 Sujetos que pueden beneficiarse y usos admitidos de la fotografía publicada en otra obra huérfana

Clasificada una obra como huérfana, e incluyendo fotografías cuyos autores no han podido ser identificados siguiendo el mismo procedimiento previsto para la obra en la que se insertan, es preciso señalar que cualquiera no se puede beneficiar de este límite,

⁶⁷ Rodríguez pone de relieve la posibilidad de pérdida de mercado —*missing market*— de las obras huérfanas, que no responde a la «lógica del intercambio», en tanto que los usuarios pierden la posibilidad de utilizar la obra, y el titular de los derechos deja de beneficiarse. Tal lógica quizá sea más adecuada para las obras descatalogadas o agotadas, casos en los que no será tan difícil localizar al titular de los derechos. Cfr. RODRÍGUEZ MORENO, Sofía, «La obra huérfana en el campo de la música y la fotografía... *op. cit.*, pp. 97 y 98.

⁶⁸ Vid. MCGUINN, Jennifer, *et. al.*, *Study on the application of the Orphan Works Directive (2012/28/EU). Final Report*, European Commission, Directorate-General of Communications Networks, Content & Technology, Luxemburgo, 2021.

⁶⁹ *Ibid.* p. 43.

⁷⁰ *Ibid.* p. 98.

así como que no todos los usos estarán permitidos⁷¹. Beneficiarios, de acuerdo con lo previsto en la DOH, el artículo 37 bis, y el artículo 2.2 del ROH, serán «los centros educativos, museos, bibliotecas, hemerotecas, archivos, fonotecas y filmotecas accesibles al público, ya sean de naturaleza pública o privada, así como los organismos públicos de radiodifusión, siempre que las actividades relacionadas con las obras no tengan ánimo de lucro y en base a sus objetivos que han de ser de interés público»⁷².

Y en cuanto a los posibles usos, la norma exige como condición previa que la obra haya sido publicada por primera vez en un Estado miembro de la Unión Europea⁷³. Si no ha sido divulgada, las entidades aún disponen de dos vías para utilizar las obras huérfanas. La primera de ellas está prevista expresamente en el artículo 1.3 de la DOH, conforme al cual se puede hacer uso de la obra huérfana no publicada, si la propia entidad beneficiaria la puso a disposición del público con el consentimiento del titular de los derechos, y resulta presumible su falta de oposición. Estamos ante un consentimiento tácito por el simple depósito de la obra en, por ejemplo, el museo o biblioteca como entidad beneficiaria, al que habrá que añadir necesariamente que después sea imposible localizar al titular que, obviamente, no será desconocido⁷⁴. Y la segunda vía consistiría en admitir que la primera publicación la realizara la entidad beneficiaria sin el consentimiento explícito del titular. Para ello puede, siempre que el autor haya fallecido y no hayan transcurrido más de setenta años⁷⁵, sustituir a los legitimados *mortis causa* desconocidos para decidir la forma y momento de la primera divulgación.

De este modo, el desconocimiento acreditado del titular de los derechos tiene un doble efecto. Por un lado, legitima al beneficiario de la obra huérfana a conseguir la necesaria primera publicación, y por otro, permitirá tal divulgación como principal beneficio en los términos previstos para una obra huérfana.

⁷¹ Sobre los usos, *vid.* DE ROMÁN PÉREZ, Raquel, «Las obras huérfanas en la Ley de propiedad intelectual y utilizaciones permitidas», *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, núm. 38, 2017-2018, pp. 299-321, en especial las pp. 317-319 sobre los usos permitidos a los destinatarios finales.

⁷² Hay beneficiarios que se oponen a la inclusión de las fotografías al considerar la DOH ineficaz, por los problemas de las obras incorporadas desde un punto de vista práctico y de los recursos. *Vid.* MCGUINN, Jennifer, *et. al.*, *Study on the application of the Orphan Works Directive... loc. cit.*, pp. 87 y 88.

⁷³ Art. 3.1 ROH.

⁷⁴ El artículo 1.3 de la DOH permitió que los Estados miembros restringieran el uso sin publicación previa a aquellas obras y fonogramas que hubieran sido depositados en las entidades antes del 29 de octubre de 2014, algo que no hizo el legislador español al incluir el art. 37 bis del TRLPI.

⁷⁵ Art. 16 del TRLPI. E, incluso, y en contra del criterio de los titulares de los derechos sobre la no divulgación, sería posible esa primera publicación si la negativa apuntada vulnera lo previsto en el artículo 44 de la Constitución —tutela del acceso a la cultura—, y así lo dispone un Juez a petición de cualquier persona con interés legítimo.

Así pues, una vez publicada la obra en la que está inserta la fotografía —por ejemplo, un libro o una revista—, los centros educativos, museos o bibliotecas en las que se encuentre podrán reproducirla a través de su digitalización, o realizar actos de comunicación pública indexándola o catalogándola y, finalmente conservándola, o restaurándola —art. 3 ROH—.

En todo momento, como ya he reseñado, las obras huérfanas son obras sujetas a derecho de autor. Si la fotografía es de dominio público, sobra cualquier consideración sobre su eventual orfandad. Empero, puede ocurrir que estando la obra —por ejemplo, un libro— sujeto a derecho de autor, la fotografía que contiene haya pasado a dominio público. Es el caso de las «meras» fotografías reguladas en el artículo 128 del TRLPI⁷⁶, cuyo plazo de protección, que me veo en la obligación de anticipar, es de 25 años. Hay, pues, un plazo de protección diferente según se considere a la fotografía. Sin entrar en los detalles de la enorme dificultad que conlleva la diferenciación entre mera fotografía y obra fotográfica —que, a mi parecer, no está justificada—, tal tratamiento dual entorpece y condiciona especialmente la aplicación del estatuto de obra huérfana⁷⁷.

Aun teniendo claro que la fotografía no es de dominio público por el plazo transcurrido y que a continuación trataremos, habrá sectores en los que la búsqueda diligente de los titulares de las fotografías sea, si no imposible, muy difícil, tal y como anticipamos en el caso de los fotoperiodistas, dada la falta de identificación en la publicación de sus trabajos, así como también será tarea ardua localizar a fotógrafos aficionados que son autores de colecciones no publicadas⁷⁸.

2.4 Procedimiento para el reconocimiento y uso de una fotografía huérfana

Sabiendo quiénes y qué pueden hacer con una obra huérfana, no cabe una declaración unilateral de esa naturaleza por parte de la entidad beneficiaria. Es preciso un

⁷⁶ Art. 128 2.º párrafo del TRLPI: «Este derecho tendrá una duración de veinticinco años computados desde el día 1 de enero del año siguiente a la fecha de realización de la fotografía o reproducción».

⁷⁷ En el ámbito de la UE hay varios países que diferencian entre obra fotográfica y simple fotografía. Se trata de Alemania, Finlandia, Dinamarca, Austria, Italia, Suecia y España. Junto a estos, Islandia y Noruega, parte del Espacio Económico Europeo, también lo hacen. En Alemania, el plazo de protección para la *simple* fotografía es de 50 años, y para la obra fotográfica de 70 años —art. 64 de la Ley de derecho de autor y derechos conexos de 9 de septiembre de 1965, *Urheberrechtsgesetz-UrhG*, *Bundesgesetzblatt* (Boletín Oficial Federal alemán) BGBl. I p. 1273, cuya última modificación se realizó por la Ley de 1 de septiembre de 2017, BGBl. I p. 3346—. Por su parte en Italia, conforme al art. 92 de la Ley núm. 633 de 22 de abril de 1941, sobre protección del derecho de autor y los derechos conexos —*Legge 22 aprile 1941*, n. 633 *sulla protezione del diritto d'autore e di altri diritti connessi al suo esercizio*. GU núm. 166, de 16 de julio de 1941, p. 2796—, el plazo de protección para las meras fotografías será de 20 años.

⁷⁸ *Vid.* VUOPALA, Anna, *Assessment of the Orphan works issue and Costs...* *loc. cit.* p. 30, y RODRÍGUEZ MORENO, Sofía, «La obra huérfana en el campo de la música y la fotografía... *op. cit.* p. 96.

procedimiento de búsqueda diligente desarrollado en el ROH, que habrá de ser doble, pues deberá realizarse una búsqueda independiente de posibles titulares para la fotografía contenida en las obras señaladas en el artículo 2.1, tal y como prevé el artículo 4 para las obras insertadas o incorporadas. De acuerdo con este último precepto citado, en primer lugar, será necesaria una búsqueda de los titulares de derechos de propiedad intelectual sobre el libro, periódico, revista que figuren en la colección de la entidad solicitante. Tal búsqueda no será libre, sino que habrá de atenerse al procedimiento previsto en el ROH que, para empezar, exigirá una primera consulta en la base de datos de obras huérfanas administrada por la Oficina de Propiedad Intelectual de la Unión Europea (*European Union Intellectual Property Office – EUIPO*)⁷⁹.

Si la consulta anterior es negativa, la búsqueda diligente habrá de continuar, al menos, utilizando las fuentes señaladas en el anexo del ROH. Para el caso de las fotografías —además de exigir la consulta de los medios previstos para libros publicados y periódicos, revistas, revistas especializadas y publicaciones periódicas⁸⁰— comprenderá las bases de datos de las pertinentes entidades de gestión colectiva, en particular las relacionadas con obras de artes plásticas, incluidas las entidades que gestionan los derechos de reproducción y de comunicación pública; las bases de datos de agencias fotográficas, cuando proceda, y el Registro General de la Propiedad Intelectual. Y con las fuentes señaladas, igualmente, se impone la obligación de consulta de las

⁷⁹ Art. 4.3 del ROH. La *Orphan Works Database* puede consultarse en: <https://euipo.europa.eu/orphanworks/>

⁸⁰ ANEXO sobre fuentes a consultar de conformidad con lo previsto en el art. 4.4 del ROH: «1. En el caso de libros publicados: a) el depósito legal, los catálogos de bibliotecas y los ficheros de autoridades mantenidos por bibliotecas y otras instituciones; b) las asociaciones de autores y editores del respectivo país; c) las bases de datos y los registros existentes, WATCH (denominación de «Writers, Artists and their Copyright Holders», base de datos en materia de derechos de autor para escritores, artistas y figuras prominentes en otros campos creativos), ISBN (Número Internacional Normalizado del Libro o «International Standard Book Number» según su denominación original en inglés) y las bases de datos de libros impresos; d) las bases de datos de las pertinentes entidades de gestión colectiva, en particular las entidades que gestionan los derechos de reproducción y de comunicación pública; e) las fuentes que integren múltiples bases de datos y registros, incluidos FAVI/VIAF (Fichero de Autoridades Virtual Internacional o «Virtual International Authority File» según su denominación en inglés) y ARROW (proyecto de registros accesibles e información de derechos sobre obras huérfanas o «Accessible Registries of Rights Information and Orphan Works» según su denominación en inglés); f) el Registro General de la Propiedad Intelectual. 2. En el caso de periódicos, revistas, revistas especializadas y publicaciones periódicas: a) el ISSN (Número Internacional Normalizado de Publicaciones Seriadas o «International Standard Serial Number» según su denominación en inglés) para publicaciones periódicas; b) los índices y catálogos de los fondos y las colecciones de bibliotecas; c) el depósito legal; d) las asociaciones de editores y las asociaciones de autores y periodistas del respectivo país; e) las bases de datos de las pertinentes entidades de gestión colectiva, incluidas las entidades que gestionan los derechos de reproducción y de comunicación pública; f) el Registro General de la Propiedad Intelectual [...]».

adicionales que estén disponibles en otros países en los que haya pruebas de la existencia de información sobre los titulares —art. 4.4 *in fine* del ROH—.

