

CUESTIONES DE PROPIEDAD INTELECTUAL EN TORNO A LOS TRABAJOS ACADÉMICOS*

INTELLECTUAL PROPERTY ISSUES SURROUNDING ACADEMIC WORKS

BEGOÑA RIBERA BLANES

Profesora Titular Derecho civil, Universidad de Alicante (España)

bribera@ua.es

RESUMEN:

Es bastante frecuente que los profesores encarguen a los alumnos la realización de trabajos sobre algunos aspectos del programa de la asignatura que imparten. Para realizar estos trabajos los alumnos suelen basarse en lo que se ha escrito antes sobre el tema en cuestión e, incluso, no es extraño que incorporen fotografías para ilustrar la narración. La incorporación de obras protegidas por la propiedad intelectual a esos trabajos y su posterior publicación en páginas web de acceso libre puede comportar problemas jurídicos si no se ha pedido permiso al autor de la obra original usada y la conducta no puede ampararse en ninguna de las excepciones a los derechos de autor prevista en la legislación aplicable al caso en cuestión.

PALABRAS CLAVE:

Obra fotográfica, derecho de reproducción, derecho de puesta a disposición del público, público nuevo, límite de ilustración de la enseñanza

ABSTRACT:

It is quite common for teachers to ask students to write papers on certain aspects of the syllabus of the subject they are teaching. In doing so, students often rely on what has been written previously on the subject in question, and it is not uncommon for them to incorporate photographs to illustrate the narrative. The incorporation of copyrighted works into such works and their subsequent publication on open access websites can lead to legal problems if permission has not been sought from the author of the original work used and the conduct cannot be covered by any of the exceptions to copyright provided for in the relevant legislation.

KEY WORDS:

Photographic work, right of reproduction, right of making available to the public, new public, limit of teaching illustration

* Recibido en fecha 21/12/2022. Aceptada su publicación en fecha 28/12/2022.

SUMARIO:

CUESTIONES DE PROPIEDAD INTELECTUAL EN TORNO A LOS TRABAJOS ACADÉMICOS¡ERROR! MARCADOR NO DEFINIDO. INTELLECTUAL PROPERTY ISSUES SURROUNDING ACADEMIC WORKS.....1

I. INTRODUCCIÓN.....2

I. LA FOTOGRAFÍA COMO OBRA PROTEGIDA POR LA PROPIEDAD INTELECTUAL.....4

III. ANÁLISIS DE LA STJUE C-161/17.....8

1. Punto de partida.....8

2. El concepto de comunicación al público.....9

IV. LA EXCEPCIÓN DE ILUSTRACIÓN CON FINES EDUCATIVOS DE LA DDASI

V. LOS TRABAJOS ACADÉMICOS HECHOS POR ALUMNOS Y LA LEY DE PROPIEDAD INTELECTUAL ESPAÑOLA

1. La ilustración con fines educativos.....15

2. La excepción de cita20

VI. LOS TRABAJOS ACADÉMICOS QUE INCORPORAN RECURSOS DIGITALES PROTEGIDOS EN LA DIRECTIVA DDAMUD.....24

VII. CONCLUSIÓN.....26

VIII. BIBLIOGRAFÍA.....26

I. INTRODUCCIÓN

¿Pueden los alumnos incorporar obras ajenas protegidas por la propiedad intelectual a los trabajos que realizan por encargo de sus profesores y ponerlos a disposición del público en general en la página web del centro escolar? A pesar de que estas preguntas no se le han planteado nunca al TJUE en forma de cuestión prejudicial, cierto es el caso resuelto por la sentencia de 7 de agosto de 2018 (C-161/17) invita a reflexionar sobre estas y otras cuestiones.

En esta oportunidad una alumna de la *Gesamtschule* de *Waltrop* (centro de enseñanza de secundaria de *Waltrop*), en el *Land Nordrhein-Westfalen* (Estado Federado de Renania del Norte-Westfalia) de la República Federal de Alemania, tenía que hacer un trabajo sobre la ciudad española de Córdoba en el marco de un taller lingüístico propuesto por la escuela, así que encontró en Internet una fotografía de esta ciudad en una página web de una agencia de viajes y decidió descargarla e incorporarla al trabajo haciendo referencia al sitio web de procedencia. No pudo la alumna incluir ninguna referencia a la autoría de la fotografía porque no figuraba su nombre en la página web de la agencia.

La fotografía había sido realizada por el Sr. *Renckhoff*, fotógrafo profesional, quien había autorizado a una agencia de viajes para que la utilizara en su página web, sin ningún tipo de restricción, ni desde un punto de vista técnico (medida tecnológica de protección), ni desde un punto de vista jurídico.

Posteriormente, una vez la estudiante hubo finalizado el trabajo, la escuela decidió colgarlo en su propia página web, incluyendo la fotografía de la ciudad de Córdoba. Por tanto, la fotografía fue reproducida por el servidor de la escuela y puesta a disposición del público sin restricciones. El trabajo podría haberse colgado en la página web sin haber incluido la fotografía, que podía haberse sustituido por un enlace a la página web de la agencia donde la fotografía aparecía, pero la ilustración no se hizo así.

El Sr. *Renckhoff*, al entender que solo había dado autorización para utilizar la fotografía a la agencia de viajes y que la imagen se había usado sin su consentimiento, consideró vulnerado su derecho de autor y demandó al *Land* de Renania, del que dependía la escuela pública a la que acudía la estudiante. Según el fotógrafo, la puesta en línea de la fotografía en el sitio web de la escuela menoscaba sus derechos de autor, en concreto, el de comunicación pública.

En primera instancia, la demanda se estima parcialmente, condenando al *Land* a retirar la fotografía y a pagar una indemnización de daños y perjuicios al autor de 300 euros más intereses. En apelación, el tribunal estima la demanda de la cesación del uso al entender que la publicación de la fotografía en el sitio web de la escuela había vulnerado tanto el derecho de reproducción, como el de comunicación al público, en su modalidad de puesta a disposición interactiva, de los que es titular el señor *Renckhoff*.

Posteriormente, el asunto llega al Tribunal Supremo alemán, quien plantea una única cuestión prejudicial ante el TJUE, al considerar que el resultado del recurso depende de una interpretación acorde con el artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información (en adelante DDASI). En particular, alberga dudas en cuanto al cumplimiento del requisito establecido por la jurisprudencia previa del TJUE, según la cual, la comunicación al público relevante debe haberse realizado a un público «nuevo».

Ante tales dudas, el órgano jurisdiccional remitente decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia la siguiente cuestión prejudicial: ¿Constituye una puesta a disposición del público en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la DDASI la inserción en un sitio de Internet propio de libre acceso de una obra que ya podía ser consultada libremente por todos los internautas y con la autorización del titular de los derechos de autor en un sitio de Internet ajeno, cuando dicha obra haya sido copiada primero a un servidor y desde ahí haya sido cargada en el sitio de Internet propio?

Vaya por delante que la respuesta del TJUE a la cuestión ha sido afirmativa en los siguientes términos: “El concepto de «comunicación al público», en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información, debe interpretarse en el sentido de que comprende la puesta en línea en un sitio de Internet de una fotografía publicada previamente, sin medidas restrictivas que impidan su descarga y con la autorización del titular del derecho de autor, en otro sitio de Internet”.

La presente sentencia es relevante para nuestro Derecho interno en la medida en que el TJUE ha tenido que profundizar una vez más en su concepto de “comunicación al público”, lo que nos permite tener una visión más amplia de lo que debe entenderse por tal complejo derecho y a qué situaciones se puede aplicar, pero la sentencia tiene muchos más aspectos a destacar, a los que me referiré en este trabajo.

Aunque la sentencia del TJUE no se pronuncia sobre la posibilidad de aplicar el límite de ilustración de la enseñanza al caso, y lo hace porque realmente el BGH alemán no se lo había preguntado expresamente, ya que la pregunta iba orientada a si el acto de explotación podía considerarse como una comunicación al público o no; vemos que el TJUE evita pronunciarse sobre el particular pero el abogado general sí se refiere a la posibilidad de aplicar la excepción en sentido positivo. Por lo tanto, dado que nunca antes el TJUE había tenido oportunidad de aplicar el límite de ilustración de la enseñanza del art. 5.3.a DDASI, cualquier comentario referente al mismo, aunque provenga del abogado general y no del TJUE, es bienvenido.

Al hilo de las reflexiones y consideraciones hechas por el abogado general en relación con este caso, en las que se plantea la posibilidad de aplicar el límite de ilustración, tal y como está previsto en la DDASI, hemos considerado conveniente reflexionar sobre qué hubiera pasado si el trabajo que incorpora la fotografía se hubiera puesto a disposición en la página web de un centro escolar español. Esta situación nos llevaría a analizar si el uso de la fotografía hecho por una alumna estaría amparado por el límite de ilustración previsto en el art. 32.3º de Ley de propiedad intelectual española. Por último, también debemos valorar positivamente que la sentencia nos dé pie a plantearnos la posibilidad de aplicar a los hechos la excepción para la utilización de obras y otras prestaciones en actividades pedagógicas digitales y transfronterizas consagrada en el art. 5 de la Directiva 2019/790 de 17 de abril de 2019 sobre los derechos de autor y derechos afines en el mercado único digital (en adelante Directiva DDAMUD).

II. LA FOTOGRAFÍA COMO OBRA PROTEGIDA POR LA PROPIEDAD INTELECTUAL

En la actualidad nadie duda que la fotografía es una forma de arte y que, por lo tanto, debe estar protegida por la propiedad intelectual. Las presiones ejercidas en su momento por los profesionales de la fotografía junto a la innegable importancia que había ido

adquiriendo con el transcurso del tiempo motivaron su reconocimiento y protección tanto a nivel internacional como comunitario. De este modo, el Convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas de 9 de septiembre de 1886 reconoce en su artículo 2 que «los términos “obras literarias y artísticas” comprenden (...) las obras fotográficas a las cuales se asimilan las expresadas por procedimiento análogo a la fotografía»¹.

En el ámbito comunitario fue la Directiva 93/98/CEE del Consejo de Europa, de 29 de octubre de 1993, relativa a la armonización del plazo de protección del derecho de autor y de determinados derechos afines la que diferenció entre la obra fotográfica y la mera fotografía² y decidió proteger únicamente a la obra fotográfica, dejando libertad a los Estados miembros para otorgar amparo a las demás fotografías. La protección se especifica en el artículo 6 al establecer que «las fotografías que constituyan originales en el sentido de que sean creaciones intelectuales propias del autor serán protegidas con arreglo al artículo 1³» y en el Considerando 17 precisa que «para conseguir una armonización suficiente del plazo de protección de las obras fotográficas, en particular de aquellas que, debido a su carácter artístico o profesional sean importantes en el mercado interior⁴ es necesario definir el grado de originalidad requerido en la presente Directiva; que una obra fotográfica con arreglo al Convenio de Berna debe considerarse original si constituye una creación intelectual del autor que refleja su personalidad, sin que se tome en consideración ningún otro criterio tal como mérito o finalidad»⁵. En definitiva, el legislador comunitario impone que la fotografía, para ser obra protegida por la propiedad intelectual, ha de ser una creación intelectual propia de su autor y que refleje su personalidad⁶.

¹ <https://wipolex.wipo.int/es/text/283694>

² Para hacer la distinción la Directiva tuvo que definir la originalidad, aunque esto ya lo había hecho antes la Directiva 91/250/CEE del Consejo, de 14 de mayo de 1991, sobre la protección jurídica de programas de ordenador en su art. 1.3 al establecer que la originalidad se identifica con la creación intelectual propia de su autor. Posteriormente, fue la Directiva 96/9/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo de 1996, sobre la protección jurídica de las bases de datos la que sostuvo que para la concesión de protección solo se debe tener en cuenta la originalidad como creación intelectual de su autor, sin aplicar criterios de otro tipo, según su art. 3.1.

