

EL GRADO DE CREATIVIDAD Y DE ORIGINALIDAD REQUERIDO AL DISEÑO ARTÍSTICO

por el Prof. Dr. José Manuel OTERO LASTRES
Catedrático de Derecho Mercantil
Universidad de Alcalá de Henares. MADRID

SUMARIO: I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES. II. SOBRE SI LA LEGISLACIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL EXIGE A LAS OBRAS ARTÍSTICAS UN GRADO DETERMINADO DE CREATIVIDAD Y DE ORIGINALIDAD. 1. LA EVOLUCIÓN DE LA LEGISLACIÓN FRANCESA Y EL SISTEMA DE LA ACUMULACIÓN ABSOLUTA. 2. LA EVOLUCIÓN DE LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA Y EL SISTEMA DE LA ACUMULACIÓN RESTRINGIDA. III. EL GRADO DE CREATIVIDAD Y ORIGINALIDAD QUE EXIGE LA LEGISLACIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL A LAS OBRAS ARTÍSTICAS: EL REQUISITO DEL DISEÑO ARTÍSTICO. 1. LA COORDINACIÓN ENTRE LA LEY 20/2003 Y EL TRLPI. 2. ANÁLISIS DE LA EXPRESIÓN «GRADO DE CREATIVIDAD Y DE ORIGINALIDAD» CONTENIDA EN LA DISPOSICIÓN ADICIONAL DÉCIMA DE LA LEY 20/2003. 2.1. *El significado de las expresiones «creatividad» y «originalidad» en la obra artística.* 2.2. *El grado de «creatividad» y de «originalidad» de las obras artísticas.* IV. LA PRUEBA DEL GRADO DE CREATIVIDAD Y ORIGINALIDAD DEL DISEÑO ARTÍSTICO Y LA VALORACIÓN DE SU EXISTENCIA.

I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

Como es sabido, el CONSIDERANDO (8) de la Directiva 98/71/CE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 13 de octubre de 1998 sobre la protección jurídica de los dibujos y modelos, señala que, «... *a falta de armonización, es importante establecer el principio de la acumulación de la protección al amparo de la legislación sobre protección específica de los dibujos y modelos registrados y al amparo de la normativa sobre derechos de autor*». Y añade que «... *los Estados miembros están facultados para determinar libremente el alcance de la protección de los derechos de autor y las condiciones en que se concede dicha protección*». Las consideraciones efectuadas en este CONSIDERANDO se traducen en el artículo 17 de la Directiva, a cuyo tenor «*Los dibujos y modelos protegidos por un derecho sobre un dibujo o modelo registrado en un Estado miembro o respecto al mismo de conformidad con lo previsto en la presente Directiva, podrán acogerse asimismo a la protección conferida por las normas sobre derechos de autor de dicho Estado a partir de la fecha en que el dibujo o modelo hubiere sido creado o fijado sobre cualquier soporte. Cada Estado miembro determinará el alcance y las condiciones en que se concederá dicha protección, incluido el grado de originalidad exigido*».

La Exposición de Motivos de la Ley española 20/2003, de 7 de julio, de Protección Jurídica del Diseño Industrial (para un análisis de esta Ley, vid.

OTERO LASTRES, J.M. «El Diseño Industrial según la Ley de 7 de julio de 2003», en Tratado de Derecho Mercantil. T. 19, vol.2, Ed. Marcial Pons, Madrid 2.003), en su apartado II, dice, en la línea marcada por el citado artículo 17 de la Directiva, que **«El diseño industrial se concibe como un tipo de innovación formal referido a las características de apariencia del producto en sí o de su ornamentación. Ello no impide que el diseño original o especialmente creativo pueda acogerse además a la tutela que le brinda la propiedad intelectual, ya que ambas formas de protección son, como es sabido, independientes, acumulables y compatibles»**. Sin embargo, ninguno de los 76 artículos de que consta la Ley 20/2003 se refiere a la acumulación de la protección entre la Ley del Diseño y la de la propiedad intelectual. Hay que acudir a la Disposición adicional décima de esta Ley, titulada «Compatibilidad de la protección» para encontrar la norma que regula esta materia.

