

21 de octubre de 2022

### **ARTE Y DERECHO: EL DILEMA DE LA FOTOGRAFÍA**

*La pintura y la fotografía comparten ciertos dilemas filosóficos. ¿Los resuelve el derecho?  
Pero además, ¿no será necesario contar con un buen abogado?*



¿Todas las fotos son obras de arte?

El peón que pinta las paredes de mi casa ¿es un artista?

Un caso publicado hace poco tiempo en Italia ayuda a contestar esas preguntas... y a tener presente la necesidad de contar siempre con un buen asesoramiento legal, por sencilla que parezca la cuestión<sup>1</sup>.

¿Qué ocurrió?

Tiziana, una joven emprendedora de Catania, se especializó en la decoración a mano de ciertos accesorios para mujer (carteras, zapatos y adornos de fantasía). Como buena siciliana, incluyó entre los motivos decorativos que usaba en su trabajo dibujos inspira-

dos en la tradición local: marionetas (las llamadas "pupi"), la trinacria (el antiguo símbolo icónico de Sicilia reproducido en este artículo: tres piernas flexionadas inscriptas en un triángulo en el medio del cual luce la cabeza de la Gorgona) y algunas imágenes de santos locales como Sant'Agata (nuestra Santa Águeda), etcétera.

Tiziana pronto abrió un local propio en Catania y en 2013, ante el éxito de ventas, decidió incrementar sus actividades de promoción: creó y registró la marca "Tizzini", publicitó sus productos a través de las redes sociales e hizo preparar un catálogo digital con fotos de sus carteras y zapatos.

Para esto último contrató a Jessica Hauf, una fotógrafa profesional especializada en moda, para que tomara las fotografías del caso. Acordaron que Jessica cobraría cinco mil euros por su trabajo.

<sup>1</sup> In re "Nicosia c. Cavalli", Tribunal de Catania, Sección Especializada en Cuestiones Empresariales, sentencia 2305/2019, 31 mayo 2019; RG n. 16021/2014; *GiurisNews* 37/2022, 10 octubre 2022, con nota de Andrea D'Amico.

Esas iniciativas (además de la originalidad y buen gusto de los productos “Tizzini”) llevaron a un notable incremento de las ventas, de modo que Tiziana decidió constituir una sociedad, Tizzini SRL, para hacer frente a sus crecientes actividades.

Tiziana cedió a la sociedad por diez años los derechos sobre la marca “Tizzini” y sobre las fotografías publicitarias tomadas por Jessica.

Las cosas andaban tan bien que, gracias al incremento de las ventas, Tiziana tuvo que contratar los servicios de Luciana, dueña de una fábrica de calzado femenino, no demasiado lejos de Catania, para que le suministrara zapatos de acuerdo con ciertas especificaciones y condiciones técnicas.

Por ejemplo, antes de entregar los zapatos, Luciana debía estampar en las suelas interna y externa la marca “Tizzini”. Para eso, Tiziana entregó a la fábrica un cuño seco con esa denominación.

De este modo, Luciana entregaba periódicamente a Tiziana zapatos lisos y monocolors (pero ya identificados con su marca), a los que luego ésta agregaba las decoraciones y diseños que los convertían en legítimos “Tizzini”, únicos y reconocibles.

Las cosas funcionaron muy bien durante todo 2013. En 2014 el vínculo entre proveedora y diseñadora se enturbió a raíz de algunos incumplimientos de Luciana. La cuestión se complicó aun más cuando Tiziana descubrió que Luciana se había apropiado de su catálogo, había adulterado las fotos de los modelos exhibidos eliminando el logo “Tizzini” y publicitaba en su beneficio sus propios productos, idénticos a los suyos, tildándolos de “modelos originales”.

Entonces Tiziana demandó a Luciana *por la violación de sus derechos a la explotación económica de las fotos* tomadas por Jessica Hauf y pidió que se condenara a Luciana al pago de siete mil euros como resarcimiento por el daño sufrido.

Luciana, como es habitual en todo pleito, pidió el rechazo de la demanda.

El tribunal dio la razón a Tiziana, *pero...*

La sentencia tuvo en cuenta que la demandante “no obstante haber imputado a la demandada varios incumplimientos, sin embargo sólo pidió que fuera condenada al resarcimiento de los daños sufridos como consecuencia de la apropiación indebida de las imágenes fotográficas” cuyos derechos Tiziana había adquirido a Jessica Hauf.