³ El artículo primero especifica que «los derechos de autor a que se refiere el artículo 2 del Convenio de Berna se extenderán durante toda la vida del autor y setenta años después de su muerte, independientemente de la fecha en la que la obra haya sido lícitamente hecha accesible al público». Curiosamente la Propuesta inicial de Directiva confería a todas las fotografías una protección de 70 años tras la muerte del autor, lo que hacía innecesario distinguir entre obras fotográficas y meras fotografías, pero este texto no prosperó.

⁴ En palabras de SÁNCHEZ VIGIL puede observarse que el punto de partida se vincula al mercado, y no de manera general sino solo para aquellas obras que sean «importantes». Parece claro que el término no es adecuado por impreciso, y sobre todo porque no especifica por qué o para quién debe o puede ser importante. En la historia del arte son infinidad los ejemplos de fotografías que no fueron «importantes» en el momento de su creación, y que sin embargo se conservan y exhiben en museos con valores millonarios y con la consideración de obra fotográfica, «Criterios para la consideración de “obras fotográficas”. Propuesta del test OFOTO», *Documentación de las Ciencias de la Información*, 44 (1), 2021, p. 4.

⁵ En nuestro derecho vigente se trata en realidad del art. 6 y el Considerando 16 de la Directiva 116/2006, de 12 de diciembre que sustituye a la anterior, si bien la redacción de los mismos coincide.

⁶ Se ha criticado por la doctrina el hecho de que una Directiva de armonización de plazos entre a regular una cuestión tan importante para la los derechos de autor como lo es el concepto de originalidad. *Vid.* por

Esta forma de conceptualizar la originalidad como «creación intelectual propia de su autor» se impone a través de las tres Directivas mencionadas respecto a tres tipos de obras, esto es, los programas de ordenador, las bases de datos y las obras fotográficas. Esto podría llevarnos a pensar que existe un concepto autónomo de originalidad o, más bien, que, en realidad, el legislador comunitario solo ha querido definir el concepto de originalidad respecto a tres tipos de obras muy concretos y que, por tanto, el concepto solo sea aplicable a estas tres clases de obras.

Ahora bien, esta definición de originalidad aplicable a las obras fotográficas por la Directiva 93/98/CEE ha sido objeto de interpretaciones distintas por parte de la doctrina: para algunos la «creación intelectual propia de su autor» se refiere a la falta de copia (novedad subjetiva); para otros se requiere una originalidad subjetiva, esto es, «el reflejo de la personalidad del autor»⁷ y, por último, también se considera que se exige un mínimo nivel de creatividad o novedad objetiva según otros⁸.

Por su parte, el propio TJUE ha tenido la oportunidad de pronunciarse respecto al concepto de originalidad en el ámbito de la fotografía en la sentencia de 1 de diciembre de 2011 que resolvió el caso *Painer* (C-145/2010)⁹. Es un supuesto particular que se refiere a los retratos, ya que la fotógrafa en cuestión se dedicaba a hacer retratos de niños en guarderías. En concreto, lo que se planteaba era si las fotografías realistas podían ser objeto de protección por el derecho de autor. El Tribunal detalla de qué forma el autor de una fotografía puede adoptar decisiones libres y creativas: en la fase preparatoria, puede elegir algunos aspectos como la pose de la persona, la iluminación y la escenificación. Al hacer el retrato, podrá seleccionar el ambiente creado, el encuadramiento o el enfoque. Posteriormente, el autor elegirá entre las diversas técnicas de revelado fotográfico que existen. Al adoptar todas estas decisiones libres y creativas, el autor de la fotografía dejará su impronta personal en la obra creada. En consecuencia, el TJUE considera que un retrato fotográfico puede ser protegido por el derecho de autor siempre que sea una creación intelectual del autor que refleje su personalidad y que se manifieste por las decisiones libres y creativas del mismo al realizarlo. El TJUE nos da las pautas para averiguar dónde puede encontrarse la originalidad en una obra fotográfica, teniendo en cuenta todo el proceso creativo que va desde la fase anterior a la realización de la fotografía hasta la fase posterior de revelado de la misma.

todos BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., «Comentario al art. 128 TRLP», *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Madrid, 1989, p. 1711.

⁷ En este sentido BONDÍA ROMÁN, F., «Los derechos sobre las fotografías y sus limitaciones», *Anuario de Derecho civil*, tomo LIX, Fascículo III, julio-septiembre, 2006, p. 1070. Del mismo modo, VALERO MARTÍN, E., *Obra fotográfica y meras fotografías*, Valencia, 2000, p. 135.

⁸ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO considera que la Directiva va más allá de una originalidad en sentido subjetivo, exigiendo además un grado de originalidad objetiva. No basta pues con no copiar. Es preciso transmitir algo propio a la fotografía. Lo que debe implicar la exigencia, por pequeña que sea, de algún nivel creativo, «Comentario al artículo 2.1», *Comentarios al Convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas*, Madrid, 2013, p. 130. En el mismo sentido, CÁMARA ÁGUILA, M^a. P., «La originalidad de la obra como criterio general de protección en el derecho comunitario: la Sentencia del TJCE de 16 de julio de 2009 que resuelve el asunto Infopaq», *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, nº 8, 2012, p. 117.

⁹ Disponible en curia.europa.eu/.

En lo que respecta al Derecho español, nuestra Ley de propiedad intelectual tomó como base la Directiva 93/98/CEE para clasificar la fotografía en base a un sistema dual¹⁰ que no ha dejado indiferente a la doctrina¹¹. De este modo, el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (en adelante TRLPI) protegía legalmente a la fotografía pero diferenciando entre la «obra fotográfica», prevista en el Libro I como objeto del derecho de autor, y la «mera fotografía», recogida en el Libro II como objeto de otro derecho de propiedad intelectual o derecho afín.

Este doble sistema de protección hace necesario diferenciar entre si estamos ante una obra fotográfica o una mera fotografía, ya que el régimen jurídico aplicable en cada caso es distinto¹². La obra fotográfica tiene la protección de derecho de autor en base al art. 10.1.h) TRLPI al ser considerada una creación original, lo que comporta que al autor se le concedan los derechos de explotación -y en especial, los de reproducción, distribución, comunicación pública y transformación (arts. 17, 18, 19, 20 y 21)-, además del derecho de participación (art. 24) y otros derechos, además de los derechos morales conferidos por el art. 14 TRLPI. En este caso la regulación aplicable a la cesión de los derechos de explotación está contenida en los artículos 42 a 57 TRLPI y la duración de la protección legal abarca la vida del autor y setenta años después de su muerte o declaración de fallecimiento (art. 26). En cambio, la denominada «mera fotografía» no es «derecho de autor» por lo que aparece regulada en el Libro II del TRLPI, en concreto, en el art. 128 y se define por exclusión, esto es, es toda fotografía que no sea creación original u obra protegida por el Libro I del TRLPI. Al realizador de la mera fotografía únicamente se le otorgan los derechos exclusivos de autorizar su reproducción, distribución y comunicación pública con una duración de veinticinco años computados desde el día 1 de enero siguiente a la fecha de realización de la fotografía. Además, como regla general, a las meras fotografías no se les aplican las disposiciones de los arts. 42 a 57 TRLPI referidas a la

¹⁰ DESANTES indica que la normativa es diferente en cada país europeo. Solo Italia y Alemania tienen regímenes parecidos al caso español, mientras que en Inglaterra y Francia no se hace distinción y se integran en las obras artísticas sin mayores exigencias. Los países escandinavos, sin embargo, dejan la fotografía fuera de las creaciones artísticas y les atribuyen derechos afines, *Proyecto piloto para la Documentación y Registro de los Derechos de Propiedad Intelectual del Patrimonio Fotográfico*, Subdirección General de Archivos Estatales del Ministerio de Educación, Cultura y Deporte, Madrid, 2017, p.72.

¹¹ A favor, DELGADO PORRAS, A., «La fotografía en el sistema de la propiedad intelectual», *Derecho de autor y derechos afines al de autor*, vol. I, Madrid, 2007, p. 403 y VALERO MARTÍN, E., *Obra fotográfica*, cit., p. 54. En contra, SÁNCHEZ VIGIL, J.M., «Criterios», cit., p. 4, ANTEQUERA PARILLI, R., «Obra fotográfica. Originalidad. Distinción con las meras fotografías», Centro Regional para el Fomento del Libro en América Latina y el Caribe (CERLALC), 2011, p. 2, PIZARRO MORENO, E., «Obras expresadas por procedimientos análogos a los fotográficos. En torno a las llamadas simples fotografías», *Fotografía y derecho de autor*, con SERRANO FERNÁNDEZ, M., Madrid, 2008, p. 31, CARRANCHO HERRERO, M^a.T., «Las cosas fotografiadas. En torno a la llamada imagen de las cosas propias», *Fotografía y derecho de autor*, con SERRANO FERNÁNDEZ, M., Madrid, 2008, p. 125; RODRÍGUEZ TAPIA, J.M., «La obra fotográfica en la LPI. De la fábrica de colores, formas, luces y sombras a la protección legal de la mirada original», *Fotografía y derecho de autor*, con SERRANO FERNÁNDEZ, M., Madrid, 2008, p. 13.

¹² Así lo pone de manifiesto el Fundamento Jurídico Primero de la STS de 5 de abril de 2011 (RJ/2011/3146).

cesión de los derechos de explotación¹³, sino que la cesión se rige por el régimen general previsto en el Código civil basado en la autonomía privada de la voluntad del art. 1255 Cc. Por último, la ley no concede derechos morales al realizador de la mera fotografía¹⁴.

Así pues, el único elemento diferenciador entre obras fotográficas y meras fotografías es la originalidad, pero nuestra LPI no establece ningún principio ni criterio para valorar su concurrencia¹⁵. El concepto de originalidad no ha sido definido por nuestro legislador¹⁶ y, dada su complejidad, nos llevará, en la mayoría de los casos, a que sea el propio juzgador el que valore su presencia en cada caso concreto¹⁷. En muchas ocasiones los tribunales han tenido que pronunciarse acerca de qué debe entenderse por originalidad, por lo que podemos entender que la originalidad se ha venido entendiendo en un sentido objetivo y en un sentido subjetivo.

Desde un punto de vista objetivo, la originalidad se ha asimilado a la novedad, si bien entendida en un doble sentido. Por un lado, como novedad subjetiva, es decir, si una persona realiza una obra igual a la ya realizada por otra persona anteriormente, siempre que no conociera la existencia de dicha obra, la suya se protege porque no ha tenido voluntad de copiar la obra ajena, aunque las dos obras sean iguales. Por otro lado, como novedad objetiva, en el entendimiento de que lo que es igual a lo anterior no se protege porque la obra nueva ha de aportar algo nuevo o distinto¹⁸.

Desde un punto de visto subjetivo, la obra es original cuando sea una creación propia de su autor en la que haya plasmado su impronta. Este criterio de originalidad subjetiva considera suficiente desarrollar una actividad de carácter creativo para que el resultado de

¹³ Así lo admite la SAP de Madrid de 19 de abril de 2017 al entender que si las realizaciones fueran calificadas de meras fotografías «no operarían en el caso las disposiciones que imponen restricciones a la transmisión y cesión de los derechos de explotación del autor recogidas en el capítulo I y en el capítulo II del Título V del Libro I LPI», por lo que las pretensiones de la demanda que tenían como fundamento los artículos 43, 48 y 52 LPI deben descartarse, JUR/2017/151676.

¹⁴ Por lo tanto, en el caso de que, por ejemplo, no se mencionara el nombre del realizador de una mera fotografía, no podría sostenerse que se ha producido una infracción del derecho moral de paternidad, aunque ello no es óbice para poder obtener una indemnización en caso de que la omisión del nombre del realizador de la fotografía haya constituido un incumplimiento contractual conforme a las normas de nuestro Código civil.