La citada Disposición adicional décima de la Ley 20/2003 establece que, para que el diseño pueda beneficiarse también de la protección de la propiedad intelectual, ha de presentar en sí mismo el grado de creatividad y de originalidad que exige dicha legislación a las obras artísticas. Esta norma, aunque aparece como «disposición adicional» tiene gran importancia porque establece el sistema de acumulación por el que ha optado nuestro derecho, cumpliendo con ello el mandato impuesto por el citado artículo 17 de la Directiva. Pues bien, una lectura atenta de la citada Disposición adicional suscita las dos siguientes consideraciones.

La primera es que la Ley 20/2003 establece con toda claridad que no todo diseño puede beneficiarse, sin más, de la legislación de la propiedad intelectual, sino que, para ello, ha de presentar el grado de creatividad y originalidad propio de las obras artísticas o, como se dice en la Exposición de Motivos, ha de tratarse de **«un diseño original o especialmente creativo»**. Esto significa, de un lado, como acabo de decir, que la legislación española cumple la Directiva al establecer expresamente el sistema de la acumulación; y, de otro lado, que, dentro de los límites fijados por el artículo 17 de la Directiva, al exigir a los diseños un determinado «grado de originalidad», el sistema elegido no es el de la acumulación absoluta del derecho francés, sino el de la acumulación restringida. Lo cual implica que se dejan fuera de la protección de la propiedad intelectual a los llamados «diseños ordinarios». En efecto, como vamos a ver, tanto de la Disposición adicional décima de la Ley 20/2003 como del TRLPI se desprende que únicamente los «diseños artísticos u obras de arte aplicado a la industria», pueden acumular simultáneamente las protecciones de la ley del diseño y de la ley de propiedad intelectual. Pero, para ello, es preciso que el correspondiente diseño reúna los requisitos de protección del diseño ordinario (que sea nuevo y posea carácter singular) y el requisito que exige el TRLPI a la obra artística.

La segunda consideración es que la Ley 20/2003, lejos de guardar silencio sobre el requisito que debe concurrir en un diseño artístico para que pueda ser protegido también por la propiedad intelectual, cumple el mandato del artícu-

lo 17 de la Directiva y determina el grado de originalidad exigido para que proceda la acumulación: el diseño ha de presentar en sí mismo el grado de creatividad y originalidad propio de las obras artísticas. Lo que ocurre es que, a la hora de establecer el alcance de este requisito, la Ley 20/2003 se remite, como no podía ser de otro modo, a la legislación sobre propiedad intelectual. Así resulta del propio tenor de la Disposición adicional décima cuando dice que la protección que se reconoce al diseño en la Ley 20/2003 es acumulable con la protección de la propiedad intelectual, cuando el diseño en cuestión «**presente en sí mismo el grado de creatividad y de originalidad necesario para ser protegido como obra artística** según las **normas que regulan la propiedad intelectual**». Por lo tanto, aunque es la Disposición adicional la que establece el requisito que debe concurrir en el diseño para acceder a la protección de la propiedad intelectual, a saber: presentar el grado de creatividad y de originalidad propio de las obras artísticas, son las normas de la propiedad intelectual, y no la propia Ley 20/2003, las que determinan el sentido y el alcance de dicho requisito.

Así las cosas, para analizar el requisito de protección del diseño artístico hay que avanzar dos pasos sucesivos: el primero es comprobar si es cierto que la legislación de la propiedad intelectual exige a las obras artísticas determinado grado de creatividad y de originalidad. Y ello porque esto es algo que afirma la Disposición adicional décima de la Ley 20/2003, pero no es algo que se diga expresamente en el TRLPI. El segundo paso —que depende del anterior— consiste en que, si se comprueba que la legislación de propiedad intelectual exige un grado de creatividad y de originalidad a las obras artísticas, hay que determinar a continuación cuál es dicho grado. Lo cual nos sitúa directamente en el tema del requisito del diseño artístico. Finalmente, una vez analizado este requisito habrá que determinar, en primer lugar, cuál es el medio idóneo para probar su existencia y, a continuación, cómo ha de valorarse la prueba efectuada sobre el mismo. Veamos, seguidamente, las cuestiones que dejamos planteadas.