Concluido el proceso de búsqueda sin éxito, la entidad cultural beneficiaria deberá registrar todas las respuestas obtenidas⁸¹, enviando a la Autoridad nacional⁸² la información prevista en el artículo 4.7 del ROH⁸³, con su correspondiente registro en la base de datos de obras huérfanas de la EUIPO.

El procedimiento aquí descrito es complejo y lento, al tiempo que requiere de medios de los que no disponen las entidades interesadas en los usos previstos para las fotografías que puedan llegar a ser huérfanas por incorporación. De ello es consciente el propio legislador, y por ello dispone en el artículo 4.5 del ROH que la entidad que no cuente con los medios personales o materiales pueda delegar en otros la realización de la búsqueda, a quienes se podrá retribuir por el servicio.

A la dificultad señalada, han de añadirse los condicionantes de la diferenciación entre obra fotográfica y mera fotografía, que obligan a realizar una calificación previa que puede resultar más conservadora y precavida si la conclusión es considerar agotado el plazo de protección de una fotografía —por ejemplo, 25 años según el art. 128 del TRLPI para las meras fotografías en España—, y más arriesgada, dada la usual falta de información sobre el autor⁸⁴, considerarla obra huérfana por incorporación. En el primer caso, si resulta que la fotografía no era de dominio público, su reproducción implicará una infracción con la consecuente responsabilidad civil derivada, y el titular

⁸¹ En caso de no obtener respuesta de alguna de las fuentes, el silencio se entenderá negativo, y podrá registrarse a los tres meses de la petición.

⁸² Dirección General de Derechos Culturales del Ministerio de Cultura, Subdirección General de Propiedad intelectual. En febrero de 2024 se presentó el Proyecto de Ley de creación de la Oficina Española de Derechos de Autor y Conexos, O.A. (121/000013), que está pendiente de aprobación —BOCG, Congreso de los Diputados, núm. A-13-1 de 8 de marzo de 2024, p. 1—, y por el que se crea un organismo autónomo de los previstos en los artículos 84.1 a) 1 y 98 de la Ley 40/2015, con personalidad jurídica propia y capacidad de obrar para el cumplimiento de sus fines.

⁸³ «a) Denominación de la obra. b) Fechas de la búsqueda y denominación de las fuentes de información consultadas. c) La información prevista para estos casos en el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, y que abarca: 1.º Los resultados de las búsquedas diligentes que hayan efectuado y que hayan llevado a la conclusión de que una obra o un fonograma debe considerarse obra huérfana. 2.º El uso que la entidad beneficiaria hace de las obras huérfanas de conformidad con lo señalado en el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual. 3.º Cualquier cambio en la condición de obra huérfana de las obras y los fonogramas que utilicen. 4.º La información de contacto pertinente de la entidad beneficiaria en cuestión».

⁸⁴ Junto a otras causas de desconocimiento del autor de la fotografía ya apuntadas en este trabajo, ahora señalo la cada vez más frecuente utilización editorial de fotografías que se encuentran en bancos de imágenes *online*, y de las que en la publicación sólo aparece una simple reserva de derechos sin más información.

legitimado tendrá 5 años para reclamar los daños y perjuicios derivados⁸⁵. En cambio, en cualquier momento puede aparecer el autor o titular de los derechos sobre la fotografía considerada huérfana, lo que supondrá el fin de tal condición siempre que resulte acreditada la titularidad y se comunique la Autoridad nacional. Aquí la indemnización consiste en la compensación equitativa contemplada en el artículo 7 del ROH, cuya demanda no estará sujeta a plazo de prescripción, y comprenderá el uso de la fotografía desde que fue declarada huérfana por incorporación hasta su reclamación. A falta de acuerdo entre la entidad beneficiaria y el titular de los derechos, la cuantía en este supuesto será determinada por la Autoridad Nacional, previo informe de la Sección Primera de la Comisión de Propiedad Intelectual⁸⁶.

El procedimiento aquí descrito ha sido determinante para concluir la falta de éxito de la DOH, de su transposición en el TRLPI, y posterior desarrollo en el ROH. Desde la publicación de la norma europea en 2012 hasta agosto de 2024, solo se han inscrito en el registro de obras huérfanas 6.509 obras, y ninguna de ellas por iniciativa de las instituciones españolas⁸⁷.

El Grupo de Trabajo de Estrategia Nacional de Digitalización⁸⁸ centra en dos motivos la falta de éxito de la regulación de las obras huérfanas. El primero, tal y como acabamos de anticipar, tiene que ver con la dificultad de realización de la búsqueda diligente en base al procedimiento descrito. Dificultad que no solo tiene que ver con el número de fuentes a consultar, sino también con la indeterminación de estas y su carácter contingente, tal y como ocurre con «bases de datos y registros existentes» a las que se

⁸⁵ Art. 140.3 del TRLPI.

⁸⁶ Para ello habrán de considerarse las condiciones del art. 7 2.º del ROH: «a) el uso efectivamente realizado de la obra huérfana; b) la naturaleza no comercial de la utilización realizada por las entidades beneficiarias con el fin de alcanzar los objetivos relacionados con su misión de interés público, como el fomento del estudio o la difusión de la cultura; c) así como el posible perjuicio causado a los titulares de derechos». Frente a esto, en caso de infracción del derecho de autor, la indemnización por daños y perjuicios, a elección del perjudicado, será cuantificada según: «a) Las consecuencias económicas negativas, entre ellas la pérdida de beneficios que haya sufrido la parte perjudicada y los beneficios que el infractor haya obtenido por la utilización ilícita. En el caso de daño moral procederá su indemnización, aun no probada la existencia de perjuicio económico. Para su valoración se atenderá a las circunstancias de la infracción, gravedad de la lesión y grado de difusión ilícita de la obra. b) La cantidad que como remuneración hubiera percibido el perjudicado, si el infractor hubiera pedido autorización para utilizar el derecho de propiedad intelectual en cuestión» —art. 140.2 del TRLPI—.

⁸⁷ Vid. CORDAL ELVIRO, Julio (Coord.), *et. al.*, *Guía de Propiedad intelectual para proyectos de digitalización de patrimonio bibliográfico*, Grupo de Trabajo de Estrategia Nacional de Digitalización, 2025, pp. 64 y 65.

⁸⁸ Está conformado por representantes del Ministerio de Cultura, Biblioteca Nacional, y de las Comunidades Autónomas de Andalucía, Castilla-La Mancha, Castilla y León, Galicia, Islas Baleares, Madrid, la CTC Bibliotecas Universitarias REBIUN y la Biblioteca Diocesana de Córdoba. *Ibid. loc. cit.*

refiere el anexo del ROH y de las que no señala cuáles son, junto al hecho de que pueden cambiar.

Y, el segundo motivo del fracaso al que apunta el Grupo de Trabajo es que las entidades beneficiarias asumen el riesgo de la compensación por el uso en el caso de que aparezca el titular de los derechos de la obra usada como huérfana. Esta razón, es a nuestro criterio, más relevante, pues prever un pago retroactivo sin límite de tiempo —desde que se declaró huérfana la obra—, y que tal pago contemple, entre otros condicionantes, el posible perjuicio del autor, provocan que la declaración de obra huérfana por incorporación y su posterior digitalización sean una opción poco atractiva para entidades que no persiguen un beneficio económico.

3. SUCESIÓN EN EL TIEMPO DE LAS NORMAS DE PROTECCIÓN DE LA FOTOGRAFÍA

Presupuesto de la declaración de orfandad —nunca de una fotografía considerada independiente— es que la obra no esté en el dominio público «intelectual»⁸⁹, que en los términos del artículo 41 del TRLPI implica la extinción de los derechos exclusivos de explotación sobre la obra por el transcurso del plazo previsto, de tal modo que cualquiera podrá distribuirla, copiarla, comunicarla y transformarla. Por tanto, la fotografía de dominio público podrá ser usada por cualquiera, uso que podrá ser lucrativo⁹⁰. No obstante, el precepto señalado prevé que la obra seguirá estando sujeta a los derechos contemplados en el artículo 14, apartados 3.º y 4.º, de tal modo que deberá ser siempre respetada la autoría y su integridad⁹¹. El reconocimiento de la autoría, o paternidad será imprescriptible, correspondiendo su ejercicio a quienes expresamente hubiera designado el autor o sus causahabientes y, a falta de éstos, el Estado, las Comunidades Autónomas, las Corporaciones locales y las instituciones públicas de carácter cultural —art. 16 del TRLPI—. Las mismas personas estarán legitimadas para exigir el respeto a la integridad con el objetivo de impedir cualquier

⁸⁹ La referencia a «dominio público» nada tiene que ver con el concepto del Derecho administrativo. Con carácter general puede entenderse el Derecho de autor como temporal en cuanto a sus facultades patrimoniales, en la búsqueda de equilibrio entre los intereses del autor y sus causahabientes, y el derecho a la cultura que tiene la sociedad. *Vid.* RAGEL SÁNCHEZ, Luis Felipe, «I. La propiedad intelectual como propiedad temporal», en ROGEL VIDE, Carlos (Coord.), *La duración de la propiedad intelectual y las obras en dominio público*, Reus, Madrid, 2005, p. 29.