¹⁵ Así lo advierte la SAP de Islas Baleares de 23 de julio de 2018 (AC/2018/1627).

¹⁶ Como señala GALACHO ABOLAFIO, es un requisito esencial no definido en ninguna de las normativas nacionales o internacionales, ni tan siquiera en la que aspira a la unificación de criterios y mínimos estandarizados como el Convenio de Berna, generando una situación de inseguridad constante que se ha mantenido en el tiempo desde el primer reconocimiento de derechos de autor hasta nuestros días, «La originalidad en los derechos de autor, un enfoque fotográfico», *ADI*, nº 38 (2017-2018), p. 325.

¹⁷ En palabras de BONDÍA ROMÁN, se trata de un concepto vago, abstracto e impreciso en el que concurren todas las ventajas e inconvenientes de los conceptos jurídicos indeterminados. Como señala VICENTE DOMINGO, la apreciación de si en una fotografía hubo o no actividad intelectual y creativa bastante como para justificar la inclusión, es claramente, difícil y llena de subjetivismo, «Las personas fotografiadas: derechos a la imagen y propiedad intelectual», *Fotografía y derecho de autor*, con SERRANO FERNÁNDEZ, M., Madrid, 2008, p. 93.

¹⁸ El criterio de originalidad objetiva considera que una actividad creadora se encuentra protegida por el derecho de autor únicamente en la medida en que genere obras objetivamente nuevas.

la misma (la obra) esté impregnado de la impronta personal del creador y pueda ser considerado original¹⁹.

Ninguna de las dos teorías acerca de la originalidad parece prestar atención al mérito de lo creado o al valor artístico de la obra.

III. ANÁLISIS DE LA STJUE C-161/17

1. Punto de partida

El primer aspecto que llama la atención sobre la sentencia es que, antes de contestar a la única cuestión prejudicial planteada, el TJUE considera conveniente recordar, con carácter preliminar, que para que una fotografía pueda ser protegida por la propiedad intelectual ha de ser «obra», lo que comporta, según reiterada jurisprudencia del TJUE, que sea una creación intelectual del autor que refleje su personalidad y que se manifieste por las decisiones libres y creativas de este al realizarla, lo cual corresponde comprobar al órgano jurisdiccional nacional en cada caso concreto (apartado 14). En efecto, de esta jurisprudencia consolidada establecida en los casos *Infopaq*, *Painer* y *Levola Hengelo* se obtiene que para que una prestación pueda calificarse de «obra» han de concurrir simultáneamente dos requisitos. Por un lado, la prestación de que se trate debe ser original, en el sentido de constituir una creación intelectual propia de su autor. Para que una creación intelectual pueda considerarse propia de su autor, debe reflejar la personalidad de este, lo que sucede cuando el autor ha podido expresar su capacidad creativa al realizar la obra tomando decisiones libres y creativas. Por otro lado, la calificación como «obra» se reserva a los elementos que expresan dicha creación intelectual. Teniendo en cuenta estos precedentes, puede afirmarse que la obra es una expresión formal original de la creatividad humana.

Sin embargo, las partes no se plantean en ningún momento que aquella simple toma de la ciudad de Córdoba, con el puente romano en primer plano pueda no ser una obra protegida por la propiedad intelectual. Del mismo modo, los tribunales de primera y segunda instancia dieron por sentado que la fotografía era una obra y que se habían infringido los derechos de reproducción y comunicación al público del autor. Alberga bastantes dudas que la típica fotografía de la ciudad de Córdoba pueda estar dotada de la creatividad suficiente para ser considerada original, y, por ende, obra fotográfica. Debe destacarse que no tiene relevancia el hecho de que la fotografía fuese realizada por un fotógrafo profesional, ya que este factor, por sí mismo, no implica originalidad.

Todo parece apuntar que no se discutió si la fotografía era o no una obra intelectual porque en Alemania, como también ocurre en España, todas las fotografías están protegidas, si bien algunas como obras fotográficas y otras como meras fotografías, pero, en cualquier caso, todas las fotografías resultan amparadas por la *UrhG*, por lo que el realizador de la fotografía puede reaccionar frente a una reproducción y puesta a disposición no autorizada de la misma. Ahora bien, esta realidad jurídica puede no darse en las legislaciones de algún Estado miembro, me refiero a que en algunas legislaciones las fotografías solo estén protegidas si son originales. Por este motivo entiendo que tiene todo su sentido que el TJUE recuerde que la fotografía, como cualquier otro tipo de obra, ha de ser una creación intelectual que refleje la personalidad del autor y que se manifieste por las decisiones libres y creativas de este al realizarla. Este modo de proceder también

¹⁹ CARBAJO CASCÓN, F., «Distinción entre obra fotográfica y mera fotografía. El concepto de originalidad creativa», *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, t. XXXII (2011-2012), p. 696.

puede observarse en la sentencia *Funke Medien* dictada el mismo día que esta. En ese asunto, las cuestiones prejudiciales que se plantearon se referían a los límites, sin que el Tribunal Supremo alemán preguntase sobre si los informes oficiales de carácter confidencial podían ser considerados obras. En este caso como en aquel, el Tribunal Supremo alemán no pregunta sobre la cuestión y, sin embargo, el TJUE trata el tema como cuestión preliminar antes de contestar a las correspondientes cuestiones prejudiciales planteadas.

2. El concepto de comunicación al público

A partir de esta observación preliminar, el TJUE entra de lleno en el análisis del concepto de «comunicación al público». A este respecto, procede recordar que el Tribunal de Justicia ha declarado en reiteradas ocasiones que el concepto de comunicación al público asocia dos elementos acumulativos: un «acto de comunicación» de una obra y la comunicación de esta a un «público». En nuestro caso, la puesta en línea de la fotografía en otro sitio de Internet distinto del utilizado por el autor ha de calificarse de puesta a disposición y, por tanto, de «acto de comunicación» en el sentido del artículo 3, apartado 1 de la directiva. Por lo que se refiere al segundo de los elementos, de la jurisprudencia del TJUE se desprende que el concepto de «público» se refiere a un número indeterminado de destinatarios potenciales e implica, por lo demás, un número considerable de personas. En este caso no se duda que el conjunto de usuarios potenciales del sitio de Internet en el que se efectúa la publicación en línea constituye un número indeterminado y considerable de destinatarios. Sin embargo, también según reiterada jurisprudencia, para ser calificada de «comunicación al público», la comunicación de una obra protegida debe, además, efectuarse con una técnica específica, diferente de las utilizadas anteriormente, o, en su defecto, ante un «público nuevo». En este asunto no se discute que, tanto la comunicación inicial de la obra en la página web de la agencia de viajes, como la comunicación posterior de esta en el sitio web del colegio se realizaron con la misma técnica. Sin embargo, no estaba claro que esta segunda comunicación se hubiera hecho a un público nuevo.

Así pues, la pregunta planteada por el tribunal remitente se circunscribe al examen del segundo de los elementos constitutivos de la comunicación al público y, más concretamente, a clarificar si la fotografía se puso a disposición de un público «nuevo» en el sentido de la jurisprudencia del TJUE, esto es, a un público que no fue tomado en consideración por el titular de los derechos de autor cuando autorizó la comunicación inicial de su obra al público. A pesar de ello, el TJUE puntualiza que hay dos actos de explotación diferentes. Por un lado, la alumna hizo una reproducción de la fotografía en un servidor privado y, por otro lado, la puso después en línea en un sitio de Internet a disposición del público. En consecuencia, están afectados tanto el derecho de reproducción como el derecho de comunicación al público. Aunque las dudas se plantean únicamente en consideración a este último.

A este respecto, el TJUE recuerda que se trata, en ambos casos, de derechos de carácter preventivo con eficacia erga omnes, tal y como ya había establecido en los casos *Infopaq*, *Premier League* y *Soulier y Doke*. Ello significa que todo acto de reproducción o de comunicación al público exige el consentimiento previo del autor, aunque, según reiterada jurisprudencia, dicho consentimiento no solo puede ser otorgado de manera explícita, sino que también cabe que se manifieste de manera implícita. Sin embargo, los casos o circunstancias en los que cabe admitir la existencia de un consentimiento implícito por parte del autor deben definirse de forma estricta, bajo pena de privar de sentido práctico

al principio de eficacia *erga omnes* del derecho exclusivo. En especial, el Tribunal de Justicia ha exigido que el autor sea informado con carácter previo y efectivo de que un tercero quiere llevar a cabo un acto de explotación de su obra. Dicha información ha de ser suministrada además a cada autor de forma individualizada. Si dicha información no se ha proporcionado de manera individual a cada autor no cabe deducir que la falta de oposición expresa equivale a un consentimiento implícito para autorizar la utilización de la obra.

Pues bien, considera el TJUE, en relación con la comunicación al público que dicho derecho de carácter preventivo quedaría privado de efecto útil en el supuesto de que debiera entenderse que la puesta en línea en un sitio de Internet de una obra publicada previamente en otro sitio de Internet con la autorización del titular de los derechos de autor no constituye una comunicación a un público nuevo (apartado 30). Así, de ello resultaría que, incluso en el supuesto de que el titular de los derechos de autor decidiera dejar de comunicar su obra en el sitio de Internet en el que se comunicó inicialmente con su autorización, esta obra seguiría estando disponible en el sitio de Internet en el que se había realizado la nueva puesta en línea.

La segunda cuestión a la que hace referencia el TJUE es si hay o puede haber agotamiento del derecho de comunicación al público. Al respecto, el TJUE señala que el artículo 3, apartado 3, de la directiva 2001/29 establece expresamente que ningún acto de comunicación al público o de puesta a disposición del público con arreglo a esta disposición podrá dar lugar al agotamiento del derecho de comunicación al público a que se refiere el artículo 3, apartado 1, de esta directiva. Si se considerara que la puesta en línea en un sitio de Internet de una obra previamente comunicada en otro sitio de Internet con la autorización del titular de los derechos no constituye una puesta a disposición de dicha obra a un público, esto equivaldría a establecer una regla de agotamiento del derecho de comunicación pública. Además de que esta regla sería contraria al artículo 3, apartado 3 de la directiva, privaría al titular del derecho de la posibilidad de exigir una compensación adecuada por el uso de su obra a través de licencias por cada utilización de la misma.

En tales circunstancias, procede considerar que la puesta en línea de una obra protegida por el derecho de autor en un sitio de Internet distinto de aquel en que se efectuó la comunicación inicial con la autorización del titular de los derechos de autor se ha hecho a un público nuevo. Sostiene el tribunal que el público que fue tenido en cuenta por el titular de los derechos de autor cuando autorizó la comunicación de su obra en el sitio de Internet en el que se publicó inicialmente está integrado únicamente por los usuarios de dicho sitio, y no por los usuarios del sitio de Internet en el que la obra fue posteriormente puesta en línea sin autorización del titular, o por otros internautas. No influye en la opinión del tribunal el hecho de que el titular de los derechos de autor no hubiera restringido las posibilidades de utilización de la fotografía por los internautas, ya que el goce y el ejercicio del derecho no puede estar sometido a ninguna formalidad (caso *Soulier y Doke*).

En este punto, el TJUE recuerda su propia doctrina jurisprudencial sobre enlaces de Internet que redirigen a obras protegidas, previamente comunicadas con la autorización de los titulares de los derechos. Al respecto, considera que la puesta a disposición de obras protegidas mediante enlaces a otro sitio de Internet en el que se había efectuado la comunicación inicial con la autorización de los titulares de los derechos no conduce a comunicar dichas obras a un público nuevo. Mientras que los enlaces contribuyen al buen funcionamiento de Internet permitiendo la difusión de información en esta red,

caracterizada por la disponibilidad de cantidades ingentes de información, la puesta a disposición del público en un sitio de Internet sin consentimiento del titular de una obra previamente comunicada en otro sitio con la autorización de dicho titular, no contribuye, en la misma medida, a la consecución de ese objetivo. De este modo, debe entenderse que legitimar tal puesta en línea, sin que el titular de los derechos de autor pueda hacer valer su derecho de comunicación al público, vulnera el justo equilibrio que debe garantizarse en el entorno digital entre los titulares de los derechos de autor y los usuarios de las obras.