*Y ya sabemos que los jueces no pueden otorgar a las partes más de lo que éstas han reclamado.*

El tribunal dijo que “las pruebas demostraron que [Luciana] se limitaba a entregar a [Tiziana] los zapatos sin decoración alguna y sólo con la marca “Tizzini” estampada en seco. Los zapatos, así identificados, eran entregados a [Tiziana] que procedía a agregarles los adornos. Resulta así demostrado que la decoración de los zapatos, tal como aparecen en las imágenes publicitarias, era resultado exclusivo del trabajo de [Tiziana]”.

“Además”, continuó el tribunal “del examen de las pruebas surge, de modo preciso, indiscutible e indudable que [Luciana] usó con fines publicitarios las imágenes fotográficas tomadas por Jessica Hauf por encargo de [Tiziana], modificándolas de modo tal de convertir en ilegible la marca “Tizzini” y el nombre de la autora de las fotos”.

“En particular, la técnica de la cual se valió la demandada consistió en recortar y ampliar partes de las fotos para eliminar la imagen de la marca. Se trata de un hecho objetivamente probado, que la demandada no cuestionó. Por el contrario, sostuvo que las fotos eran el resultado de un trabajo conjunto encargado a la fotógrafa Hauf, lo que resultó desmentido por el contrato celebrado entre ésta y Tiziana Nicosia, cuyo objeto fue la realización de alrededor de sesenta imágenes fotográficas para ser incluidas en el catálogo de las colecciones otoño/invierno 2013 y primavera/verano 2014”.

No sólo el contrato desmintió a Luciana: la fotógrafa dijo no conocerla ni jamás haberse encontrado con ella: sólo tuvo contactos con Tiziana. (En lenguaje vulgar argentino, Luciana sería definida “una *macaneadora*”).

Según el contrato, la fotógrafa transfirió a Tiziana “el derecho a la explotación económica de las imágenes contra el pago de cinco mil euros”.

En consecuencia, según el tribunal, Tiziana, como titular de los derechos económicos por la explotación de las fotografías, “tenía derecho a exigir [a Luciana] el pago de una contraprestación por el uso indebido de las fotos”. *Pero* —y he aquí el *quid* de la cuestión— la propia demandante “al mencionar el daño patrimonial sufrido hizo referencia al así llamado ‘precio del consentimiento’, al que cuantificó en siete mil euros, equivalentes al monto que ella habría podido obtener de Luciana si le hubiera otorgado el derecho a usar las fotos”.

*Obviamente, se trató de un grave error del abogado de Tiziana al limitar no sólo el monto de su reclamo sino la naturaleza misma de éste.*

Por lo tanto, dijeron los jueces, “si esa referencia es correcta, resulta claro que en el caso el único elemento que permite al tribunal llegar a una determinación del daño sufrido por Tiziana es el contrato por el cual ella cedió el uso de las fotos a Tizzini SRL por diez años”.

El contrato entre Tiziana y Tizzini SRL preveía el pago de veinte mil euros por un plazo de diez años. “Por consiguiente”, dijeron los jueces, “debemos considerar un canon anual de dos mil euros”.

Entonces “la demandada debe ser condenada a pagar esa suma anual por cada año de uso de las fotos a partir de 2014, *pero hasta un importe máximo de siete mil euros, que fue lo solicitado en la demanda*”.

Hasta aquí, el caso podría ser considerado uno más en materia de derecho de los contratos (y un ejemplo más de mala praxis profesional).

Pero los jueces tocaron un tema más: el relativo a la protección de los derechos intelectuales sobre obras fotográficas que, como en el caso (fotos de zapatos), pueden dar escaso margen a la creatividad artística.

Los jueces dijeron sobre este punto: “es opinión de este tribunal que las imágenes fotográficas en este caso no constituyen una ‘creación del ingenio humano’ y, por ende, protegidas por el derecho de autor. Por el contrario, entran en la categoría de las llamadas ‘simples fotografías no creativas’ susceptibles de una tutela más limitada”.

“Como lo ha dicho la jurisprudencia”, notaron, “aún las simples fotografías pueden manifestar un elevado profesionalismo en el cuidado del encuadre y en la capacidad de atrapar, de modo eficaz, al sujeto fotografiado. Estos elementos están presentes aquí, pe-

ro falta, sin embargo, la explicación acerca de la original interpretación personal del autor. Y la conclusión de que éstas son *simples fotografías* se justifica no tanto por la capacidad profesional de la fotógrafa (aquí indiscutible) o de la alta calidad técnica de su realización (elementos que, por sí mismos, son insuficientes, pues terminarían por centrar la atención en la personalidad del autor antes que en el valor de la obra misma y por afirmar que la obra fotográfica es atributo de un reducido grupo de artistas destinado a permanecer exiguo) sino por *la imposibilidad de reconocer en las fotos en cuestión aquellos aspectos de originalidad y creatividad que resultan indispensables para otorgarles la plena protección de la ley de propiedad intelectual*<sup>2</sup>.