⁹⁰ Por ejemplo, será posible la digitalización, edición y transformación de la fotografía para su reproducción y distribución en la publicación de un fotolibro, o como ilustración de acontecimientos en cualquier acto de comunicación pública.

⁹¹ Sin olvidar que el derecho al inédito, esto es, a divulgar la obra, que está contemplado en el apartado primero del art. 14, también podrá sobrevivir al autor durante 70 años —art. 15.2 del TRLPI—.

deformación⁹², modificación, alteración o atentado contra la fotografía que suponga un perjuicio o menoscabo a la reputación del fotógrafo.

Deteniéndonos mínimamente en el derecho a la integridad, como actos típicos en contra hallaremos recortes, reencuadres y el procesado tonal de las fotografías. Típicamente, tal procesado consistirá en cambios en la exposición, contraste general, sombras, color, o blancos y negros separadamente, que el autor de la fotografía habrá considerado en función del resultado que pretenda y se ajustará a un modo de hacer que, de ser cambiado, podría afectar a la apreciación de su obra. El positivado en la fotografía de base química, o el revelado digital con el software apropiado, es una parte importante del proceso creativo fotográfico cuya alteración supondrá su desnaturalización intelectual⁹³.

La fotografía se presentó al mundo en 1839 como daguerrotipo, así que nos centraremos en las normas que a partir de ese momento regulan el alcance de su protección y duración; la relación existente entre ellas en cuanto a su ámbito de aplicación temporal, y las correspondientes disposiciones de derecho transitorio que se han ido sucediendo. Y, como ocurre con el resto de las creaciones intelectuales objeto de las normas señaladas, la duración de los derechos de explotación es limitada. No han faltado defensores de un plazo de duración ilimitado como ocurre con la propiedad ordinaria y, salvo una honrosa y efímera excepción⁹⁴, siempre se han configurado como prescriptibles, si bien de forma generosa⁹⁵. Precisamente en el análisis del interés público sobre el Derecho de autor en general, ha sobrevolado siempre la necesidad de que la especial visión del autor acabe siendo de dominio público⁹⁶.

⁹² Vid. Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Lleida, de 31 enero (JUR 2017\179176), y SAP de Lleida, de 18 octubre de 2018 (AC 2018\1936).

⁹³ Vid. BONDÍA ROMÁN, Fernando, «Los derechos sobre las fotografías y sus limitaciones» ... *op. cit.*, p. 1077.

⁹⁴ Citado por YZQUIERDO TOLSADA, el Decreto de 23 de agosto de 1823 —si bien la fotografía aún no se había presentado— igualó en plazo la propiedad intelectual con la ordinaria, dándole un carácter perpetuo. Sin embargo, repuesto Fernando VII en octubre de ese mismo año, se derogaron todas las disposiciones del trienio constitucional. Vid. YZQUIERDO TOLSADA, Mariano, «II. La duración del derecho de autor», en ROGEL VIDE, Carlos (Coord.), *La duración de la propiedad intelectual y las obras en dominio público*, Reus, Madrid, 2005, p. 35.

⁹⁵ Anticipamos que el plazo de duración general previsto en nuestras normas siempre ha estado por encima de los estándares internacionales, de tal modo que se ha previsto que las obras estén protegidas durante toda la vida del autor y, como mínimo, sesenta años más después de su muerte.

⁹⁶ Vid. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, «2.6. Duración del derecho de autor», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, y GONZÁLEZ GOZALO, Alfonso (Coords.), *Manual de Propiedad Intelectual*, Tirant lo Blanch, Valencia, 10.ª ed., 2023, p. 25.

Por tanto, nos vamos a centrar en el régimen de duración de los derechos de autor sobre la fotografía, que veremos no es el contemplado con carácter general para todas las creaciones. Los derechos previstos en una norma se extenderán y convivirán con las exigencias de nuevas previsiones normativas sujetas a valores y necesidades acordes a la realidad social y tecnológica de cada momento, algo especialmente relevante en el caso de la fotografía.

Proponemos inicialmente, pues, una aproximación a las disposiciones de derecho transitorio que han ido dictándose, y en especial, a la aplicación retroactiva de algunas de sus previsiones. Y fijado el plazo que corresponda según la norma aplicable, podremos determinar si ha transcurrido o no, así como si todavía queda algún derecho de autor sin extinguir para que la obra pasa a ser de dominio público. Para abordar la concreción temporal de la norma aplicable siguiendo los designios del derecho transitorio español, nos centraremos en lo que ocurre con todas las fotografías tomadas antes de 1987. Hasta ese año, estuvo vigente la Ley de 10 de enero de 1879 de Propiedad Intelectual⁹⁷ (en adelante LPI de 1879), desarrollada en el Real Decreto de 3 de septiembre de 1880 por el que se aprueba su Reglamento⁹⁸ (en adelante Reglamento LPI), que incluye por primera vez a la fotografía⁹⁹ —inventada cuarenta años antes¹⁰⁰— entre las obras sujetas a derecho de autor.

Ciento ocho años después, la Ley 22/1987, de 11 de noviembre, de Propiedad Intelectual¹⁰¹ (en adelante LPI de 1987), como no podía ser de otro modo, mantuvo la protección de la fotografía, pero lo hizo instaurando un sistema dual inexistente en la regulación anterior. Reguló la LPI de 1987 en su artículo 118 —único del Título V— las «meras fotografías» con un notable recorte de derechos en comparación con la regulación previa. Vigente esta última norma, y reflejo de un constante cambio auspiciado por los desarrollos tecnológicos continuos y las necesidades de la hoy Unión

⁹⁷ Gaceta de Madrid núm. 12, de 12 de enero de 1879.

⁹⁸ Gaceta de Madrid núm. 250, de 6 de septiembre de 1880.

⁹⁹ Combinando las palabras luz y escritura en griego, es el matemático inglés JOHN HERSCHEL el que bautiza el procedimiento como fotografía. NIÉPCE denominó al resultado heliografía, y para TALBOT era calotipo o dibujo fotogénico. Vid. SOUGEZ, Marie Loup, *Historia de la Fotografía*, Cátedra, Madrid, 12.ª ed., 2011, p. 55, y BAJAC, Quentin, *La Invención de la Fotografía. La imagen Revelada*, (L'image révélée. L'invention de la Photographie), traducción de CANTENYS FÉLEZ, E. M., Blume, Barcelona, 2015, p. 23

¹⁰⁰ El 7 de enero de 1839, FRANÇOIS ARAGO presentó la invención en la Academia de las Ciencias de París. Vid. el DIARIO DE BARCELONA, de 26 de enero de 1839, pp. 350 y 351. El 19 de agosto de ese año, y en el mismo lugar, estando invitados miembros de la Academia de Bellas Artes, ARAGO —en discurso improvisado por sus conocimientos técnicos—, explica el procedimiento que ofrece al mundo sin saber que había sido patentado por Daguerre cinco días antes en Inglaterra. Vid. SOUGEZ, Marie Loup, *Historia...*, op. cit., p. 54.

¹⁰¹ BOE núm. 275 de 17 de noviembre de 1987.

Europea, se producen diferentes reformas con incorporación de Directivas comunitarias a través de leyes especiales¹⁰². Estas modificaciones acaban recogidas en el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (TRLPI). Las reformas no cesaron en 1996, y fiel reflejo del carácter dinámico de la materia que nos ocupa, es que hasta la fecha el TRLPI ha sido modificado en dieciocho ocasiones¹⁰³.

Tres son, pues, los hitos normativos que hemos de tener en cuenta: las leyes de 1879, 1987 y 1996, en las que advertimos tres diferencias notables en el tratamiento de la fotografía como objeto de propiedad intelectual. La primera es la referida al plazo de protección previsto, esto es, el tiempo que ha de transcurrir para considerar la fotografía como de dominio público y, por ende, que ya no esté sometida a derechos exclusivos de explotación. La segunda es el reconocimiento de los derechos morales; inexistente con carácter general en 1879, y admitido en la LPI de 1987, si bien con matices según la consideración de obra fotográfica o mera fotografía. Y la tercera, y última diferencia, en relación con la obligatoriedad o no de la inscripción registral para el reconocimiento de los derechos de explotación.

Junto a las normas citadas, y habida cuenta su preferente aplicación¹⁰⁴, se impone el estudio previo del Convenio de Berna para la protección de las obras literarias y

¹⁰² Ley 20/1992, de 7 de julio (BOE núm. 168 de 14 de julio de 1992); Ley 16/1993, de 23 de diciembre (BOE núm. 307 de 24 de diciembre de 1993, de incorporación al Derecho español de la Directiva 91/250/CEE, de 14 de mayo de 1991, sobre la protección jurídica de programas de ordenador); Ley 43/1994, de 30 de diciembre (BOE núm. 313 de 30 de diciembre de 1994, de incorporación al Derecho español de la Directiva 92/100/CEE, de 19 de noviembre de 1992, sobre derechos de alquiler y préstamo y otros derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la propiedad intelectual); Ley 27/1995, de 11 de octubre (BOE núm. 245 de 11 de octubre de 1995, Ley 27/1995 de incorporación al derecho español de la Directiva 93/98/CEE del Consejo, de 29 de octubre de 1993, relativa a la armonización del plazo de protección del derecho de autor y de determinados derechos afines), y la Ley 28/1995 de 11 de octubre (BOE núm. 245 de 11 de octubre de 1995, Ley 28/1995 de incorporación al derecho español de la Directiva 93/83/CEE del Consejo, de 27 de septiembre de 1993, sobre coordinación de determinadas disposiciones relativas a los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la radiodifusión vía satélite y de la distribución por cable).

¹⁰³ La última operada por Real Decreto-Ley 24/2021, de 2 de noviembre (BOE núm. 263, de 3 de noviembre de 2021).