Además, debe tenerse en cuenta que cuando lo que se inserta en un sitio de Internet es un enlace que redirige a una obra protegida previamente comunicada con la autorización del titular de los derechos de autor, se garantiza el carácter preventivo de los derechos del titular, pues en el supuesto de que el autor ya no desee comunicar su obra en el sitio de Internet de que se trate, puede retirarla, haciendo inútil cualquier enlace que redirija hacia ella. En cambio, en circunstancias como las controvertidas en este litigio, la puesta en línea de una obra en otro sitio de Internet supone una nueva comunicación, independiente de la comunicación inicialmente autorizada. Como consecuencia de esta puesta en línea, tal obra podría permanecer disponible en este último sitio, independientemente del consentimiento previo del autor y pese a cualquier acción por la que el titular de los derechos decidiera dejar de comunicar su obra en el sitio de Internet en el que esta fue inicialmente comunicada con su autorización.

A mayor abundamiento, el tribunal hace referencia al papel que, a su juicio, debe jugar el gestor del sitio web en el que se inserta el enlace como requisito para aplicar su doctrina jurisprudencial en materia de enlaces. En este sentido advierte que para entender que la comunicación de que se trate no se ha hecho a un público nuevo, ha de haber una falta de intervención del gestor del sitio en el que se inserte el enlace, de modo que sea el usuario que quiere acceder a la obra quien ejecute el enlace que permita conocer la obra en el sitio en que esta ha sido comunicada inicialmente con la autorización de los derechos de autor. En este caso, la alumna desempeñó un papel decisivo, ya que puso la obra en línea en el sitio de Internet de la escuela, lo que provocó que la obra fuera accesible a todos los usuarios de ese sitio. Este público no había sido tomado en consideración por el autor cuando autorizó la comunicación inicial.

Habida cuenta de estas consideraciones, el TJUE considera que si la obra se pone a disposición del público mediante un enlace, no hay comunicación de la obra a un público nuevo, mientras que si la obra se pone a disposición en otro sitio de Internet sin la autorización del titular del derecho, sí puede haber un público nuevo, lo que supondrá una nueva comunicación que precisará el consentimiento del autor. Por lo tanto, en este caso no es posible aplicar la doctrina jurisprudencial sobre los enlaces.

En definitiva, tenemos los dos elementos acumulativos que precisa el concepto de comunicación al público: un acto de comunicación de una obra y la comunicación de esta a un público. Por lo tanto, la comunicación al público de la fotografía protegida por parte de la alumna requería la autorización del señor *Renckhoff*. Al no contar el consentimiento del titular del derecho, la utilización de la fotografía ha de considerarse ilícita, salvo que la alumna pudiera ampararse en alguno de los límites a los derechos de autor. En este contexto, el TJUE hace referencia al derecho a la educación consagrado en el artículo 14 de la Carta de los Derechos Fundamentales y estima que la actuación de la alumna queda comprendida en el ámbito del ejercicio de dicho derecho, puesto que la fotografía fue incluida, a título ilustrativo, en la primera página de un trabajo escolar. La propia sentencia

apunta la idea de que en la búsqueda del equilibrio entre el derecho a la educación y la protección del derecho de propiedad intelectual, el legislador de la Unión ha previsto, en el artículo 5, apartado 3, letra a), de la directiva, la facultad de los Estados miembros de establecer excepciones o limitaciones a los derechos establecidos en los artículos 2 y 3 de esta directiva, siempre que el uso tenga únicamente por objeto la ilustración con fines educativos o de investigación científica y en la medida en que esté justificado por la finalidad no comercial perseguida.

Aunque la sentencia hace referencia tímidamente a la excepción de ilustración con fines educativos, no se pronuncia sobre la posibilidad de aplicar este límite al caso. Ciertamente es que el Tribunal Supremo alemán solo pregunta si el acto de explotación puede considerarse una comunicación al público y no plantea expresamente si era posible aplicar la excepción, lo que provoca que el TJUE evite pronunciarse sobre el particular. Al respecto, el abogado general considera que la actuación de la alumna puede resultar amparada por la excepción. Sin embargo, el TJUE guarda silencio, así que se desaprovecha una buena ocasión para haber podido arrojar algo de luz sobre el alcance que debe tener la interpretación de la excepción de ilustración con fines educativos, ya que nunca antes ha habido un pronunciamiento del TJUE sobre este límite. Veamos si esta excepción podría aplicarse.

IV. LA EXCEPCIÓN DE ILUSTRACIÓN CON FINES EDUCATIVOS DE LA DDASI

La primera pregunta que surge al hilo de los hechos que se le plantearon al Tribunal de Justicia es si la conducta de la alumna podría ampararse en la excepción de ilustración con fines educativos regulada en el art. 5.3 a) de la DDASI.

El TJUE no se ha pronunciado nunca sobre cómo debe interpretarse esta excepción y parecía que era la ocasión perfecta para que el TJUE pudiera arrojar algo de luz sobre el alcance que debe tener la excepción de ilustración con fines educativos. Sin embargo, tampoco en este asunto se pronunció sobre el particular porque el TS alemán limitó la cuestión prejudicial al concepto de comunicación al público. A pesar de ello, el abogado general decidió abordar la difícil tarea de interpretar por primera vez a nivel comunitario la excepción por si acaso el Tribunal consideraba que los hechos sí constituían una comunicación al público como así fue. Llama la atención que el propio párrafo 43 de la sentencia que resolvió el caso, de 7 de agosto de 2018, recuerda que el legislador de la UE faculta a los Estados miembros a establecer excepciones o limitaciones a los derechos de reproducción y comunicación al público para ilustrar la enseñanza en el art. 5.3.a DDASI. Fue una forma implícita de apuntar en dirección a la aplicación de la excepción de ilustración de la enseñanza en la línea de las conclusiones a las que llegó el abogado general.

Ahora bien, debe partirse de la premisa de que para que la limitación pueda ser aplicable es presupuesto necesario que se produzca un acto de explotación de la obra ajena, de modo que si no se da este último, no hay derecho que excepcionar y, por tanto, la actuación llevada a cabo sería perfectamente lícita. Las partes intervinientes en este caso coincidieron en afirmar que la publicación del trabajo en el que se incluía la fotografía del señor *Renckhoff* no habría sido constitutiva de un acto de comunicación al público en el sentido del art. 3.1 DDASI si el trabajo de la alumna se hubiese subido a la página web de la escuela cuyo acceso estuviera restringido al entorno escolar, esto es, si se hubiera publicado en la intranet del centro a la que solamente hubieran tenido acceso el profesor y

los alumnos. Si el uso de la obra ajena se hubiera producido en el entorno de una red cerrada no sería un acto de comunicación en su modalidad de puesta a disposición, por lo tanto, si no hay puesta a disposición del público, no hay ningún acto de explotación, ni tampoco tiene sentido buscar cobijo en ninguna excepción. Al afirmar el TJUE que el acto de explotación se había producido, esto es, que el derecho de comunicación pública comprende la puesta en línea en un sitio de Internet de una fotografía publicada previamente en otro sitio web, cabe plantearse si la excepción de ilustración con fines educativos era aplicable para poder amparar la conducta de la alumna, ya que en este caso el uso de la obra ajena se había puesto a disposición del público por parte de la alumna y del profesor en una página web de acceso abierto en el marco educativo.

El artículo 5.3 a) de la DDASI establece que «los Estados miembros podrán establecer excepciones o limitaciones a los derechos a que se refieren los artículos 2 y 3 en los siguientes casos: a) cuando el uso tenga únicamente por objeto la ilustración con fines educativos o de investigación científica, siempre que, salvo en los casos en que resulte imposible, se indique la fuente, con inclusión del nombre del autor, y en la medida en que esté justificado por la finalidad no comercial perseguida». A la vista del precepto, el legislador requiere el cumplimiento de cuatro requisitos: 1) que la ilustración se haga con fines educativos; 2) que se indique la fuente y el nombre del autor; 3) que la finalidad no sea comercial y 4) la superación del test de las tres etapas (art. 5.5).

El primer requisito, el fin educativo, no puede interpretarse restrictivamente en el sentido de que solo incluya al profesor porque se ha empleado el término «educación» y no «aprendizaje». A nuestro modo de ver el fin ha de incluir en la educación tanto al profesor como al alumno y ello debe ser así por varias razones: a) las nuevas metodologías pedagógicas requieren una mayor implicación del estudiante en la enseñanza, lo que admite cierta flexibilidad en el sentido de que los propios alumnos transmiten información a modo de docentes en trabajos, en exposiciones en clase, en la búsqueda de materiales relacionados con la asignatura en cuestión, de modo que, hay que entender de forma integral el proceso educativo; b) el alumno es el beneficiario último de la excepción de ilustración pues es él el titular del derecho a la educación recogido en el art. 14.1 de la Carta de los derechos fundamentales de la UE; c) la mayoría de legislaciones nacionales que especifican los sujetos amparados por la excepción de ilustración prevén expresamente al alumno (art. 32 CDPA; art. 60 a (1) UrhG, art. L.122.5.3º e CPI), lo que demuestra que han considerado incluidos a los alumnos en la excepción de la DDASI de la que provienen. Entonces, ¿podía la alumna incorporar la fotografía para ilustrar la enseñanza? Entendemos que sí.

El segundo requisito se refiere a la necesidad de incorporar la indicación de la fuente y el nombre del autor, salvo que resulte imposible. Según los hechos de la sentencia sabemos que la alumna, al incorporar la fotografía, menciona la fuente, pero no el nombre del autor, ya que no estaba indicado en la página web de la revista. ¿Debe entenderse que se ha infringido el derecho moral de paternidad del autor? La DDASI exime de la obligación de citar el nombre del autor “cuando resulte imposible”, ¿en este caso era imposible? Entiendo que sí porque aunque está bastante claro que la Directiva pretende que el usuario de la obra realice un esfuerzo por mencionar el nombre del autor, la

investigación de la autoría debe exigirse hasta el límite de lo razonable²⁰. En este caso la fotografía no tenía título, con lo cual, era imposible conocer al autor. En otros casos en los que la obra utilizada tenga título es más razonable imponer al usuario que, utilizando las nuevas tecnologías, rastree el título de la obra a través de diversas páginas para poder averiguar el nombre del autor. En definitiva, en este caso la alumna cumplió con el derecho moral de paternidad al incorporar la fuente (el nombre de la revista) de la que procedía la fotografía.

El tercer requisito que impone el precepto exige la ausencia de finalidad comercial. ¿Se cumple en el caso? Parece que sí, ya que es evidente que colocar el trabajo de la alumna en la página web del colegio no tenía ninguna finalidad comercial ni directa ni indirecta.

Por último, el cuarto requisito nos lleva a plantear si la aplicación del límite de ilustración al caso cumple con el test de las tres etapas, esto es, que el uso de la alumna sea un caso concreto, que no afecte a la explotación normal de la obra y que no perjudique injustificadamente a los intereses legítimos del titular del derecho. El abogado general encontró en la primera etapa la mayor complejidad para determinar si el acto llevado a cabo por la alumna podía ser considerado “como un caso concreto” porque, utilizando un criterio meramente cuantitativo podría llegarse a la conclusión de que la actuación de la alumna seguramente se repetiría a diario en los Estados miembros, lo que podía llevar a no superar la primera etapa del test, pero poniendo en relación esta primera etapa con las otras dos, nos ha de llevar a entender que no importa tanto la cantidad de actos similares que pueden llevarse a cabo, sino que sus contornos estén lo suficientemente determinados y que se ponderen otros intereses que también se consideran legítimos, como los derivados del derecho a la educación. Con lo cual, entendemos que el uso de la fotografía no afectaba a la explotación normal de la obra, entendiendo por tal, el mercado actual o potencial de la misma, ni a los intereses legítimos del autor, porque ni la alumna, ni el profesor obtienen beneficios económicos derivados de la presencia de la fotografía en la Red, ni ningún provecho comercial en perjuicio del autor.