II. SOBRE SI LA LEGISLACIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL EXIGE A LAS OBRAS ARTÍSTICAS UN GRADO DETERMINADO DE CREATIVIDAD Y DE ORIGINALIDAD

Para comprobar si es cierto que la legislación de propiedad intelectual exige a las obras artísticas cierto grado de creatividad y de originalidad, conviene recordar, aunque sea brevemente, la evolución de la legislación francesa sobre la protección de las obras de «arte puro» y de «arte industrial». La razón de ello es que es en este ordenamiento donde se formuló la «teoría de la unidad del arte», en virtud del cual «el arte es uno y todo es arte», sobre cuya base se construyó el sistema de la acumulación absoluta. Sistema según el cual, como es sabido, todo diseño, cualquiera que sea su grado de creatividad y de originalidad, es protegible por la propiedad intelectual y si, además, se registra como diseño es protegido simultáneamente por la ley de diseño y, por tanto, por la

propiedad industrial. De tal suerte que el derecho francés queda encuadrado entre los sistemas que permiten la acumulación de las dos protecciones, sin exigir requisito específico alguno al dibujo o modelo para beneficiarse de la protección del derecho de autor.

1. LA EVOLUCIÓN DE LA LEGISLACIÓN FRANCESA Y EL SISTEMA DE LA ACUMULACIÓN ABSOLUTA

Como he escrito en otro lugar (Vid. OTERO LASTRES, J.M. «El Modelo Industrial», Edit. Montecorvo, Madrid 1.977, pp. 60 y ss), de la interpretación conjunto de los artículos 1 y 7 de la Ley francesa de 19-24 de julio de 1.793 sobre Propiedad Artística y Literaria se desprende que esta Ley tuvo por objeto proteger las obras del espíritu y del ingenio pertenecientes a las Bellas-Artes. En efecto, el artículo 1 de la ley de 1.793 disponía que **«Los autores de escritos de cualquier género, los compositores de música, los pintores y dibujantes que hagan grabar sus cuadros y dibujos, gozarán durante toda su vida del derecho exclusivo de vender, distribuir, sus obras en el territorio de la República y cederlas, en todo o en parte»**. Y el artículo 7 establecía que **«Los herederos del autor de una obra de la literatura o del grabado o de cualquier otra producción del espíritu o del ingenio, que pertenezca a las Bellas-Artes, tendrán su propiedad exclusiva durante 10 años»**.

Esta inicial limitación del ámbito de protección de la Ley de 1.793 a las obras de las «bellas artes» acabó por plantear la cuestión de si esta Ley protegía sólo las obras de arte puro, o también las obras del llamado «arte industrial». Es decir, lo único que se ponía en duda, tras la promulgación de la ley de 1.793, es si dicha ley protegía sólo el arte puro o también el arte industrial, pero sobre lo que no había ninguna duda era que la obra protegida tenía que ser una obra de arte o, en palabras del artículo 7, una obra del ingenio que perteneciera a las bellas artes. La indicada incertidumbre no favorecía a los titulares de las obras del «arte industrial», lo cuales llegaron a conseguir que se promulgase la Ley de 18 de marzo de 1.806 que preveía una protección específica para esta tipo de obras, que se subordinaba, a diferencia de lo que sucedía con la Ley de 1.793, al depósito de la solicitud de protección de la creación. A instancias de los fabricantes de artículos de bronce —que deseaban que sus obras fuesen protegidas por la Ley de 1.793 y no por la de 1.806, ya que, como acabamos de ver, la primera no subordinaba la protección al depósito previo de la obra, mientras que la segunda sí—, se promulgó la Ley de 11 de marzo de 1.902, la cual en virtud de su artículo 2, vino a añadir un nuevo párrafo al artículo 1 de la ley de 1.793, que decía así: **«El mismo derecho corresponderá a los escultores y dibujantes de motivos ornamentales, cualquiera que sea el mérito y el destino de la obra»**.