¹⁰⁴ El art. 96 de la Constitución Española de 1978 (CE), apartado primero, prevé que las disposiciones contenidas en los tratados «sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho Internacional». La previsión transcrita da *una peculiar resistencia* al convenio internacional algo que está, además, refrendado en la Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de Tratados y otros Acuerdos Internacionales, BOE núm. 288 de 28 de noviembre de 2014. Concretamente en el artículo 31 de la LT, al prever que: «Las normas jurídicas contenidas en los tratados internacionales válidamente celebrados y publicados oficialmente prevalecerán sobre cualquier otra norma del ordenamiento interno en caso de conflicto con ellas, salvo las normas de rango constitucional». Vid. MEDINA GUERRERO, Manuel, «Constitución y Orden

artísticas de 1886, Acta de Revisión de París, de 24 de julio de 1971, en adelante «Convenio de Berna»¹⁰⁵.

3.1. El Convenio de Berna de 1886 y plazo de protección

Concluido el 9 de septiembre de 1886, es la norma internacional más antigua que regula los derechos de autor. Si consideramos el marcado carácter territorial de las soluciones, la inclusión en este instrumento de «normas convencionales»¹⁰⁶ dirigidas a reglamentar derecho material, impuso a los países miembros la obligación de legislar según sus previsiones o, en su caso, aplicarlo como régimen común y directo. En la adopción¹⁰⁷ participaron Alemania, Bélgica, España, Francia, Gran Bretaña, Haití, Italia, Liberia, Suiza y Túnez, constituyendo una Unión de Estados denominada la «Unión de Berna para la protección de los derechos de los autores sobre sus obras literarias y artísticas». Esta Unión actualmente está integrada en la actual Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI o WIPO) de la Organización de las Naciones Unidas¹⁰⁸.

La fotografía está contemplada en su ámbito de aplicación material como obra sujeta a derecho de autor a partir de la revisión de Berlín de 1908. Desde entonces, el Convenio de Berna incluye en su artículo 2 a «las obras fotográficas a las cuales se asimilan las expresadas por procedimiento análogo a la fotografía». No obstante, tratada así la fotografía, esto es, como al resto de obras artísticas, su protección material es menor. Y ello porque el plazo de protección mínimo de 50 años *post mortem auctoris* (en adelante p.m.a.) previsto en el artículo 7.1, se reduce a 25 años en el apartado 4.º para las fotografías, admitiendo en ambos casos que cada país parte pueda prever plazos

internacional», en LÓPEZ GUERRA, Luis y ESPÍN, Eduardo (Dir.), *Manual de Derecho Constitucional. La Constitución y las fuentes del Derecho. Derechos Fundamentales y garantías*, Tirant lo Blanch, Valencia, vol. I, 2022, p. 105.

¹⁰⁵ BOE núms. 81, de 4 de abril de 1974, y 260, de 30 de octubre de 1974. En España se aplica desde el 8 de septiembre de 1897.

¹⁰⁶ Conforme a la clasificación que realiza MASOUYÉ, el convenio de Berna contiene dos categorías de disposiciones: las sustantivas o de fondo, y las administrativas que tienen que ver con aspectos estructurales. Las primeras, a su vez, las divide en normas convencionales y normas de remisión, siendo las convencionales aquellas «cuya finalidad es resolver los problemas que plantea la explotación internacional de las obras» aplicables directamente en todos los países signatarios. *Vid.* MASOUYÉ, Claude, *Guía del Convenio de Berna*, OMPI, Ginebra, 1978, p. 5.

¹⁰⁷ *Vid.* acerca del origen y posterior desarrollo del Convenio, RICKETSON, Sam y GINSBURG, Jane C., *International copyright and neighbouring rights. The Berne Convention and beyond*, Oxford, vol. I, 2006, pp. 41 a 84.

¹⁰⁸ Esta última se creó en 1967, con sede en Ginebra cuenta con 193 estados miembros, que están representados en los órganos de decisión y de negociación, desde los rectores (Asamblea General, Comité de Coordinación y la Conferencia), y destacando el Comité Permanente sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos (SCCR).

superiores, como así lo había hecho siete años antes la Ley española de 1879¹⁰⁹. Generosa nuestra norma patria en el régimen de duración, no lo fue en cuanto al reconocimiento, junto a los derechos patrimoniales, de los derechos morales, algo que si hizo el Convenio de Berna a partir de la revisión de Roma de 1928 en su artículo 6 bis¹¹⁰.

3.2 La LPI de 1879, condiciones y plazo de protección de las fotografías

El Reglamento de la LPI de 1879 reconoce por primera vez a la fotografía como objeto de protección del Derecho de autor, y la incluye expresamente en el listado abierto de su artículo 1¹¹¹. El plazo de protección —sin incluir los derechos morales¹¹²—, comprendía toda la vida del autor, y se transmitía a sus sucesores durante 80 años¹¹³, período del que se beneficiaban quienes hubieran adquirido los derechos durante la vida del creador. Y si el autor había dejado herederos forzosos, el plazo era compartido entre los titulares derivativos y aquéllos; 25 años para los primeros y 55 años para los segundos¹¹⁴.

¹⁰⁹ Concretamente toda la vida del autor, más 80 años después de su muerte, como plazo general que incluyó a las fotografías sin distinciones.

¹¹⁰ Art. 6 bis del Convenio de Berna: ««[Derechos morales: 1. Derecho de reivindicar la paternidad de la obra; derecho de oponerse a algunas modificaciones de la obra y a otros atentados a la misma; 2. Después de la muerte del autor; 3. Medios procesales] 1) 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. 2) Los derechos reconocidos al autor en virtud del párrafo 1) serán mantenidos después de su muerte, por lo menos hasta la extinción de sus derechos patrimoniales, y ejercidos por las personas o instituciones a las que la legislación nacional del país en que se reclame la protección reconozca derechos. Sin embargo, los países cuya legislación en vigor en el momento de la ratificación de la presente Acta o de la adhesión a la misma, no contenga disposiciones relativas a la protección después de la muerte del autor de todos los derechos reconocidos en virtud del párrafo 1) anterior, tienen la facultad de establecer que alguno o algunos de esos derechos no serán mantenidos después de la muerte del autor. 3) Los medios procesales para la defensa de los derechos reconocidos en este artículo estarán regidos por la legislación del país en el que se reclame la protección»».

¹¹¹ Art. 1 del Reglamento LPI: «Se entenderá por obras, para los efectos de la Ley de Propiedad Intelectual, todas las que se producen y puedan publicarse por los procedimientos de la escritura, el dibujo, la imprenta, la pintura, el grabado, la litografía, la estampación, la autografía, la fotografía o cualquier otro de los sistemas impresores o reproductores conocidos o que se inventen en lo sucesivo».

¹¹² RAGEL, citando al profesor Carlos ROGEL, pone de relieve que para la mayoría de la doctrina los derechos morales no son derechos de la personalidad. Sustenta esta afirmación en que la potencial creatividad de las personas no siempre se lleva a efecto —aun a pesar de que reconoce de que todos alguna vez hemos realizado algo que pueda considerarse creativo, y en lo que nos concierne, ¿Quién no ha hecho alguna vez una fotografía?—, *vid.* RAGEL SÁNCHEZ, Luis Felipe, «I. La propiedad intelectual como propiedad temporal» ... *op. cit.*, p. 22.

¹¹³ Computados de fecha a fecha según lo previsto en el art. 5 del Código Civil (C.c.)

¹¹⁴ *Vid.* art. 6 de la Ley de 1879.

Por tanto, una fotografía tomada después de 1879 y hasta 1987 (fallecido el autor en diciembre de este último año), estaba amparada por un plazo de 80 años p.m.a., pero condicionado al cumplimiento de la obligación de inscripción en el Registro de la Propiedad Intelectual que imponía el importante artículo 36 de la LPI de 1879 —desarrollado en el capítulo V del Reglamento—, así como la nueva publicación de la obra transcurridos 20 años —art. 40¹¹⁵ también de la LPI de 1879—. El autor venía obligado a realizar la inscripción dentro del primer año desde la divulgación de la obra, perdiendo los beneficios de la Ley en caso contrario. A partir de ese momento la creación sería considerada de dominio público provisional o «transitorio», y durante 10 años¹¹⁶ cualquiera la podía publicar. Al finalizar este primer período, la ley concedía una nueva oportunidad de registro en el plazo de 1 año, transcurrido el cual la obra pasaba al dominio público definitivo¹¹⁷.

La inscripción en el Registro de la Propiedad Intelectual impuesta en el s. XIX, considerando la evolución técnica de la fotografía, devino incompatible con los nuevos usos que empezaban a demandarse a principios del XX. El artículo 22 del Reglamento de 1880 exigía, entre otros requisitos¹¹⁸, una declaración justificativa y la presentación en el registro de tres ejemplares de la obra que se pretendiera inscribir para disfrutar de la protección de la Ley. Estas exigencias eran de imposible cumplimiento para los fotógrafos dependientes de la celeridad impuesta por los diarios de noticias de la época.

En ese contexto, ANTONIO CÁNOVAS VALLEJO, fotógrafo conocido como *Kaulak*, había conseguido la promulgación de la Real Orden de 6 de septiembre de 1911¹¹⁹, —por la que se impuso la obligación de hacer constar la autoría a los que reproducían las obras fotográficas— y pedía al Ministerio de Instrucción Pública y Bellas Artes de la época,

¹¹⁵ Era necesaria la previa denuncia en el Registro de la Propiedad, que servía de aviso al propietario que a partir de ese momento dispondría de un año para proceder a la nueva publicación.

¹¹⁶ Se trataba de un dominio público provisional o transitorio.

¹¹⁷ *Vid.* arts. 38 a 44 de la LPI de 1879, sección que lleva por rúbrica «Reglas de caducidad».

¹¹⁸ «1. Una declaración en papel de hilo, firmada por el interesado, en el que se haga constar la naturaleza de la obra y de sus circunstancias, y el concepto legal bajo el cual se solicita la inscripción. 2. Tres ejemplares de la obra o de la parte de la obra que se pretenda inscribir, o uno sólo manuscrito de la parte literaria, y otro de igual clase de las melodías con su bajo correspondiente en su parte musical, cuando se trate del caso marcado en el artículo 38 de la Ley. 3. Para ser admitidos en el Registro, tanto los ejemplares de las obras relacionadas como las colecciones periódicas, deberán presentarse sencillamente encuadernadas, firmadas las portadas o el primer número por el propietario o su representante en el acto de la inscripción, y rubricados o sellados cada uno de los pliegos o números de que conste. No se admitirán en el registro las entregas o cuadernos de obras en publicación mientras no formen un tomo. 4. La cédula de vecindad y la copia legalizada del poder o de la autorización simple escrita si la declaración se firma a nombre de otro».