V. LOS TRABAJOS ACADÉMICOS HECHOS POR ALUMNOS Y LA LEY DE PROPIEDAD INTELECTUAL ESPAÑOLA

1. La ilustración con fines educativos

Es inevitable plantearse qué hubiera pasado si el trabajo de la alumna se hubiera colgado en la página web de un centro escolar español. La respuesta nos lleva a la necesidad de aplicar el ordenamiento jurídico español y considerar si la conducta de la alumna estaría amparada en algún límite. Debemos tener en cuenta que el régimen legal actual aplicable al límite de ilustración con fines educativos o de investigación científica procede de la Ley 21/2014. En la Exposición de Motivos de esta ley el legislador alude como motivo específico para abordar la reforma del límite la necesidad de que la regulación española se amplíe para acercarse más a lo permitido por la DDASI, pero lo cierto es que, como vamos a tener ocasión de comprobar, una vez más nuestro legislador va a seguir legislando en la línea de limitar las posibilidades previstas en el art. 5.3 a) de la DDASI.

El régimen jurídico del límite de ilustración introducido por la Ley 21/2014 se estructura en tres párrafos. El primero (art. 32.3º) se refiere a lo que se ha denominado por

²⁰ MARTÍNEZ MARTÍNEZ, N., *Los fines educativos y de investigación como límite al derecho de autor*, Madrid, 2018, p. 179.

la doctrina «versión no remunerada del límite» o «límite no remunerado» porque engloba aquellos supuestos en los que el uso de obras ajenas está exento de la obligación de remunerar al titular del derecho, ya que el último párrafo de dicho artículo establece expresamente que «los autores y editores no tendrán derecho a remuneración alguna por la realización de estos actos». El segundo (art. 32. 4º) se refiere a la «versión remunerada del límite» que no se aplica a toda la comunidad educativa, sino solamente a Universidades y centros públicos de investigación científica. Por último, el tercer párrafo (art. 32.5º) se limita a excluir las obras a las que no se puede aplicar el límite, entre las cuales no incluye las fotografías, por lo tanto, tiene sentido plantearnos la aplicación del límite en el caso que nos ocupa. Por lo que ha podido observarse, la regulación del límite de ilustración introducida por la Ley 21/2014 somete a la comunidad educativa a diferentes regímenes jurídicos en función del nivel educativo del que se trate, por lo tanto, al ser un caso referido a la enseñanza no universitaria, es de aplicación el art. 32.3º LPI. Pero, ¿qué requisitos exige el precepto para que la conducta de la alumna pueda encontrar cobijo en su articulado?

En primer lugar, en cuanto a los derechos de explotación afectados por este límite, el art. 32.3º permite al que ilustra realizar «actos de reproducción, distribución y comunicación pública». El hecho de que el legislador permita que entren en juego las tres prerrogativas no significa que necesariamente el que ilustra deba reproducir, distribuir y comunicar al público, sino que basta con que un solo acto de explotación se haya realizado para poderse plantear la aplicación del límite. En nuestro caso, la alumna realizó un acto de reproducción al descargarse la fotografía para incorporarla al trabajo y un acto de comunicación al público en su modalidad de puesta a disposición al subir el trabajo a la página web del centro escolar, lo que a su vez necesitó previamente que el trabajo se reprodujera, con fotografía incluida, en el servidor. Se trata de los mismos derechos de explotación previstos en el art. 5.3 a) y 5.4 de la DDASI, con lo cual, nuestra legislación es respetuosa con la legislación comunitaria en este punto.

En segundo lugar, en lo que concierne al respeto de la titularidad de los derechos morales que recaen sobre la obra ajena utilizada, en este caso la fotografía, el legislador incluye dos exigencias, la primera, en el apartado b) del precepto, «que se trate de obras ya divulgadas» y la segunda, en el apartado d), «que se incluyan el nombre del autor y la fuente, salvo en los casos en que resulte imposible». En efecto, se entiende que para poder utilizar obras ajenas al amparo de este límite debe tratarse de obras previamente divulgadas por su autor. No hay duda de que la exigencia de divulgación previa se fundamenta en el derecho moral del autor, ya que el derecho de divulgación es uno de los atributos morales que se conceden en exclusiva al autor (art. 14.1º LPI) y cuyo respeto debe imponerse en todos los límites que la Ley reconoce. Por lo tanto, nadie puede sustituir al autor de la obra en su voluntad de divulgarla. En nuestro caso, la fotografía ya había sido divulgada, ya que el señor *Renckhoff* había autorizado su puesta a disposición del público en la página web de la agencia de viajes. Otro tema sería plantearnos si la obra estaba protegida por la propiedad intelectual, ya que cuando el legislador exige que se utilicen obras previamente divulgadas está pensando en obras que sean lo suficientemente originales como para ser protegidas por la propiedad intelectual en el momento que se utilizan y solo respecto a ellas cabe plantearse la posibilidad de aplicar el límite, pues si no merecieran protección la utilización de las mismas sería libre. El Tribunal no se plantea este tema, más bien da por hecho que la fotografía estaba protegida por la LPI, así que vamos a mantener también esta

consideración. Por lo que respecta a la segunda exigencia referida al nombre del autor y la fuente, esta se fundamenta en la facultad de carácter moral regulada en el art. 14.3º LPI, esto es, en «exigir el reconocimiento de su condición de autor de la obra», en el derecho moral de paternidad del autor de la fotografía. En este aspecto, sirvan las consideraciones hechas respecto a esta exigencia en relación con el texto comunitario, ya que nuestro legislador ha traspuesto literalmente este requisito a la hora de regular esta versión del límite.

En tercer lugar, en relación con el tipo de obras y extensión de las mismas que puede utilizarse, el art. 32.3º se refiere expresamente a «pequeños fragmentos de obras y de obras aisladas de carácter plástico o fotográfico figurativo». Aunque el legislador no determina qué naturaleza deben tener las obras de las que solo se pueden utilizar pequeños fragmentos, debe entenderse que, por exclusión, serán todas aquellas que no puedan ser calificadas de obras de carácter plástico o fotográfico figurativo. Al no mencionar expresamente el carácter de estas obras, el legislador evita el problema de olvidarse de algún tipo de obra o de que surgiera en el futuro un nuevo tipo de obra que se pudiera considerar no incluida en el precepto. De este modo el legislador admite que cualquier tipo de obra pueda utilizarse con la finalidad de ilustrar la enseñanza, pero cuando se refiere a las obras de carácter plástico o fotográfico figurativo permite que sean utilizadas íntegramente siempre que sean obras «aisladas». En efecto, el legislador ha optado por mantener las diferencias cuantitativas entre las diversas categorías de obras que pueden ser objeto de ilustración, de modo que solamente se puedan reproducir, distribuir y comunicar al público en su integridad las obras plásticas²¹. Esta cuestión de la reproducción de la totalidad de las obras artísticas fue en su día debatida por la doctrina en relación con el límite de cita, ya que se veía con desconfianza que las obras pudieran ser utilizadas íntegramente, pero en su momento se consideró que exigir en estos casos que la obra fuera reproducida parcialmente podía plantear serios problemas en relación con la facultad moral de la integridad de la obra, ya que este uso podía generar entre el público una visión fragmentaria de la misma²².

El articulado del precepto nos obliga a analizar cómo debe interpretarse el término «obras aisladas» que acompaña a las obras artísticas, pues podríamos pensar que el legislador se refiere a que no se pueden utilizar muchas obras de este tipo en el acto de explotación realizado por el sujeto que se ampara en este límite, lo cual podría ser incongruente en algún caso (pensemos, por ejemplo, que la alumna hubiese incorporado varias fotografías de obras protegidas creadas por diferentes autores en el marco de un trabajo hecho para la asignatura de arte español), pero más bien parece que con el término «aisladas» el legislador quiere referirse al número de creaciones plásticas, en nuestro caso, fotografías, de un mismo autor que se pueden utilizar libremente. Debemos puntualizar que, aunque la Ley permite usar obras enteras, no se puede pretender utilizar todas las obras de un mismo autor, pues ello supondría un abuso en el ejercicio del límite de ilustración y también un exceso en la finalidad docente perseguida, con lo cual, para que el uso sea respetuoso con el art. 32.3.1º LPI habrá que comparar lo que se pretende utilizar con la cantidad de obras que componen la producción artística de un autor. Vaya por delante que

²¹ SAIZ GARCÍA, C., «Artículo 32. Citas y reseñas de ilustración con fines educativos o de investigación», *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, con PALAU, F. Y PALAO, G., Valencia, 2017, p. 550.

²² RIBERA BLANES, B., *El derecho de reproducción en la propiedad intelectual*, 2002, p. 270.

si la producción de un autor se reduce a una sola obra artística, ésta podrá ser objeto de ilustración sin ningún problema, pero si abarca una gran cantidad de obras, la ilustración sólo podrá comprender una o alguna de ellas, y, en todo caso, las que se consideren estrictamente necesarias para alcanzar el objetivo que se pretenda conseguir, que solo podrá ser docente o investigador, pues ese es el sentido que debe darse a los términos «en la medida justificada por la finalidad no comercial perseguida», empleados por el art. 32.3.1º a) LPI. En el caso que nos ocupa, la alumna incorporó al trabajo de la asignatura de español una sola fotografía del señor *Renckhoff*, eso sí, la reprodujo íntegramente, lo cual es perfectamente compatible con el art. 32.3º, ya que si la reproducción hubiera sido parcial, podría haber entrado en conflicto con la integridad de la obra y si se hubieran reproducido varias fotografías del mismo autor, ello nos hubiera obligado a comparar la cantidad de obras utilizadas con la totalidad de obras producidas por el señor *Renckhoff*. Del mismo solo sabemos que es un fotógrafo profesional, por lo tanto, deducimos que su producción artística no se limita solamente a la fotografía en cuestión, sino que se seguramente tendrá en su haber una gran cantidad de obras, pero, aunque así fuera, ya hemos afirmado que es lícito utilizar la única obra de un autor. En definitiva, la reproducción íntegra de la fotografía del señor *Renckhoff* en el trabajo de la alumna cumplía el requisito del tipo de obra y extensión de la misma que se puede utilizar al amparo del art. 32.3º LPI.

En cuarto lugar, debemos referirnos a los sujetos que pueden resultar amparados por el límite y a la finalidad que deben pretender. Estos dos requisitos van a ser tratados conjuntamente para un mejor entendimiento de lo dispuesto por el legislador en el art. 32.3º, ya que el texto no se limita a determinar los sujetos que pueden actuar y las finalidades que deben pretender al utilizar el límite no remunerado, sino que atribuye funciones concretas a los distintos sujetos que pueden intervenir. En el primer párrafo del precepto se determinan los sujetos, que son «el profesorado de la educación reglada impartida en centros integrados en el sistema educativo español y el personal de Universidades y Organismos públicos en sus funciones de investigación científica». Como se deduce de este inciso, el legislador vincula la finalidad de investigación científica solamente al personal de Universidades y Organismos Públicos de investigación. Aunque en este primer inciso del precepto no se diga nada acerca de la finalidad con la que deben actuar el primer grupo de sujetos, esto es, el profesorado de educación reglada, debemos entender que su función viene determinada en el apartado a) del precepto cuando alude a «la ilustración de sus actividades educativas, tanto en la enseñanza presencial como en la enseñanza a distancia» y, además, añade que la finalidad no puede ser comercial. También este apartado a) se refiere a los fines de investigación científica, pero estos fines ya los ha atribuido expresamente en el párrafo anterior al personal de las Universidades y Organismos Públicos de investigación, con lo cual, estos términos no aportan nada nuevo, vienen a reiterar lo previamente mencionado. En definitiva, el legislador ha querido separar las dos finalidades que resultan amparadas por el límite y atribuir cada una de ellas a un colectivo diferente de sujetos. De este modo, los que pueden ilustrar sus actividades educativas han de ser profesores de educación reglada, mientras que los que pueden utilizar el límite para su investigación científica deben tener la condición de ser personal de la Universidad o de los Organismos Públicos de investigación.