El análisis histórico pone de relieve, por tanto, que la finalidad de la ley de 1.902 no fue extender la protección de la ley de 1.793 a cualquier dibujo o mo-

delo industrial, sino solamente a las llamadas obra de arte aplicado a la industria. A partir de la Ley de 1.902, y a los efectos de la aplicación de la Ley de 1.793, ya no cabía distinguir entre «obra de arte puro» y «obra de arte aplicado», toda vez que la obra artística, aunque fuese destinada a la industria, gozaba de la protección de la Ley de propiedad intelectual de 1.793. Pero seguía siendo necesario que la obra en cuestión fuese una «obre de arte».

Vemos, pues, que la inclusión en el párrafo segundo del artículo 1 la Ley de 1.793 de la expresión **«cualquiera que sea el mérito y el destino de la obra»** llevada a cabo por la Ley de 1.902, tuvo una finalidad muy precisa y determinada: hacer posible que las obras del llamado «arte industrial» quedasen incluidas en el ámbito de protección de dicha Ley. De tal manera que si los hipotéticos obstáculos que podían impedir la inclusión de las obras del «arte industrial» en la ley de 1.793 eran que carecerían del mérito de las obras de «arte puro» porque se destinaban a la ornamentación de objetos industriales, para remover estos obstáculos bastaba con disponer —como así se hizo— que ni el mérito ni el destino de la obra podían impedir a su autores gozar de la protección de la Ley de 1.793. De lo que se acaba de decir se desprende que la decisión del legislador francés de 1.902, al emplear la expresión **«cualquiera que sea su mérito y su destino»**, no fue declarar, con carácter general, que quedaba protegida por la Ley de 1.793 todo tipo de obra, incluso las desprovistas de carácter artístico. Sino algo bien distinto, a saber: que una obra de arte no dejaba de ser obra de arte (es decir, «conserva su mérito o valor de tal»), aunque decorase un objeto industrial, ya que el destino industrial tampoco le hacía perder el carácter de obre de arte.

Así las cosas, para el Legislador francés de 1793-1902 la condición necesaria y suficiente para obtener la protección era que se estuviese ante una obra de arte o, lo que es lo mismo, ante una obra con carácter artístico, careciendo de relieve si era una obra de arte puro o de arte industrial. Lo cual permite concluir que el carácter artístico venía exigido por la ley de 1793-1902 como requisito de protección de la obra de arte, puro o industrial. Hasta aquí, las cosas parece que estaban claras, aunque no faltaron autores, alguno de la talla de POUILLET, que llegaron a sostener que fue la Ley de 1.902 la que instauró la «teoría de la unidad del arte». (OTERO LASTRES, «El Modelo... cit. p. 86, nota 138) y, con ella, el sistema de la acumulación absoluta.

Al igual que la generalidad de la doctrina francesa, considero que fue a partir de la Ley de 14 de julio de 1.909 sobre dibujos y modelos industriales cuando triunfó definitivamente la «teoría de la unidad del arte» y con ella el sistema de la acumulación absoluta, al disponer en su artículo 1.º: **«Todo creador de un dibujo o modelo y sus causahabientes tiene el derecho exclusivo de explotar, vender o hacer vender este dibujo o modelo en las condiciones previstas por la presente ley, sin perjuicio de los derechos que les correspondan por otras disposiciones legales y, especialmente, por la Ley de 19-24 de julio de 1.793 modificada por la ley de 11 de marzo de 1.902»**. La sustitución de la Ley de 1.793-1902 por la Ley de 11 de marzo de 1.957 so-

bre Propiedad Literaria y Artística y, sobre todo, el tenor del artículo 2 de esta última que dispone: «**Las disposiciones de la presente ley protegen los derechos de los autores sobre todas las obras del espíritu, cualesquiera que sean el género, la forma de expresión, el mérito o el destino**», permiten afirmar que bajo la vigencia de la leyes francesas de 1.909 y 1.957 cualquier diseño era protegible por la propiedad intelectual; y si, además, tal diseño era registrado como dibujo o modelo, su titular podía beneficiarse de la protección acumulada de la ley específica sobre dibujos y modelos.