¹¹⁹ GACETA DE MADRID núm. 249, de 6 de septiembre de 1911, pp. 606 y 607.

que se exceptuara al autor de una fotografía de cumplir con las formalidades de registro, al igual que se establecía para otras obras artísticas en el artículo 37 de la LPI de 1879¹²⁰.

Esas otras obras artísticas a las que se refería CÁNOVAS eran, «los cuadros, las estatuas, los bajos y altos relieves, los modelos de arquitectura o topografía, y en general todas las obras del arte pictórico, escultural o plástico». Y, si esta petición se planteaba en los años veinte del siglo XX, período en el que estaba clara la obligación de inscripción de las fotografías¹²¹, llama la atención la interpretación contemporánea que se hace de las excepciones a la obligación de registro por parte de algunos jueces y doctrina. Empezando por la doctrina —claramente inspirada en la jurisprudencia menor—, algún autor equipara a la fotografía las obras plásticas¹²², y la entiende comprendida en las obras de arte exceptuadas de la inscripción en el Registro de la Propiedad Intelectual. De este modo, llegada a nuestros días una fotografía anterior a la Ley de 1987 siempre estará protegida conforme a la LPI de 1879, estuviera, o no, registrada. Y para llegar a esa conclusión, además, utiliza dos argumentos *a fortiori*. El primero de ellos es que considera que la excepción se repite en el artículo 28 del Reglamento de la LPI que, sin

¹²⁰ Vid. CÁNOVAS VALLEJO, Antonio, «La Propiedad Fotográfica», *El Progreso Fotográfico*, Año X, 1929, pp. 5 a 11.

¹²¹ La Real Orden de 28 de agosto de 1924 resolvió un expediente en el que el promotor solicitaba su reconocimiento como autor de una obra de zoología y, en lo que nos ocupa, de las obras fotográficas que contenía y que había realizado otra persona. Vid. BONDÍA ROMÁN, Fernando, «Los derechos sobre las fotografías y sus limitaciones» ... op. cit., p. 1074. Con ocasión del estudio de la misma resolución, Coca y Munar, subrayan la diferencia existente entre la solución de la Real Orden, que deja sin derechos al realizador de la fotografía, y la previsión del artículo 118 de la LPI de 1987, en la que es expresamente protegido. Vid. COCA PAYERAS, Miquel y MUNAR BERNAT, Pedro Antonio, «Comentario al artículo 128», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (Coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Tecnos, Madrid, 1.ª ed. 1989, p. 1594, *apud* VALERO MARTÍN, Eva, *Obras fotográficas y meras fotografías*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 35.

¹²² Interpretadas las normas decimonónicas a la luz de parámetros actuales, rápidamente se advierte un tratamiento diverso entre las obras plásticas y las fotografías. Para el TRLPI la fotografía no es una obra plástica. Así, por ejemplo, aparecen diferenciadas en el art. 56 que regula la transmisión de derechos a los propietarios del soporte material. En particular, al prever el derecho de exposición pública diferencia entre el «original de una obra de artes plásticas o de una obra fotográfica», distinción que también realiza el propio art. 10 del TRLPI que los regula como objetos de protección diferenciados. Por un lado, en el ap. e) «Las esculturas y las obras de pintura, dibujo, grabado, litografía y las historietas gráficas, tebeos o comics, así como sus ensayos o bocetos y las demás obras plásticas, sean o no aplicadas», y el ap. h) para «Las obras fotográficas y las expresadas por procedimiento análogo a la fotografía». Sin embargo, hay autores como Casas que, a pesar de la diferenciación legal, consideran que son «obras plásticas» las mencionadas en otros apartados, entre ellas las fotográficas, además de otras que no menciona el art. 10 y a las que atribuye tal carácter, como edificios y construcciones. Cfr. CASAS VALLÉS, Ramón, «La protección de los artistas plásticos en el derecho español», en DELGADO, Antonio y NAVARRO, Juan (Coords.), *I Congreso Iberoamericano de Propiedad Intelectual. Derecho de autor y derechos conexos en los umbrales del año 2000*, Ministerio de Cultura. Secretaría General Técnica, Madrid, Tomo I, 1991, p. 261.

embargo, expresamente prevé la obligatoria inscripción de «obras de índole artística» no excluidas expresamente en el artículo 37 de la Ley, tal y como ocurre con la fotografía¹²³.

El segundo argumento es la defensa de la aplicación directa del artículo 5.2 del Convenio de Berna, entendiendo que de su tenor se deriva la eliminación de la formalidad de inscripción registral para el goce de los derechos de autor. A nuestro entender ambos argumentos decaen por la propia literalidad y ámbito de aplicación de los preceptos que se señalan, en especial el último, que parece extender a todas las obras, cuando claramente se dedica a su protección en un país distinto al de su origen. Así las cosas, si en el país de origen se protegía a una fotografía sin necesidad de que se inscribiera en ningún registro, tal protección debía aplicarse en nuestro territorio sin que tampoco aquí procediera la inscripción, aún a pesar de las previsiones de la LPI de 1879 y su reglamento de desarrollo. Ciertamente se situaba en una clara desventaja a los autores patrios a los que se impondría el registro, frente a los extranjeros en cuyos ordenamientos faltara el requisito formal del que venimos tratando.

Decíamos, asimismo, que para aplicar la excepción del artículo 37 de la LPI de 1879, alguna jurisprudencia menor había equiparado la fotografía a la obra plástica. Así acontece en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 13 de junio de 2012¹²⁴. El ponente distingue entre el nacimiento del derecho a la propiedad intelectual —para el que estima que no es necesaria la inscripción—, y el goce de los beneficios reconocidos por la ley, en cuyo caso equipara las fotografías a las obras plásticas, con el objetivo de evitar su necesaria inscripción en el registro. Al mismo tiempo, la sentencia citada, aporta los dos argumentos que no compartimos y que ya hemos tratado acerca de la pretendida reiteración del artículo 28 del Reglamento y la interpretación que se hace del artículo 5.2 del Convenio de Berna¹²⁵.

¹²³ Cfr. HERNANDO COLLAZOS, Isabel, «Patrimonio fotográfico. Originalidad y dominio público. Una aproximación desde el Derecho de autor en España», *Revista sobre Patrimonio Cultural: Regulación, Propiedad Intelectual e Industrial*, num. 2, 2013, pp. 77 y 78.

¹²⁴ JUR\2012\294371, citada por la SAP de Valencia, de 1 de febrero de 2018 (AC\2018\712), también la SAP de Las Palmas sección 5ª, de 18 de marzo de 2011 (AC\2011\1795).

¹²⁵ No hay más que una aplicación analógica de un precepto de la Ley —art. 37 LPI de 1879— que no se sustenta en más explicación que la falta de mención de la fotografía en la norma, sin atender a su naturaleza especial y diferencias básicas con respecto a las obras plásticas en general. Y en cuanto a la aplicación directa del artículo 5.2 del Convenio de Berna, parece desconocerse su ámbito de aplicación personal tras la revisión de Berlín de 1908 —entonces art. 4 del Convenio, hoy art. 5—, tal y como en su día pusiera de relieve Valero. *Vid.* VALERO MARTÍN, Eva, *Obras fotográficas... op. cit.*, p. 32; asimismo, *vid.* Acta de Berlín de 1908, que se puede consultar en <https://www.wipo.int/wipolex/es/text/278699>, p. 315.

El caso es que, si bien no sirven los razonamientos anteriores para eximir a la fotografía de la vieja obligación del registro, al tratar la reforma de 1987 comprobaremos que la aplicación retroactiva de alguna de sus disposiciones nos llevará a admitir la protección sin la mentada inscripción registral. Lo que no empece a la necesaria cita que hemos realizado de la doctrina y jurisprudencia anterior en cuanto a la equiparación pretendida entre obra plástica y fotografía. Danvila¹²⁶, al comentar el artículo 37 de la LPI de 1879, aclaró que «no todas las obras del arte están obligadas al requisito del registro», y «las obras del arte pictórico, escultural o plástico, se encuentran en aquel caso» *por la dificultad de duplicarlos*. Esta es la última *ratio* de la exclusión, que no es otra que la confusión entre el *corpus mysticum* y el *corpus mechanicum* en las obras plásticas, y muy tempranamente en el daguerrotipo como técnica fotográfica sin posibilidad de copia. Es, al fin, partir de la tradicional distinción entre creación intelectual y el soporte que la contiene, en cuanto a la posibilidad de que el *corpus mysticum* —o lo que es lo mismo, el *bien inmaterial*— pueda ser repetido de forma ilimitada como *corpus mechanicum* —cosa material—, y disfrutado por un número indeterminado de personas¹²⁷.

Una obra pictórica o una escultura son únicas, como también lo son todos y cada uno de los daguerrotipos realizados desde 1839, en cuanto originales irrepetibles. Este primer procedimiento fotográfico estaba condicionado por la obtención de una imagen única soportada en una placa tratada químicamente para captar y dejar impresa la luz, y ofrecía como resultado el llamado *daguerrotipo*, posteriormente bautizado como fotografía. Sin necesidad de la aplicación de la Ley de 1987, con respecto al daguerrotipo admitiríamos la comparación con las obras plásticas, si bien en este caso el resultado se consigue a través de un procedimiento puramente mecánico como es la fotografía, diferencia ésta que puede afectar a su consideración final como obra sujeta, y que trasciende el objeto de este estudio. Pero, la fotografía como tal, y desde el principio debido a procedimientos como el Calotipo¹²⁸, admitió la obtención ilimitada

¹²⁶ Vid. DANVILA Y COLLADO, Manuel, *La propiedad intelectual*, Madrid, 1882, pp. 600 y 601.

¹²⁷ VALDÉS, trae a colación un sugerente ejemplo de la antigüedad. Con cita de Séneca, se refiere a la disputa sobre un libro entre el librero Dorus y Cicerón. Los libros pertenecen a Cicerón, y Dorus también los considera suyos, y «la verdad está en los lados», pues uno es autor y el otro el propietario de los libros. Hay, por tanto, dos modos de pertenencia. Vid. VALDÉS DÍAS, Caridad del Carmen, «I. Las obras del espíritu y su continente. arquetipo, prototipo, bocetos... *op. cit.* p. 13.