“Esos aspectos” dijeron “deben trascender la buena técnica fotográfica y transmitir emociones que vayan más allá de los sujetos y objetos retratados y, en definitiva, manifestar de modo absolutamente característico e individualizante la personalidad del autor. Las imágenes aquí controvertidas no evidencian esa necesaria creatividad y originalidad poco común exigidas para acceder a la máxima protección legal”.

“No puede encontrarse entonces esa exigencia de valores, distintos del simple agrado estético, que permite atribuir a una obra la calificación de ‘foto de autor’”.

“Se debe por consiguiente concluir que, en el caso, se trata de simples fotografías, al tratarse de ‘imágenes de personas o de aspectos de la vida natural y social obtenidas mediante procesos fotográficos o análogos’, que son objeto de derechos y cuyo uso comporta la obligación de pago a su autor y, en caso de violación, la indemnización correspondiente”, pero *no son obras del intelecto propiamente dichas* y, en consecuencia, no están

amparadas por la ley de propiedad intelectual”.

“En el caso”, concluyeron “del examen de las fotos surge que éstas, con prescindencia de la técnica usada por el artista, se limitan a reproducir los objetos fabricados por [Tiziana Nicosia] –zapatos y carteras– sin contener, sin embargo, elementos de creatividad y originalidad idóneos para considerarlas como obras plenamente protegidas por el derecho de autor. Por consiguiente, todos los derechos inherentes a esas fotos están en cabeza de quien las mandó realizar [y no del fotógrafo]”.

Aclaremos, antes de llegar a conclusiones equivocadas, que en este punto las leyes italiana y argentina difieren. En efecto, la primera contempla el caso de las ‘simples fotografías’, a las que excluye de la protección plena otorgada a las obras del intelecto humano (como las obras de arte). La ley argentina, en cambio, considera que *toda fotografía, sin importar el sujeto fotografiado o la técnica utilizada, merece protección legal*<sup>2</sup>.

Ahora bien, ¿qué significa que una foto –o, por hipótesis, cualquier obra de arte– no califica para obtener el estatus de *obra intelectual*? Pues que no obtendrá la protección de la ley de propiedad intelectual. ¿Y entonces? Pues perderá los beneficios otorgados al autor de esas obras del intelecto humano de poder oponerse a su reproducción no autorizada, a su mutilación o destrucción, a exigir la reivindicación de su autoría, etcétera. Pero, al mismo tiempo, sus derechos sobre ella no vencerán al cabo del plazo de vigencia que esa misma ley les otorga (en la Argentina, como regla general, setenta años a partir de la muerte del autor, aunque en el

---

<sup>2</sup> Lipszyc, D. y otros, *Régimen legal de la propiedad intelectual*, Buenos Aires, Hammurabi, 2019, p. 280 (esp. Nota 1).

caso de las fotografías la extensión de ese plazo es una cuestión dudosa).

A pesar de la diferencia de criterio entre la legislación argentina e italiana con respecto a las fotografías, nuestra ley de derechos intelectuales también exige que, para que una creación del intelecto sea susceptible de protección, incluya un cierto grado de originalidad, por mínimo que sea.

El Filosofito, que nos lee en borrador, no parece dispuesto a cerrar la cuestión con rapidez y pregunta: “¿cuánta originalidad puede haber en la foto de un zapato? ¿Y, más aún, en una foto carné? ¿Cuánto de característico e individualizante –como exige la jurisprudencia italiana– puede haber en una foto para obtener un pasaporte? ¿No estaremos llevando el concepto de obra intelectual demasiado lejos?”

\* \* \*

Esta nota ha sido preparada por Juan Javier Negri. Para más información sobre este tema pueden comunicarse con el teléfono (54-11) 5556-8000 o por correo electrónico a [np@negri.com.ar](mailto:np@negri.com.ar).

**Este artículo es un servicio de Negri & Pueyrredon Abogados a sus clientes y amigos.  
No tiene por objeto prestar asesoramiento legal sobre tema alguno.**