Esta posición del derecho francés se ha mantenido, y todavía con mayor claridad, en el vigente Código de la Propiedad Intelectual. En efecto, el artículo L513-2 del citado Código establece que «**Sin perjuicio de los derechos resultantes de la aplicación de otras disposiciones legislativas, en especial de los Libros I y III del Presente Código, el registro de un dibujo o modelo conferirá a su titular un derecho de propiedad que éste podrá ceder o licenciar**». Comoquiera que el Libro I del Código trata sobre el derecho de autor, es claro que el citado artículo L513-2 dispone que las normas sobre derecho de autor son aplicables a los dibujos y modelos. Así pues, en la sede de las normas que el Código dedica a los dibujos y modelos, hay una norma de remisión a las normas de derecho de autor de la que resulta que el titular de un diseño puede invocar, sin más, la protección de la propiedad intelectual.

En efecto, como vamos a ver seguidamente, de la interpretación conjunta de los artículos L111-1, L111-2, L112-1 y L112-2, todas ellas relativas al derecho de autor, se desprende con toda claridad que en el derecho francés cualquier diseño es una obra de la propiedad intelectual y, por tanto, al igual que toda obra de la propiedad intelectual, puede beneficiarse de la protección de este sector del ordenamiento jurídico.

Así, el párrafo primero del artículo L111-1 dispone que el autor de una obra del intelecto humano goza sobre la misma, por el solo hecho de su creación, de un derecho de propiedad incorporeal exclusivo y oponible a todos. El artículo L111-2 establece que se considera creada la obra por el solo hecho de ser la realización del pensamiento del autor. El artículo L112-1 señala que las disposiciones del presente Código protegen los derechos de los autores sobre todas las obras del intelecto humano, cualesquiera que sean su género, forma de expresión, mérito o destino. Y, por último, el artículo 112-2 prevé que se consideran especialmente obras del intelecto humano en el sentido del presente Código: ... 10.º Las obras de artes aplicadas;...14.º Las creaciones de las industrias de temporada de la confección y de la fabricación de joyas y aderezos personales. Se considerarán industrias de temporada de la confección y de la fabricación de aderezos personales, las industrias que por exigencias de la moda, renuevan con frecuencia la forma de sus productos y, especialmente, la fabricación de prendas de vestir, la peletería, la lencería, el bordado, la moda, el calzado, la guantería, la marroquinería, la fabricación de tejidos de gran novedad o especiales para la alta costura, la producción de joyas y cal-

zado a medida, así como las fabricaciones de tejidos para la decoración de interiores.

Como puede observarse, las disposiciones sobre el derecho de autor, contenidas en el Libro I del Código de la Propiedad Intelectual, son muy claras al incluir en el ámbito de la propiedad intelectual, además de las obras de las artes aplicadas, las llamadas —y esto es ahora lo realmente relevante— **«creaciones de las industrias de temporada de la confección y de la fabricación de joyas y aderezos personales»**, entre las que se incluyen tradicionalmente los dibujos y modelos industriales. Así pues, por virtud de la remisión expresa del artículo L513-2 del Código a las normas de su Libro I, resulta que para el Código francés de la Propiedad Intelectual un dibujo o modelo es una obra del intelecto resultante de un acto de creación (artículo L111-1); es una obra creada por el solo hecho de ser la realización del pensamiento de su autor (artículo L111-2); es una obra del intelecto humano, sin que importe el género, forma de expresión, mérito o destino (artículo L112-1); y, por último, es una obra del intelecto encuadrable en las creaciones de las industrias de temporada de la confección y de la fabricación de joyas y aderezos personales, o en industrias similares (artículo L112-2, 14.º).