¹²⁸ Calotipos o dibujos fotogénicos para William Henry Fox Talbot, inventor coetáneo de Daguerre. Fue el astrónomo y matemático inglés John Herschel, el que se refirió al procedimiento como «fotografía» en el mismo año de su presentación, en combinación de las palabras griegas para luz y escritura. También se atribuyen a Herschel los términos «positivo» y «negativo», con relación al importante proceso de Talbot que permitió por primera vez la obtención ilimitada de copias. Vid. PRÄKEL, David, *Diccionario Visual de Fotografía*, traducción de ROSES MARTÍNEZ, Francisco, BLUME, Barcelona, 2010., p. 115, y BAJAC, Quentin, *La Invención de la Fotografía... op. cit., loc. cit.*

de copias y pronto quedó alejada de la dificultad de duplicación que afectaba e informaba a las excepciones del artículo 37 de la LPI de 1879.

3.3 Introducción de la «mera fotografía». Nuevos plazos de protección en la LPI de 1987, registro voluntario y derechos morales

La originalidad —concepto *vago e impreciso*, en el que concurren todas las ventajas e inconvenientes de los conceptos jurídicos indeterminados¹²⁹—, no se previó en la LPI de 1879, ni en su reglamento de desarrollo. Aparece por primera vez en el artículo 10 de la LPI de 1987, como requisito a cumplir para que la creación sea considerada obra, y desde entonces no ha dejado de ser un inconveniente de difícil de solución en el ámbito de la fotografía. Y ello, porque la originalidad se erige como elemento diferenciador entre la «mera» fotografía y la obra fotográfica, con la consecuente y decisiva influencia en el plazo de protección previsto para ambas figuras.

Tratamos una diferencia —entre *obras y otras imágenes*— inexistente en la norma anterior, y que no se sostiene en las demandas tradicionales de los sectores profesionales de la fotografía¹³⁰, al menos en lo que fue el resultado final de la reforma, y en cómo ha venido interpretándose este nuevo sistema dual. El artículo 10, al que acabamos de referirnos, incluye como objeto de la propiedad intelectual a las «obras fotográficas y las expresadas por procedimiento análogo a la fotografía», —apartado 1.h), siempre que sean creaciones originales expresadas en un medio o soporte. La originalidad determinará, pues, que la fotografía sea considerada obra con el consiguiente haz de derechos patrimoniales o morales, y en lo que aquí nos ocupa con el plazo general previsto en el artículo 26 de la LPI de 1987 de 60 años p.m.a. hasta el 14 de octubre de 1995¹³¹, que pasó a ser de 70 años p.m.a.

¹²⁹ Vid. BONDÍA ROMÁN, Fernando, «Los derechos sobre las fotografías y sus limitaciones»... *op. cit.*, p. 1070.

¹³⁰ Los principios que informan la técnica fotográfica se mantuvieron inalterados antes y después de 1987, cuando el legislador decidió incluir el tratamiento doble de la fotografía por primera vez en la LPI, y que no estaba entre las reivindicaciones de los fotógrafos profesionales —especialmente del ámbito de la información—. Si consideramos las que aparecieron recogidas en el Dictamen de la Comisión de Educación, Universidades, Investigación y Cultura sobre prioridades legislativas en materia de derechos de autor de 1985, así como las enmiendas que se plantearon en la tramitación de la Ley, en su conjunto estaban dirigidas a la equiparación de la fotografía con la protección de las obras plásticas. El Dictamen menciona la necesidad de eliminar la obligación de Registro con respecto a la fotografía. Vid. BOCG, Senado, II Legislatura, Serie I, de 14 de mayo de 1985, núm. 152, pp. 6257-6259. Concretamente, recomendaban «[...] suprimir del ámbito de las leyes civiles toda referencia a la obligatoriedad del Registro para el reconocimiento del Derecho de autor».

¹³¹ La LPI de 1987, de 11 de noviembre, fue publicada en el BOE de 17 de noviembre de 1987, y entró en vigor el 7 de diciembre de ese mismo año. La redacción original del art. 26 previó un plazo general de protección que comprendía toda la vida del autor y 60 años después de su muerte. La Ley 27/1995, de

Si no es considerada obra por no reunir las condiciones anteriores, la fotografía queda comprendida en el ámbito del artículo 118 de la LPI de 1987 —único en el Título V de la ley que llevaba por rúbrica «De la protección de las meras fotografías», y actual art. 128 del TRLPI—, donde ya no se habla de autor, sino de «realizador», y se reconocen sólo los derechos de reproducción, distribución y comunicación pública, sin mención alguna a los derechos morales, y lo que es más importante, limitados a 25 años desde la realización de la fotografía.

El sistema descrito, frente a la norma de 1879, plantea una nueva situación de inseguridad jurídica derivada de la indeterminación de la originalidad que apuntábamos al principio. Qué y cómo se entienda la originalidad de una fotografía condicionará que ésta sólo se proteja durante 25 años desde su creación, o que lo esté durante toda la vida del fotógrafo y 70 años más. Hemos expresado que entendemos el atributo de la originalidad a partir del «criterio mixto subjetivo» para su determinación, centrado metodológicamente en el proceso creativo fotográfico que comprende la idealización, las decisiones técnicas para la exposición o toma, y el revelado —positivado— o mapeado tonal último. No obstante, la discusión e interpretación del concepto de originalidad supera con creces lo que aquí nos ocupa, por lo que nos remitimos a lo ya afirmado al tratar la antigüedad de las fotografías, que en síntesis parte del reconocimiento como obra de todas las que incluyan una intervención mínima del autor verificada en las decisiones que tome acerca del momento y el encuadre¹³².

El cambio operado en 1987 suscita las consiguientes dudas acerca de su posible aplicación retroactiva. En las sentencias citadas hasta aquí, vienen utilizándose como argumentos para evitar la protección de las fotografías antiguas y considerarlas de dominio público, tanto su posible falta de inscripción en el preceptivo Registro de la Propiedad Intelectual, como también la aplicación a las mismas de la noción de «mera fotografía», con el subsecuente agotamiento del plazo de 25 años. Pero tales dudas

11 de octubre, de incorporación al derecho español de la Directiva 93/98/CEE del Consejo, de 29 de octubre de 1993, relativa a la armonización del plazo de protección del derecho de autor y de determinados derechos afines, derogó el artículo 26 de la LPI de 1987, previendo en su art. 2 un nuevo plazo de 70 años p.m.a.

¹³² A criterio de Soler, «debe comprobarse la existencia de una —siquiera mínima— aportación del fotógrafo que, en esta categoría [mera fotografía], vale definir como una *variación entre las posibilidades previamente existentes*; esto es, el fotógrafo debe haber podido optar en el momento de captar el motivo». En contra, precisamente sería esa mínima variación la que justifica su protección como obra, y no como mera fotografía. Cfr. SOLER MASOTA, Paz, «Fotografía y Derecho de autor», *Anuario de Derecho Civil*, núm. 1, 1999, p. 120.

fueron resueltas directamente por el legislador, lo que no pasa desapercibido para la doctrina judicial tratada¹³³.

Comenzando por la aplicación retroactiva del artículo 118 de la LPI de 1987, la Disposición Transitoria Primera fue contundente al determinar que las modificaciones del s. XX no podían perjudicar los derechos adquiridos por la LPI de 1879. Obvio es, por tanto, que el recorte de derechos y su plazo de vigencia operado para las consideradas «meras fotografías» no puede extenderse a las fotografías realizadas antes de diciembre de 1987, y ninguna fotografía anterior puede verse sujeta al plazo de 25 años de protección. Ahora bien, por la diferencia de 10 años en el plazo general regulado —que hasta la reforma de 1995 era de 20 años—, fue necesaria la Disposición Transitoria Primera, 2, reconociéndose que los derechos de explotación de las obras —fotografías— creadas por autores fallecidos antes del 7 de diciembre de 1987 tendrían la duración prevista en la LPI de 1879, es decir, 80 años¹³⁴ p.m.a.

¹³³ La SAP de las Palmas de 18 de marzo de 2011, aclara que la Ley de 1879 no distingue entre categorías de creaciones fotográficas que son introducidas por las leyes más modernas (Fundamento de Derecho Séptimo). No obstante, entra a valorar la interesante intervención de un perito designado judicialmente —historiadora del arte y tasadora—, acerca de si la obra denotaba «la personalidad, creatividad, novedad por su encuadre y revelado» o en cambio era una mera fotografía. La perito concluyó que «el simple hecho de elegir un motivo u otro, unos personajes, un momento, son circunstancias todas que tienen que ver con el autor, tienen la impronta del autor». Por su parte, la SAP de Valencia de 13 de junio de 2012, citando la sentencia de la misma Audiencia de 27 de febrero de 2007, establece que: «[...] la diversificación entre meras fotografías (realizador) y obra fotográfica (autor) se introduce en el ordenamiento positivo por la Ley 22/1987 de 11 noviembre y se mantiene en el Real Decreto Legislativo 1/96, es decir, disposiciones legales con entrada en vigor después de la creación de las fotografías objeto de autos y una vez su autor ha adquirido por tal creación los derechos que la Legislación aplicable a tal época le otorgó que no pueden verse perjudicados por esa nueva normativa porque tanto la Ley de 22/1987 en su Disposición Transitoria Primera como el texto legal actualmente vigente, Real Decreto Legislativo 1/1996 de 12 Abril, también, en su Disposición Transitoria Primera establecen que las modificaciones introducidas por esos textos legales que perjudiquen derechos adquiridos según la legislación anterior, no tendrán efecto retroactivo, salvo las establecidas en las propias disposiciones fijadas por la Ley que al caso no afectan. Se fija por el legislador por tanto una clara irretroactividad de la norma perjudicial para los derechos de los autores adquiridos con anterioridad de acuerdo con la legislación citada y por tanto en el presente supuesto resulta irrelevante para determinar el alcance y contenido de los derechos del Sr. Carlos José la protección dual que en materia fotográfica fijan los textos legales actuales de la propiedad intelectual».