En lo que se refiere a la «finalidad no comercial perseguida», este requisito solo se exige en esta versión no remunerada del límite, a pesar de ello entendemos que se trata de

una exigencia predicable también del art. 32.4. La alusión no es nueva, estaba ya presente en la redacción originaria del límite y también en la DDASI, como hemos tenido ocasión de analizar en líneas anteriores, pero es criticable que se haya referido a ella en dos ocasiones, tanto en el art. 32.3.1º «no concurriendo una finalidad comercial», como en el art. 32.3.1 a) «y en la medida justificada por la finalidad no comercial perseguida», lo cual, resulta excesivamente reiterativo. La redacción del precepto sería más rigurosa y clara si la mención a la ausencia de finalidad comercial se hubiera eliminado del párrafo inicial y apareciese únicamente dentro de los cuatro requisitos necesarios que se señalan en los apartados enumerados de a) a d) para que el profesorado pudiera realizar los actos de explotación correspondientes. Como el requisito ya estaba previsto expresamente en el texto comunitario, valgan aquí las consideraciones hechas en relación con el mismo con anterioridad.

Si comparamos el precepto con la regulación anterior, en lo que respecta a la docencia se sigue el mismo esquema, ya que se requiere que sea impartida por profesores y que sea reglada, la diferencia está en que se concreta más dicha docencia, al añadir que sea «en centros integrados en el sistema educativo español». Por lo tanto, han de ser centros donde se imparten enseñanzas regladas del sistema educativo español, tanto universitarios como no universitarios. Por docencia reglada debe entenderse aquella que está encaminada a la obtención de un título oficial (infantil, primaria, secundaria...), por lo que sigue quedando fuera del límite la docencia que se imparte en academias u otros centros, al entender que no tiene como finalidad la obtención de un título oficial. En esta materia la novedad reside en la inclusión de la enseñanza a distancia, antes prohibida por el anterior art. 32.2º LPI, ya que la ilustración de las actividades educativas debía producirse «en las aulas». La exclusión de la docencia a distancia había sido criticada por la doctrina, ya que hacía que el límite tuviera un ámbito de aplicación que poco tenía que ver con la realidad del momento en el ámbito docente. Debe reconocerse que ha sido un acierto que el legislador español haya optado por incluir la educación *on line* y que lo haya hecho con contundencia, sin dar pie a que se genere ningún tipo de duda acerca de su inclusión al haber hecho alusión expresamente a ella al emplear los términos «tanto en la enseñanza presencial como en la enseñanza a distancia».

En el hipotético caso de que la alumna hubiera pertenecido a un centro docente español, se cumpliría el requisito de que la ilustración se habría hecho en el marco de una actividad educativa reglada, en la enseñanza presencial que se imparte en un centro integrado en el sistema educativo español, pero el problema lo tendríamos, no desde el punto de vista de la actividad realizada y el lugar donde ésta se materializa, sino desde el punto de vista subjetivo. En efecto, el art. 32.3º indica claramente que solo puede ser sujeto activo de los actos de explotación amparados en el límite «el profesorado de la educación reglada (...)», siendo irrelevante el tipo de vínculo (contractual o funcional) que éste tenga con el centro en cuestión donde imparta docencia porque lo importante es que realice actividades docentes. Según el DRAE, profesor es la persona que ejerce o enseña una ciencia o arte. Por tanto, entendemos que cualquier persona que lleve a cabo una labor docente, aunque no se trate de su actividad habitual, podría hacer uso del límite.

Ahora bien, cabría plantearse si la referencia expresa al profesorado excluye a otros sujetos que no tengan tal condición, como puede ser el caso del personal de administración y servicios, en la medida en que puedan tener una relación de colaboración indirecta con la docencia; los bibliotecarios y otros técnicos que también asuman labores docentes o de

formación en la organización a la que pertenecen, y, en último término, el caso de los alumnos que es el que conecta con la sentencia que comentamos. He aquí el problema. Resulta muy llamativo que el legislador español se haya dejado fuera del límite a los alumnos, máxime si tenemos en cuenta que el límite fue reformado en 2014. No se entiende que una Ley tan moderna y reciente como esta haya desconocido que los nuevos planes de estudio exigen la participación cada vez más activa del alumno, realizando exposiciones en clase, buscando materiales y noticias relacionados con la asignatura, haciendo trabajos, participando en debates... Quizá el legislador haya dejado fuera del límite a los estudiantes porque considera que ellos no tienen «función docente» propiamente dicha, pero, aunque principalmente podamos considerar que dicha labor corresponde al profesor, no debemos olvidar que las nuevas formas de aprendizaje permiten que el alumno pueda aprender de otros que también lo sean y no únicamente del profesor que imparte y/o dirige la asignatura de que se trate. ¿Acaso no se puede aprender del trabajo que un alumno expone en clase o pone a disposición en la página web del centro escolar? El alumnado aprende de los profesores, de otros alumnos y de ellos mismos (autoaprendizaje). Por lo tanto, lo deseable hubiera sido que el legislador hubiera aprovechado la reforma del límite abordada en 2014 para incluirlos. ¿Por qué? Por varios motivos. En primer lugar, porque la inclusión de los alumnos como sujetos activos de la excepción sería perfectamente compatible con el texto de la DDASI, ya que ésta en el art. 5.3 a) no menciona a los sujetos amparados por la norma, de modo que estarán incluidos todos aquellos que tengan fines educativos. En segundo lugar, porque si el legislador español hubiera incluido también a los alumnos se hubiera logrado dotar de una mayor armonización y uniformidad al límite de ilustración, dado que la mayoría de las legislaciones de los Estados miembros que han transpuesto el límite y han mencionado a los sujetos que podían hacer uso del mismo, se han referido expresamente a los mismos. Por último, porque la inclusión del alumnado entre los sujetos que pueden hacer uso del límite daría una visión más moderna y más adaptada a la realidad que se vive diariamente en los centros escolares. Sin embargo, lo cierto es que el texto del precepto solamente se refiere al profesorado y, aunque aplicando el art. 3.1º CC pudiéramos hacer una interpretación de la norma más en el sentido de la realidad social del tiempo en que ésta ha de ser aplicada, la referencia expresa a este colectivo supone un obstáculo difícil de superar. Además, debe tenerse en cuenta que, en contra de la opinión que hemos defendido, también podrá alegarse que al tratarse de un límite al ejercicio de un derecho, en este caso al derecho o derechos del autor, se tiene que interpretar restrictivamente, por lo que si el legislador español ha decidido mencionar solamente a los profesores, sólo ellos deben entenderse amparados por la norma²³, máxime teniendo en cuenta que ha tenido la oportunidad de cambiar de criterio, al legislar nuevamente sobre el límite.

En el caso que nos ocupa, el trabajo fue elaborado por la alumna y fue ella misma la que incorporó la fotografía obtenida de una página web de Internet para ilustrar su trabajo en aras a una mejor comprensión de la asignatura en el marco de la actividad docente. Resultaría muy forzado sostener la idea de que como el trabajo fue encargado, supervisado y revisado por el profesor, y, al parecer, éste mismo fue quien sugirió y/o permitió a la alumna poner a disposición del público en general el trabajo con la fotografía en la página web del centro escolar, que ese hecho fue suficiente para atribuir la actividad ilustradora al

²³ SAIZ GARCÍA, C., «Artículo 32», *cit.*, p. 558.

profesor. En consecuencia, el único requisito del límite previsto en el art. 32.3 que no cumpliría la conducta de la alumna que incorporó la fotografía a su trabajo con el propósito de ilustrar una actividad docente reglada sería el de los sujetos amparados por la norma, pues no puede entenderse que la conducta sea predicable del profesor, sino de la alumna.

2. La excepción de cita

Si hubiéramos contestado de forma negativa a la pregunta de si la referencia expresa al profesorado excluye al alumnado, cabría plantearse la siguiente cuestión: ¿puede superarse este inconveniente de alguna manera? ¿Podría la conducta de la alumna ampararse en otro de los límites previstos en la LPI?

En nuestra Ley de propiedad intelectual es el art. 32.1º el que declara lícita la inclusión en una obra propia de fragmentos de otras ajenas de naturaleza escrita, sonora o audiovisual, así como la de obras aisladas de carácter plástico o fotográfico figurativo, siempre que se trate de obras ya divulgadas y su inclusión se realice a título de cita o para su análisis, comentario o juicio crítico. Tal utilización solo podrá realizarse con fines docentes o de investigación, en la medida justificada por el fin de esa incorporación e indicando la fuente y el nombre del autor de la obra utilizada.

Nuestro legislador no define lo que debe entenderse por cita, aunque la doctrina entiende por ella la reproducción de extractos de una obra ajena para incluirlos en una obra propia²⁴, partiendo de la base de que esos contenidos ajenos estén protegidos por la propiedad intelectual. Si analizamos el texto vigente vemos que nuestro legislador exige los siguientes requisitos para que las citas sean lícitas: 1) tipos de obras que pueden ser utilizadas y extensión de las mismas; 2) forma de realizar la inclusión; 3) finalidad que debe perseguirse y 4) la indicación de la fuente y el nombre del autor.

A la naturaleza de las obras que pueden ser citadas hacen referencia las primeras palabras del art. 32.1º LPI, según el cual: «es lícita la inclusión en una obra propia de fragmentos de otras ajenas de naturaleza escrita, sonora o audiovisual, así como la de obras aisladas de carácter plástico o fotográfico figurativo, siempre que se trate de obras ya divulgadas...». Nuestro legislador distingue entre las obras de naturaleza escrita, sonora o audiovisual y las obras plásticas y fotográficas. En realidad, nuestra LPI permite la cita de cualquier tipo de obras, ahora bien, establece una diferencia en relación con el *quantum* de lo que se puede citar, según el tipo de obra de que se trate. De este modo, solamente se pueden reproducir en su integridad las obras plásticas y fotográficas. Si en estos casos únicamente se permitiera la reproducción parcial, se estaría proporcionando una visión fragmentaria de la obra que podría atentar contra el derecho moral de integridad de su autor²⁵. Lo que no se determina es cuál debe ser la naturaleza de la obra que incorpora la cita, por lo tanto, deberá entenderse que cualquier tipo de obra podrá contener citas de obras de cualquier naturaleza²⁶.

En nuestro caso la obra que se utiliza es una fotografía, obra que debe entenderse incluida en la naturaleza de obras que pueden ser citadas y que, como hemos advertido con

²⁴ Vid. LÓPEZ MAZA, S., «Artículo 32», *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, con BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., Madrid, 2017, p. 623; SAIZ GARCÍA, C., «Artículo 32», *cit.*, p. 525.

²⁵ RIBERA BLANES, B., *El derecho de reproducción*, *cit.*, p. 270.

²⁶ LLEDÓ YAGÜE, F., «Artículos 31-32», *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, con BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., Madrid, 1989, p. 512.

anterioridad, cumple el requisito de haber sido divulgada previamente a la incorporación de la misma en el trabajo de la alumna porque precisamente la divulgación de la obra en la página web de la agencia de viajes es lo que permitió a la alumna poder conocer su existencia e incorporarla a su trabajo escolar. Además, dicha incorporación respeta la extensión de lo que se puede citar, ya que al amparo del límite de cita se pueden utilizar obras aisladas de carácter fotográfico, como lo fue la fotografía de la ciudad de Córdoba empleada por la alumna. Valgan las consideraciones hechas anteriormente respecto al límite de ilustración en cuanto a que el sentido que debe darse a que la obra sea aislada se corresponde con la necesidad de comparar lo que se pretende utilizar para la cita con toda la producción artística, en este caso, fotográfica del autor²⁷. Aunque desconocemos si el señor *Renckhoff* tenía más fotografías protegidas por la propiedad intelectual, en el caso de que la única fuera la utilizada por la alumna, también cabría utilizar el límite de cita respecto a ella, pues no existen razones especiales para excluirla²⁸.