¹³⁴ Por ejemplo, la fotografía realizada en 1975 cuyo autor hubiera fallecido en septiembre de 1987, estaría protegida durante un plazo de 80 años p.m.a. y no de 70 años, por lo que no entraría en el dominio público hasta septiembre de 2067. *Vid.* BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, «Disposición Transitoria 1.ª», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (coord.), *Comentarios a la Ley de propiedad intelectual*, Tecnos, Madrid, 2017, p. 2369. Sobre la Disposición Transitoria 1.ª 2, *vid.* RODRÍGUEZ TAPIA, José Miguel, «Disposición Transitoria Cuarta. Autores fallecidos antes del 7 de diciembre de 1987», en RODRÍGUEZ TAPIA, José Miguel (Dir.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Civitas, Madrid, 2.ª ed. 2009, pp. 1037 y 1038.

Claro está que para poder considerar la fotografía anterior a 1987 como objeto de derecho de autor, la LPI de 1879 imponía la obligación de su inscripción en el Registro de la Propiedad intelectual. De tal modo que, como hemos comprobado en la jurisprudencia es frecuente recurrir, como justificación para el uso libre de la fotografía a su falta de inscripción registral. Empero, el legislador de 1987 fue más allá. Eliminó desde su entrada en vigor la obligatoriedad de registro alguno, rehabilitando o reconociendo por primera vez la protección de todas aquellas obras que no hubieran sido inscritas.

Tal y como hemos tratado, para la inscripción regulada en la LPI de 1879 se concedían diversos plazos contemplados en su artículo 36, que de no verificarse implicaba la entrada en un dominio público temporal o transitorio que acabaría convirtiéndose en un dominio público definitivo. Sin dudar el legislador de 1987, en la Disposición Transitoria Segunda estableció su aplicación retroactiva, con eficacia *ex nunc*, «a los autores cuyas obras estuvieren en dominio público, provisional o definitivamente, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 38 y 39 de la Ley 10 de enero de 1879 [...], sin perjuicio de los derechos adquiridos por otras personas al amparo de la legislación anterior»¹³⁵. Sobra pues el argumento de la equiparación de la fotografía con la obra plástica para su exención del registro regulado en 1879. A partir de 1987, todas las fotografías dejan de estar en el dominio público —aunque no hubieran cumplido con la inscripción a tiempo—, quedando protegidas por el plazo restante¹³⁶.

Por otra parte, la LPI de 1987 incluyó expresamente la regulación de los que denominó derechos morales¹³⁷ en sus artículos 14 a 16 y, del mismo modo que ocurre con la regulación del registro, extiende su aplicación a todas las obras anteriores en su Disposición Transitoria Cuarta.

¹³⁵ Arias, con cita del art. 5.2 del Convenio de Berna, justifica la disposición «por razones de equidad» comparando los derechos de obras nacionales a los que se les exigía la inscripción, frente a las obras de origen extranjero y parte del Convenio que podían beneficiarse del plazo de 80 años sin haber cumplido con esa formalidad. *Vid.* ARIAS MAÍZ, Vicente, «IV. Aspectos de Derecho transitorio sobre la duración de la propiedad intelectual», en ROGEL VIDE, Carlos (Coord.), *La duración de la propiedad intelectual y las obras en dominio público*, Reus, Madrid, 2005, p. 134.

¹³⁶ Quedan fuera las obras que estuvieran en dominio público por aplicación de los artículos 40 a 44 de la LPI de 1879. *Vid.* BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, «Disposición Transitoria 1.ª» ... *op. cit.* p. 2377.

¹³⁷ Si bien el reconocimiento explícito de los derechos morales no llega hasta 1987, la doctrina admite que la Ley de 1879 reconocía algunos sin llamarlos expresamente así. En este sentido la divulgación a través de la publicación (arts. 8 y 44 de la LPI de 1879) y la modificación (art. 40 de la LPI de 1879) eran prerrogativas del autor, nunca del titular del soporte. *Vid.* RODRÍGUEZ TAPIA, José Miguel, «Disposición Transitoria Sexta. Aplicabilidad de los artículos 14 a 16 para autores de obras anteriores a la Ley de 11 de noviembre de 1987, de Propiedad Intelectual», en RODRÍGUEZ TAPIA, José Miguel (Dir.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Civitas, Madrid, 2.ª ed. 2009, p. 1041; ROGEL VIDE, Carlos, SERRANO GÓMEZ, Eduardo y LACRUZ MANTECÓN, Miguel Luis, *Manual de derecho de autor... op. cit.* p. 197.

3.4 Las disposiciones transitorias en el TRLPI de 1996

El TRLPI de 1996 reproduce las disposiciones de Derecho transitorio de la LPI de 1987 que acabamos de exponer, si bien las ubica de forma distinta, con alguna modificación mínima que a continuación indicamos. La Disposición Transitoria Primera se mantiene en cuanto a su primer apartado. El segundo, pasa a ser la Disposición Transitoria Cuarta, con indicación expresa de su entrada en vigor el 7 de diciembre de 1987, y cita de la LPI de 1879 como legislación anterior.

Por su parte, la Disposición Transitoria Segunda de la LPI de 1987 —sobre la inscripción registral— pasa a ser la Disposición Transitoria Quinta en el TRLPI, así como la Disposición Transitoria Cuarta sobre los derechos morales, pasa a ser la Disposición Transitoria Sexta en la norma vigente.

Nos hemos centrado en el tránsito de la norma decimonónica a la LPI de 1987, porque en el ámbito de la fotografía, tras y la desafortunada aparición de las *meras fotografías* a partir de diciembre de 1987 nos lleva a realizar un esfuerzo de interpretación, así como su deslinde con respecto a las obras fotográficas. Esto es, entre la Ley de 1879 y la de 1987, no sólo habrá una diferencia entre los 80 años p.m.a. de plazo de protección previsto en la primera, es que los 70 años de la segunda convivirán con los 25 años del actual artículo 128 del TRLPI —antes 118 de LPI de 1987—, por lo que una fotografía antigua posterior a 1987 habrá podido entrar en el dominio público en sólo 25 años si no es considerada original de conformidad con el artículo 10 del TRLPI.

4. CONCLUSIÓN

La fotografía reconocida explícitamente como objeto del Derecho de autor a partir del Reglamento de 1880, y bajo el amparo de la Ley de 1879, está más y mejor protegida que la realizada a partir diciembre de 1987. Y ello por la combinación del plazo regulado en la LPI de 1879 —que no distingue entre mera fotografía y obra fotográfica— y las previsiones de la LPI de 1987 que se aplican con carácter retroactivo. A la mera fotografía, según dispone el artículo 128 del TRLPI, no se le reconocerán derechos morales, y los derechos patrimoniales se verán limitados a la reproducción, distribución y comunicación pública (sin incluir la transformación), y todo ello condicionado a la valoración que haga el intérprete del requisito de la originalidad para concluir que sea sencillamente, y no meramente, la creación que en su día el legislador del s. XIX admitió como objeto de protección por parte del Derecho de autor.

Ante la duda acerca de si la fotografía que tenemos en nuestras manos está o no protegida por derecho de autor, y especialmente las más antiguas, habrá de considerarse su fecha de realización o divulgación, así como el fallecimiento del autor anterior a diciembre de 1987. De este modo, el titular ostentará todos los derechos de explotación que con carácter general —sin mediar cesión— tendrán un plazo de duración de 80 años p.m.a., y ello con independencia de su reconocimiento como obra huérfana incluida en alguna publicación, o su catalogación como bien cultural por el valor documental o histórico que se le pueda atribuir, con los consiguientes límites dirigidos a la conservación de la copia impuestos por la legislación sobre patrimonio histórico.

Defendemos la exclusión de la fotografía del ámbito de las obras huérfanas como obra independiente —serie de copias fotográficas, o fotografías aisladas—, porque las normas analizadas no distinguen y valoran las diferencias entre la fotografía antigua analógica, de la que se nutren los archivos de museos y bibliotecas, y la fotografía digital contemporánea. Como hemos puesto de manifiesto, la búsqueda diligente de los titulares se verá entorpecida por la pérdida de identificadores incorporados a la obra en los procesos de escaneo de obras en papel. Pero si se trata de obras digitales (originarias, o resultado del escaneo anterior), la pérdida de los metadatos nos llevaría al desconocimiento de autores, que teniendo como medio de vida la explotación de su obra, no podrían evitar su uso o difusión, o en su caso obtener los beneficios que les correspondieran.

5. ANEXO BIBLIOGRÁFICO

ALEGRE ÁVILA, Juan Manuel, «Los bienes históricos y el Tribunal Constitucional (Sentencia del Tribunal Constitucional de 31 enero 1991 sobre la Ley del Patrimonio Histórico Español de 1985)», *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 11, núm. 32, mayo-agosto 1991, pp. 187-221.

ANGUITA VILLANUEVA, Luis Antonio, *Adquisiciones a non dominio de bienes culturales muebles en el derecho español*, REUS, Madrid, 2022.

ARIAS MAÍZ, Vicente, «IV. Aspectos de Derecho transitorio sobre la duración de la propiedad intelectual», en ROGEL VIDE, Carlos (Coord.), *La duración de la propiedad intelectual y las obras en dominio público*, REUS, Madrid, 2005.

BAJAC, Quentin, *La Invención de la Fotografía. La imagen Revelada*, (L'image révélée. L'invention de la Photographie), traducción de CANTENYS FÉLEZ, E. M., Blume, Barcelona, 2015.

BARTHES, Roland, *La cámara lúcida. Nota sobre la fotografía*, Paidós, Barcelona, 1.ª ed., 1980.

BAYLOS MORALES, María «Doctrinas sobre la naturaleza jurídica de los derechos intelectuales», en BAYLOS MORALES, María (Coord.), *Tratado de Derecho Industrial*, Civitas, Navarra, 3.ª ed., 2009.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo,

- «2.6. Duración del derecho de autor», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, y GONZÁLEZ GOZALO, Alfonso (Coords.), *Manual de Propiedad Intelectual*, Tirant lo Blanch, Valencia, 10.ª ed., 2023.

- «Comentario al artículo 10.1» y «Disposición Transitoria 1.ª», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (coord.), *Comentarios a la Ley de propiedad intelectual*, Tecnos, Madrid, 2017.
BONDÍA ROMÁN, Fernando, «Los derechos sobre las fotografías y sus limitaciones», *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 59, núm. 3, 2006, pp. 1.065-1.114.

BOUZA LÓPEZ, Miguel, *El derecho Sui Generis del fabricante de base de datos*, REUS, Madrid, 2001.