La segunda condición de licitud del límite de cita impuesta por nuestra Ley es que la inclusión se realice «a título de cita o para su análisis, comentario o juicio crítico». Ello supone que el legislador permite como figuras independientes a la cita, el análisis, comentario o juicio crítico, entendiendo que la cita es la mera reproducción literal de un contenido en una obra²⁹, sin que el que la incorpora tenga que realizar ninguna aportación personal³⁰. Aunque es bastante habitual que la inclusión de la obra ajena vaya acompañada de dicha aportación, el legislador no la exige y, en el caso objeto de estudio no nos consta que hubiera aportación personal de la alumna que acompañase a la fotografía ajena, sino que más bien se trataba en este caso de “ilustrar” el trabajo de la asignatura de español con la fotografía de una ciudad representativa de España como lo es la ciudad de Córdoba. En definitiva, la fotografía tenía relación con lo que se estaba analizando y se correspondía con lo que se entiende por “ilustrar” en el Diccionario de la RAE, ya que una de sus acepciones se refiere a «adornar un impreso con láminas o grabados alusivos al texto». Además, nuestra jurisprudencia ha venido admitiendo la aplicación del límite de cita con un mero propósito ilustrativo al utilizarse obras plásticas o fotográficas en libros de texto al entender que el uso de dichas obras citadas favorecía la docencia.

Aunque el art. 5. 3. d) de la DDASI no exige la consecución de unos fines concretos al regular el límite de cita, sin embargo, nuestro legislador requiere que la finalidad del que cita sea docente o investigadora. Como ha tenido ocasión de señalar la doctrina, ello se debe a que el legislador español de 1987 confundió los límites previstos en los arts. 10.1 y 2 del Convenio de Berna e incorporó en un solo precepto las dos limitaciones: cita e ilustración³¹, exigiendo en ambos casos las mismas finalidades. Los términos empleados por el legislador no deben entenderse en sentido amplio para amparar otro tipo de

²⁷ RIVERO HERNÁNDEZ, F., «Reproducción de la obra plástica propiedad de museos y colecciones privadas», *RCDI*, nº 622, p. 186.

²⁸ BONDÍA ROMÁN, F., «Artículo 32», *Comentarios a la Ley de propiedad intelectual*, con RODRÍGUEZ TAPIA, J.M., y BONDÍA ROMÁN, F., Madrid, 1997, p. 170.

²⁹ LÓPEZ MAZA, S., «Artículo 32», *cit.*, p. 629.

³⁰ MARISCAL GARRIDO-FALLA, P., «El límite de cita a la luz de la directiva 2001/29 y de la Ley de propiedad intelectual. Evolución jurisprudencial», *Estudios sobre la Ley de propiedad intelectual: últimas reformas y materias pendientes*, Madrid, 2016, p. 420.

³¹ MARTÍNEZ MARTÍNEZ, N., *Los fines*, *cit.*, p. 253.

finalidades, como la informativa, ya que cuando el legislador ha querido amparar esta finalidad en alguna excepción la ha mencionado expresamente y, además, no debemos olvidar que estamos ante un límite al derecho exclusivo del autor y como toda norma que establece una excepción, la interpretación ha de hacerse de forma restrictiva. Se da por hecho que la necesidad de que la cita persiga fines docentes y de investigación excluye la obtención de cualquier tipo de lucro, sin necesidad de que el legislador lo haya excluido expresamente³². En este sentido, por el término «docencia» debe entenderse la acción de enseñar y por «investigación», la acción que tiene por fin ampliar el conocimiento científico.

A diferencia de lo que acontecía con el límite de ilustración, el legislador no atribuye estas funciones a sujetos concretos, por lo tanto, cualquier persona que persiga estos fines estará amparada por la excepción y teniendo en cuenta además, como hemos afirmado anteriormente, que las nuevas metodologías docentes requieren que el alumno sea protagonista de su propio aprendizaje y del de sus compañeros, no habrá problema en defender que la finalidad perseguida por la alumna al ilustrar su trabajo con la fotografía era exclusivamente docente y no pretendía obtener ningún beneficio económico, cumpliendo así el requisito de la norma.

La última condición prevista en el artículo 32.1 LPI es que aquel que cita debe indicar la fuente de donde ha extraído el contenido citado y el nombre del autor de la obra utilizada. Llama la atención que el legislador comunitario, tanto cuando regula el límite de cita (art. 5.3.d DDASI), como cuando se refiere a la ilustración (5.3.a DDASI) manifiesta que debe incluirse la fuente y el nombre del autor, salvo que resulte imposible. Y, sin embargo, nuestro legislador, cuando trata la cita simplemente establece que se indicará la fuente y el autor de la obra utilizada, sin plantearse la posibilidad de que esta indicación sea imposible, extremo que sí incorpora en la regulación nacional del límite de ilustración. No obstante, la diferencia de trato no debe interpretarse como que el que cita debe incluir la fuente y el nombre del autor en todo caso, ni que hay una mayor relajación del cumplimiento del deber respetar la paternidad de la obra en el ámbito de la ilustración, sino que más bien se debe a que, en el caso de la ilustración, se ha transpuesto literalmente el art. 5.3.a) de la DDASI y en el caso de la cita, la regulación no se ha modificado para adaptarse al art. 5.3. d) de la DDASI.

Una vez hechas estas aclaraciones, debemos de entender que este requisito se cumple, ya que la alumna citó la fuente, pero le fue imposible citar el nombre del autor, ya que este no se hizo constar en la página web de la agencia de viajes de donde se extrajo la fotografía.

Por lo tanto, teniendo en cuenta que el límite de cita permite utilizar fotografías íntegramente con finalidad docente por cualquier sujeto siempre que se indique la fuente y el nombre del autor, todo parece indicar que la conducta de la alumna podría ampararse en tal excepción. La única dificultad que podría suponer la aplicación de este límite es la exigencia de incorporación en una obra propia, requisito que constituye uno de los elementos distintivos de la cita y que no se requiere cuando de ilustrar la enseñanza se trata³³. En efecto, para que la alumna pudiese acogerse al límite de cita sería necesario que la obra ajena se incluyera «en una obra propia», esto es, que el trabajo de la alumna fuera considerado lo suficientemente original como para ser calificado de obra protegible por la

³² LÓPEZ MAZA, S., «Artículo 32», *cit.*, p. 633.

³³ MARTÍNEZ MARTÍNEZ, N., *Los fines*, *cit.*, p. 254.

propiedad intelectual, tal y como exigen las primeras palabras del precepto y ha venido exigiendo mayoritariamente la doctrina³⁴. En ese caso se cumpliría el requisito previsto en el art. 32.1.1 LPI porque habría inclusión de obra ajena (la fotografía) en una obra propia: el trabajo creado por la alumna. Aun así, puede defenderse que este requisito se cumple, pues todo parece apuntar que el trabajo de la alumna fue lo suficientemente original como para merecer que el profesor decidiera ponerlo a disposición del público en la página web del centro escolar. Con ello se consideraría superada la dificultad y la alumna podría verse respaldada por la aplicación del límite cita, de modo que su actuación no supondría ninguna infracción de los derechos de explotación del autor de la fotografía en cuestión, el señor *Renckhoff*.

En definitiva, el análisis de los límites bajo los que podría ampararse la conducta de la alumna si fuera de aplicación la LPI española nos lleva a afirmar que la cita y la ilustración de la enseñanza son límites que se diferencian en algunos aspectos, como puede ser el fundamento que en cada caso tiene la excepción, ya que la cita pretende fomentar la creación literaria, artística o científica, mientras que la ilustración busca el desarrollo educativo del sujeto y la mejora en el proceso de aprendizaje. Tampoco coinciden en lo que se refiere a los destinatarios, ya que mientras la cita se dirige al público en general, la ilustración va destinada a la comunidad educativa e investigadora³⁵.

Aun así, en lo que respecta a nuestro caso concreto y a la vista de los dos límites analizados, podemos afirmar que la regulación del límite de ilustración no remunerado consagrada en el art. 32.3º LPI se puede solapar aquí con el régimen jurídico previsto para el límite de cita (art. 32.1), ya que la finalidad de ambos límites es la misma (docente o investigadora), las obras que se pueden utilizar y la extensión de las mismas coincide y, además, los derechos morales que hay que respetar son los mismos. Así las cosas, resulta más ventajoso en este caso aplicar el límite de cita dado que, al no ser tan restrictivo como el de ilustración en cuanto al ámbito subjetivo respecta, ampararía la conducta de la alumna. A pesar de todo ello, debe reconocerse que lo preferible sería que la actuación de la alumna encontrara cobijo en el límite de la ilustración que es un límite más concreto en el que se contempla específicamente la relación entre profesor y alumno cuando de docencia se trata, pues debe entenderse que entre la cita y la ilustración hay una relación de género a especie, ya que los dos límites están regulados en el mismo artículo y, el genérico, la cita, aparece en primer lugar y el específico, la ilustración, aparece en segundo lugar³⁶.

VI. LOS TRABAJOS ACADÉMICOS QUE INCORPORAN RECURSOS DIGITALES PROTEGIDOS EN LA DIRECTIVA DDAMUD

La excepción de ilustración de la enseñanza ya estaba presente tanto en el Convenio de Berna (art. 10.2), como en el art. 5.3.a de la DDASI. Sin embargo, en estos textos el límite era facultativo para los Estados miembros y aunque ciertamente la mayoría lo habían incorporado, las diferencias legislativas eran evidentes, además de que existían dudas sobre la posibilidad de aplicar esta excepción al entorno digital, y más concretamente, a la

³⁴ BOCHURBERG, L., *Le droit de citation*, París, 1994, p. 53.

³⁵ MARTÍNEZ MARTÍNEZ, N., *Los fines, cit.*, p. 255.

³⁶ RIBERA BLANES, B., «La nueva regulación de la ilustración con fines educativos o de investigación científica introducida por la Ley 21/2014, *Estudios sobre la Ley de propiedad intelectual: últimas reformas y materias pendientes*, Madrid, 2016, p. 704.

educación a distancia y a los proyectos educativos transfronterizos, lo cual afectaba al buen funcionamiento del ansiado «mercado único digital». Por eso, la Comisión Europea en su Comunicación de 2015 anunció la posibilidad de presentar propuestas legislativas para «aclarar el ámbito de aplicación de la excepción relativa a la ilustración con fines educativos y su aplicación a usos digitales y al aprendizaje en línea».

En este contexto surge la Directiva 2019/790 de 17 de abril de 2019 sobre los derechos de autor y derechos afines en el mercado único digital (en adelante Directiva DDAMUD) que prevé en su art. 5 una excepción para la utilización de obras y otras prestaciones en actividades pedagógicas digitales y transfronterizas³⁷. El precepto se estructura en cuatro párrafos: el apartado 1º contiene lo que puede denominarse el núcleo básico de la excepción; el apartado 2º se refiere al ámbito de aplicación de la excepción; el tercer apartado establece el mecanismo de control de la legalidad de los contenidos y el último reconoce la posibilidad de establecer una compensación equitativa para los titulares de derechos por el uso de sus obras u otras prestaciones con arreglo a lo permitido por el apartado primero. Es este apartado primero el que debemos tener en cuenta para averiguar si la conducta de la alumna puede tener encaje en él. En dicho artículo se describe cómo se debe producir el uso de recursos pedagógicos ajenos. Según el primer párrafo del precepto «los Estados miembros establecerán una excepción o limitación (...) a fin de autorizar el uso digital de obras y otras prestaciones únicamente a efectos de ilustración con fines educativos, en la medida en que ello esté justificado por la finalidad no comercial perseguida, a condición de que dicho uso: a) tenga lugar bajo la responsabilidad de un centro de enseñanza, en sus locales o en otros lugares, o a través de un entorno electrónico seguro al que solo puedan acceder los alumnos o estudiantes y el personal docente del centro, y b) vaya acompañado de la indicación de la fuente, con inclusión del nombre del autor, salvo que ello resulte imposible».