CÁMARA ÁGUILA, Pilar, «Artículo 37 BIS», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (Coord.), *Comentarios a la ley de propiedad intelectual*, Tecnos, Madrid, 4.ª ed., 2017, pp. 737-766.

CÁNOVAS VALLEJO, Antonio, «La Propiedad Fotográfica», *El Progreso Fotográfico*, Año X, 1929, pp. 5-11.

CARRANCHO HERRERO, María Teresa, *La circulación de bienes culturales muebles*, Dykinson, Madrid, 2001.

CARRIÓN GÚTIEZ, Alejandro (Coord.), et. al., *Plan nacional de conservación del patrimonio fotográfico*, Secretaría General Técnica del Ministerio de Educación, Cultura y Deporte, 2015.

CASAS VALLÉS, Ramón, «La protección de los artistas plásticos en el derecho español», en DELGADO, Antonio y NAVARRO, Juan (Coords.), *I Congreso Iberoamericano de Propiedad Intelectual. Derecho de autor y derechos conexos en los umbrales del año 2000*, Ministerio de Cultura. Secretaría General Técnica, Madrid, Tomo I, 1991.

COCA PAYERAS, Miquel y MUNAR BERNAT, Pedro Antonio, «Comentario al artículo 128», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (Coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Tecnos, Madrid, 1.ª ed. 1989.

CORDAL ELVIRO, Julio (Coord.), et. al., *Guía de Propiedad intelectual para proyectos de digitalización de patrimonio bibliográfico*, Grupo de Trabajo de Estrategia Nacional de Digitalización, 2025.

DANVILA Y COLLADO, Manuel, *La propiedad intelectual*, Madrid, 1882.

DE ROMÁN PÉREZ, Raquel, «Las obras huérfanas en la Ley de propiedad intelectual y utilizaciones permitidas», *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, núm. 38, 2017-2018, pp. 299-321.

DELGADO PORRAS, A. «Derechos de autor. Las obras protegidas», en BAYLOS MORALES, María (Coord.), *Tratado de Derecho Industrial*, Civitas, Navarra, 3.ª ed., 2009.

DESANTES FERNÁNDEZ, Clara, *Directrices y Procedimientos para la Documentación y Gestión de los Derechos de Propiedad Intelectual del Patrimonio Fotográfico*, Ministerio de Cultura y Deporte, Subdirección General de los Archivos Estatales, 2020.

DIEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, Civitas, Madrid, Vol. III, 4.ª ed., 1995.

ESPÍN ALBA, Isabel, *Obras huérfanas y derecho de autor*, Aranzadi, Pamplona, 2014

FUENTES MAÑAS, José Blas, *La fotografía como obra sujeta a derecho de autor*, Atelier, Barcelona, 2025.

GALACHO ABOLAFIO, Antonio Francisco, «La originalidad en los derechos de autor, un enfoque fotográfico», *Actas de Derecho Industrial*, 38 (2017-2018), pp. 323-348.

GARROTE FERNÁNDEZ DÍEZ, Ignacio, *El derecho de autor en Internet: los tratados de la OMPI de 1996 y la incorporación al Derecho español de la Directiva 2001/29/CE*, Comares, Granada, 2.ª ed., 2003.

GIANNINI, Massimo Severo, «I beni culturali», *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1976, I, pp. 3-38.

GOWERS, Andrew, *Gowers Review of Intellectual Property*, HM Treasury, Londres, 2006.

GUTIÉRREZ GARCÍA, Elisa, «La libertad de expresión artística de los fotógrafos: La protección de sus creaciones por la propiedad intelectual y como vía para la conservación del patrimonio cultural», *Revista Cultus et Ius*, núm. 1, 2023, pp. 47-77.

HERNANDO COLLAZOS, Isabel, «Patrimonio fotográfico. Originalidad y dominio público. Una aproximación desde el Derecho de autor en España», *Revista sobre Patrimonio Cultural: Regulación, Propiedad Intelectual e Industrial*, núm. 2, 2013, pp. 74-104.

LARA LÓPEZ, Emilio Luis, «La fotografía como documento histórico-artístico y etnográfico: una epistemología», *Revista de Antropología Experimental*, núm. 5, 2005, pp. 1-28.

LIPARI, Nicolò, *Le categorie del Diritto Civile*, traducción de LUNA SERRANO, Agustín, Dykinson, Madrid, 2015.

LÓPEZ MAZA, Sebastián, «Las obras huérfanas en el Derecho europeo», *Anuario de la Revista Iberoamericana de la Propiedad Intelectual*, Tomo IV, 2016, pp. 13-44.

MARTÍNEZ PINO, Joaquín, «La teoría de los bienes culturales y las nuevas categorías patrimoniales», en GARCÍA MORALES, María Victoria, et. al., *El estudio del patrimonio cultural*, Ramón Areces, Madrid, 2017, pp. 231-265.

MASOUYÉ, Claude, *Guía del Convenio de Berna*, OMPI, Ginebra, 1978.

MCGUINN, Jennifer, et. al., *Study on the application of the Orphan Works Directive (2012/28/EU). Final Report*, European Commission, Directorate-General of Communications Networks, Content & Technology, Luxemburgo, 2021.

MEDINA GUERRERO, Manuel, «Constitución y Orden internacional», en LÓPEZ GUERRA, Luis y ESPÍN, Eduardo (Dir.), *Manual de Derecho Constitucional. La Constitución y las fuentes del Derecho. Derechos Fundamentales y garantías*, Tirant lo Blanch, Valencia, vol. I, 2022.

MOLINA MARCO, Juana, *La propiedad intelectual en la legislación española*, Marcial Pons, Madrid, 1995.

PEREDA MIRABAL, Ana María, *Limitaciones al derecho de autor en favor de bibliotecas en el entorno digital*, Ediciones Olejnik, Argentina, 2022.

PRÄKEL, David, *Diccionario Visual de Fotografía*, traducción de ROSÉS MARTÍNEZ, Francisco, Blume, Barcelona, 2010.

RAGEL SÁNCHEZ, Luis Felipe, «I. La propiedad intelectual como propiedad temporal», en ROGEL VIDE, Carlos (Coord.), *La duración de la propiedad intelectual y las obras en dominio público*, Reus, Madrid, 2005.

RICKETSON, Sam y GINSBURG, Jane C., *International copyright and neighbouring rights. The Berne Convention and beyond*, Oxford, vol. I, 2006.

RODRÍGUEZ MORENO, Sofía, «La obra huérfana en el campo de la música y la fotografía. Una perspectiva internacional», *Revista Iberoamericana de Derechos de Autor*, núm. 13 – enero/junio de 2013, pp. 86-113.

RODRÍGUEZ TAPIA, José Miguel, «Artículo 10. Obras y títulos originales», «Disposición Transitoria Cuarta. Autores fallecidos antes del 7 de diciembre de 1987» y «Disposición Transitoria Sexta. Aplicabilidad de los artículos 14 a 16 para autores de obras anteriores a la Ley de 11 de noviembre de 1987, de Propiedad Intelectual», en RODRÍGUEZ TAPIA, José Miguel (dir.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Civitas, Pamplona, 2.ª ed., 2009.

ROGEL VIDE, Carlos, SERRANO GÓMEZ, Eduardo y LACRUZ MANTECÓN, Miguel Luis, *Manual de derecho de autor*, REUS, Madrid, 2.ª ed., 2021.

SÁNCHEZ VIGIL, Juan Miguel, «La fotografía: patrimonio e investigación», *Artigrama*, núm. 27, 2012, pp. 25-35.

SOLER MASOTA, Paz, «Fotografía y Derecho de autor», *Anuario de Derecho Civil*, núm. 1, 1999, p. 120. 101-144.

SOUGEZ, Marie Loup, *Historia de la Fotografía*, Cátedra, Madrid, 12.ª ed., 2011.

TOBÍO RIVAS, Ana María,

- «Las obras huérfanas», *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 303, enero-marzo de 2017. Disponible en: <https://legalteca.aranzadilaley.es/> [Consulta: 20 de agosto de 2025].

- «Comentario al artículo 37 bis. Obras Huérfanas», en PALAU RAMÍREZ, Felipe y PALAO MORENO, Guillermo (Dirs.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp.

VALDÉS DÍAZ, Caridad del Carmen, «I. Las obras del espíritu y su continente. arquetipo, prototipo, bocetos y ejemplares; propiedades existentes al respecto», en ANGUITA VILLANUEVA, Luis Antonio (Coord.), *Tensiones entre la propiedad intelectual y la propiedad ordinaria*, REUS, Madrid, 2017; «Características del contenido moral del Derecho de autor. Facultades morales del autor y derechos de la personalidad», en ROGEL VIDE, Carlos (Coord), *Derechos morales de los creadores: Características, ámbito y límites*, Reus, Madrid, Editorial Reus, 2019.

VALERO MARTÍN, Eva, *Obras fotográficas y meras fotografías*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

VEGA VEGA, José Antonio, «III. Derecho de los causahabientes a la no divulgación de la obra y vulneración, mediante su ejercicio, del derecho de acceso a la cultura. El artículo 44.1 de la Constitución y el artículo 40 LPI», en ROGEL VIDE, Carlos (Coord), *Derechos morales de los creadores: Características, ámbito y límites*, Reus, Madrid, 2019.

VICENT LÓPEZ, Cristina, *Derechos de autor sobre la obra plástica enajenada*, Revista General de Derecho, Valencia, 1999.

VUOPALA, Anna, Assessment of the Orphan works issue and Costs for Rights Clearance, European Commission, DG Information Society and Media, Unit E4 Access to Information, May 2010.

XALABARDER PLANTADA, Raquel, «Las obras “huérfanas” y las obras descatalogadas», *Noticias de la Unión Europea*, 2011. Disponible en: https://blogs.uoc.edu/dretinternet/wp-content/uploads/sites/64/2018/04/Xalabarder_2012_NUE_obra_huerfana.pdf [Consulta: 29 de julio de 2025].

YZQUIERDO TOLSADA, Mariano, «II. La duración del derecho de autor», en ROGEL VIDE, Carlos (Coord.), *La duración de la propiedad intelectual y las obras en dominio público*, REUS, Madrid, 2005.

Fecha de recepción: 01.09.2025

Fecha de aceptación: 09.12.2025