Antes de proceder a analizar los requisitos exigidos por la norma, quiero centrar la atención en el título del precepto denominado «utilización de obras y otras prestaciones en actividades pedagógicas digitales y transfronterizas». El mismo parece dar a entender que el uso que debe ampararse en el precepto ha de reunir las dos características, esto es, ser digital y transfronterizo. De ser así, deberíamos afirmar que el art. 5.3.a de la DDASI se seguiría aplicando cuando el uso es analógico y también cuando siendo digital no pueda considerarse transfronterizo. No obstante, si dejamos de un lado el título de la excepción y hacemos una interpretación sistemática del precepto en su conjunto, la conclusión a la que llegamos es diferente porque el articulado del primer párrafo solamente dispone que el uso ha de ser digital, pero después cuando especifica dónde ha de tener lugar ese uso digital de la obra o prestación en el apartado a), se especifica que este puede producirse «en sus locales», refiriéndose al centro de enseñanza. En consecuencia, en este caso no hay un uso transfronterizo, hay un uso digital de una obra o prestación pero no tiene por qué ser transfronterizo, como admite expresamente la norma. Así las cosas, debe afirmarse que el uso analógico seguirá estando cubierto por la excepción de la DDASI, pero si el uso es digital estará regulado por el art. 5 de la DDAMUD, sea transfronterizo o no.

³⁷ Un estudio exhaustivo sobre el precepto puede consultarse en RIBERA BLANES, B., «La enseñanza presencial y online mediante la utilización de recursos digitales protegidos por la propiedad intelectual (art. 5 DDAMUD)», *Propiedad intelectual y mercado único digital europeo*, con SAIZ GARCÍA, C. Y EVANGELIO LLORCA, R., 2019, pp. 159-212.

Partiendo de esta premisa, ¿cumpliría la conducta de la alumna con los requisitos del precepto? En primer lugar, se exige que el uso de la obra ajena sea digital. En este caso no hay duda de que lo es y además es transfronterizo porque el trabajo que incluye la fotografía se pone a disposición del público en general en la página web del centro escolar. En segundo lugar, la norma establece que el uso ha de hacerse «a efectos de ilustración con fines educativos». También este requisito se cumpliría, ya que la alumna pretendía ilustrar con la fotografía la enseñanza de la asignatura de español. Además, obsérvese que el precepto no determina qué sujetos pueden hacer ese uso, con lo cual, tanto el profesor como el alumno deben entenderse incluidos. En tercer lugar, se exige que la finalidad no sea comercial y ya hemos sostenido que la alumna no tenía otro propósito que el docente y no obtuvo ningún beneficio económico. En cuarto lugar, el uso ha de ir acompañado de la indicación de la fuente, con inclusión del nombre del autor, salvo que ello resulte imposible, según el art. 5.1 b), requisito que también se cumple. Entonces, ¿cuál es el problema? El art. 5.1 a) exige que el uso «tenga lugar bajo la responsabilidad de un centro de enseñanza, en sus locales o en otros lugares, o a través de un entorno electrónico seguro al que solo pueden acceder los alumnos o estudiantes y el personal docente del centro». En nuestro caso, el uso no se produjo en los locales del centro de enseñanza ni en otros lugares, sino en la página web del centro escolar. A esa página web podía acceder el público en general, por lo tanto, no sólo los estudiantes y el personal docente del centro. Debemos tener en cuenta que el Considerando 22 de la DDAMUD dispone que «debe entenderse por entornos electrónicos seguros los entornos digitales de enseñanza y aprendizaje cuyo acceso está limitado al personal docente de un centro de enseñanza y a los alumnos o estudiantes matriculados en un programa de estudios, en particular mediante procedimientos de autenticación adecuados que incluyan una autenticación basada en una contraseña».

En definitiva, la página web del colegio no puede considerarse un entorno electrónico seguro, según lo que entiende por él el Considerando 22 y la conducta de la alumna no podría ampararse en el art. 5 de la DDAMUD.

VII. CONCLUSIÓN

A la vista de las consideraciones realizadas durante el presente estudio debe entenderse que la alumna que incorporó una fotografía ajena protegida por la propiedad intelectual en su trabajo para la asignatura de español y lo puso a disposición del público en la página web del centro escolar donde cursaba estudios estaba amparada por el art. 5.3.a) DDASI, norma que estaba en vigor y que era perfectamente aplicable al caso. Se cumplen, por tanto, todos los requisitos que exige la legislación comunitaria en materia de ilustración de la enseñanza. En cambio, si la conducta se hubiera producido en la página web de un centro escolar español, la respuesta cambiaría totalmente, ya que sería de aplicación el art. 32.3º LPI, que, aunque deriva del art. 5.3.a) DDASI, es un precepto mucho más restrictivo además de confuso y farragoso, lo que provoca inseguridad jurídica a los colectivos que pueden hacer uso del límite. Consideramos que las personas que forman parte de estos colectivos deberían tener unas nociones claras del alcance de la excepción para poder mejorar su trabajo, siendo conscientes de hasta qué punto pueden usar las obras ajenas y las nuevas herramientas tecnológicas a su alcance (campus virtuales, webs, blogs) para contribuir más plenamente al desarrollo e innovación cultural. La regulación del límite de ilustración establecida por la Ley 21/2014 no pone las cosas fáciles, ni por su redacción

ni por su alcance y no ampara la conducta de los alumnos, ya que al exigir que los sujetos que lo utilizan sean «profesores», nos lleva a tener que aplicar otro límite que, aunque relacionado con el límite de ilustración, es mucho más genérico que éste. Se trata del límite de cita que, al no especificar los sujetos a los que incumbe, se entiende que sí puede ser utilizado por el alumnado. El único inconveniente puede estar en que el trabajo al que se incorpora la obra ajena tiene que ser considerado «obra propia», requisito que sí que se cumplía en este caso. Por último, se ha llegado a la conclusión de que la conducta de la alumna no estaría amparada por el límite de ilustración regulado en el art. 5 de la Directiva 2019/790, ya que éste exige que el uso se produzca en un entorno electrónico seguro al que sólo puedan acceder el personal docente de un centro de enseñanza y los alumnos o estudiantes matriculados en un programa de estudios. Como en este caso la alumna puso a disposición el trabajo en la página web del centro escolar a la cual tenía acceso cualquier persona, su conducta no podía resultar amparada por la excepción.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

ANTEQUERA PARILLI, R., «Obra fotográfica. Originalidad. Distinción con las meras fotografías», Centro Regional para el Fomento del Libro en América Latina y el Caribe (CERLALC), 2011, pp. 1-10.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., «Comentario al artículo 2.1», *Comentarios al Convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas*, con BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., Madrid, 2013, pp. 99-135.

BOCHURBERG, L., *Le droit de citation*, París, 1994.

BONDÍA ROMÁN, F., «Los derechos sobre las fotografías y sus limitaciones», *Anuario de Derecho civil*, t. LIX, Fascículo III, julio-septiembre, 2006, pp. 1065-1114.

BONDÍA ROMÁN, F., «Artículo 32», *Comentarios a la Ley de propiedad intelectual*, con RODRÍGUEZ TAPIA, J.M Y BONDÍA ROMÁN, F., Madrid, 1997, pp. 169-173.

CÁMARA ÁGUILA, M^a. P., «La originalidad de la obra como criterio general de protección en el derecho comunitario: la Sentencia del TJCE de 16 de julio de 2009 que resuelve el asunto Infopaq», *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, n^o 8, 2012, pp. 111-129.

CARBAJO CASCÓN, F., «Distinción entre obra fotográfica y mera fotografía. El concepto de originalidad creativa», *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, t. XXXII (2011-2012), pp. 694-697.

CARRANCHO HERRERO, M^a. T., «Las cosas fotografiadas. En torno a la llamada imagen de las cosas propias», *Fotografía y derecho de autor*, con SERRANO FERNÁNDEZ, M., Madrid, 2008, pp. 123-145.

DELGADO PORRAS, A., «La fotografía en el sistema de la propiedad intelectual», *Derecho de autor y derechos afines al de autor*, con DELGADO PORRAS, A., vol. I, Madrid, 2007, pp. 403-410.

DESANTES, B., *Proyecto piloto para la Documentación y Registro de los Derechos de Propiedad Intelectual del Patrimonio Fotográfico*, Subdirección General de Archivos Estatales del Ministerio de Educación, Cultura y Deporte, Madrid, 2017.

GALACHO ABOLAFIO, A.F., «La originalidad en los derechos de autor, un enfoque fotográfico», *ADI*, n^o 38 (2017-2018), pp. 323-348.

LLEDÓ YAGÜE, F., «Comentario al art. 31 LPI», *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, con BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., Madrid, 1989, pp. 489-510.

LÓPEZ MAZA, S., «Artículo 32», *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, con BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., Madrid, 2017, pp. 620-672.

MARISCAL GARRIDO-FALLA, P., «El límite de cita a la luz de la directiva 2001/29 y de la Ley de propiedad intelectual. Evolución jurisprudencial», *Estudios sobre la Ley de propiedad intelectual: últimas reformas y materias pendientes*, Madrid, 2016, pp. 399-440.

MARTÍNEZ MARTÍNEZ, N., *Los fines educativos y de investigación como límite al derecho de autor*, Madrid, 2018.

PIZARRO MORENO, E., «Obras expresadas por procedimientos análogos a los fotográficos. En torno a las llamadas simples fotografías», *Fotografía y derecho de autor*, con SERRANO FERNÁNDEZ, M., Madrid, 2008, pp. 31-44.

RIBERA BLANES, B., *El derecho de reproducción en la propiedad intelectual*, Madrid, 2002.

—«La nueva regulación de la ilustración con fines educativos o de investigación científica introducida por la Ley 21/2014», *Estudios sobre la Ley de propiedad intelectual: últimas reformas y materias pendientes*, Madrid, 2016, pp. 685-754.

—«La enseñanza presencial y online mediante la utilización de recursos digitales protegidos por la propiedad intelectual (art. 5 DDAMUD)», *Propiedad intelectual y mercado único digital europeo*, SAIZ GARCÍA, C., Y EVANGELIO LLORCA, R., 2019, pp. 159-212.

RIVERO HERNÁNDEZ, F., «Reproducción de la obra plástica propiedad de museos y colecciones privadas», *RCDI*, 622, 1994, pp. 1149-1198.

RODRÍGUEZ TAPIA, J.M., «La obra fotográfica en la LPI. De la fábrica de colores, formas, luces y sombras a la protección legal de la mirada original», *Fotografía y derecho de autor*, SERRANO FERNÁNDEZ, M., Madrid, 2008, pp. 7-29.

SAIZ GARCÍA, C., «Artículo 32. Citas y reseñas de ilustración con fines educativos o de investigación», *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, con PALAU, F. Y PALAO, G., Valencia, 2017, pp. 521-570.

SÁNCHEZ VIGIL, J.M., «Criterios para la consideración de “obras fotográficas”. Propuesta del test OFOTO», *Documentación de las Ciencias de la Información*, 44 (1), 2021, pp. 3-14.

VALERO MARTÍN, E., *Obra fotográfica y meras fotografías*, Valencia, 2000.

VICENTE DOMINGO, E., «Las personas fotografiadas: derechos a la imagen y propiedad intelectual», *Fotografía y derecho de autor*, con SERRANO FERNÁNDEZ, M., Madrid, 2008, pp. 92-97.