De lo hasta aquí expuesto en cuanto al derecho francés, resulta: 1.º) que inicialmente la Ley de 1.793 solamente protegía las obras arte puro; 2.º) que la Ley de 1.806 se aplicaba exclusivamente a los dibujos y modelos; 3.º) que el alcance inicial de la modificación introducida por la Ley de 1.902 en la Ley de 1.793, consistente en la expresión **«cualquiera que sea el merito y el destino de la obra»**, fue extender la aplicación de esta Ley de 1.793 a las obras del arte industrial, pero siempre, claro está, que fuesen obras de arte; 4.º) que la Ley de 1.909 acogió a nivel legislativo la teoría de la unidad del arte y el sistema de la acumulación absoluta, lo cual implicaba que todo dibujo o modelo era protegible por la propiedad intelectual; 5.º) que la Ley de 1.957 confirmó la teoría de la unidad del arte; y 6.º) que el Código de la Propiedad Intelectual no se limita a disponer en sede de dibujos y modelos que éstos pueden beneficiarse de la protección de la propiedad intelectual, sino que, además, contiene una remisión expresa en el artículo L513-2 a las normas de su Libro I, relativas al derecho de autor, lo cual permite incluir el dibujo o modelo entre las obras protegibles. Y, lo que todavía es más importante, en el artículo L112-2,14, se mencionan expresamente, entre las obras del intelecto, las creaciones de las industrias de temporada de la confección y de la fabricación de joyas y aderezos, en las que, tradicionalmente, se incluyen los dibujos y modelos.

De la evolución de la legislación francesa me interesa subrayar, sobre todo, que la mención que se hace en la Ley a que no hay que tener en cuenta «el mérito y el destino de la obra», tuvo como finalidad inicial hacer posible que se aplicase la propiedad intelectual a las obras de arte industrial. Y fue a partir del artículo 2 de la Ley de 1.957 sobre propiedad literaria y artística, cuando dicha norma se aplicó a todas las obras del espíritu.

2. LA EVOLUCIÓN DE LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA Y EL SISTEMA DE LA ACUMULACIÓN RESTRINGIDA

Una vez que hemos visto la evolución de la legislación francesa, es obligado preguntarse por lo que sucedió entre nosotros. Como ya expuse más extensamente en otro lugar (OTERO LASTRES, «El Modelo... cit. pp. 359 y ss), la Ley de Propiedad Intelectual de 10 de enero de 1.879 y el Reglamento para su ejecución de 3 de septiembre de 1.880, protegían únicamente las obras de la propiedad intelectual, entre las que figuraban las obras de las artes plásticas, sin que se incluyeran entre éstas los diseños industriales.

En efecto, el artículo 1 de la Ley de 1.879 disponía que «**La Propiedad Intelectual comprende, para los efectos de esta ley, las obras científicas, literarias o artísticas que puedan darse a la luz por cualquier medio**». El artículo 1 del Reglamento precisaba que «**se entenderán por obras, para los efectos de la Ley de Propiedad Intelectual, todas las que se producen y pueden publicarse por los procedimientos de la escritura, el dibujo, la imprenta, la pintura, el grabado, la litografía, la estampación, la autografía, la fotografía o cualquier otro de los sistemas impresores o reproductores conocidos o que se inventen en el futuro**». Por último, el concepto de obra de arte u obra artística, en el sentido más restringido de obras de las artes plásticas, resultaba del artículo 37 de la Ley de 1.879, a cuyo tenor «**Los cuadros, las estatuas, los bajos y altos relieves, los modelos de arquitectura o topografía y en general todas las obras del arte pictórico, escultural y plástico quedan excluidas de la obligación del Registro o del depósito**».

La primera Ley que regula en España el diseño industrial es la Ley de Propiedad industrial de 16 de mayo de 1.902, en cuyo artículo 22, párrafo cuarto, se dispone «**no se comprenderán como dibujos o modelos de fabrica, los que por tener carácter puramente artístico no pueden considerarse como aplicados con un fin industrial o como simples accesorios de los productos industriales y están comprendidos en la Ley de Propiedad Intelectual...**». Ante las dudas que suscitó la redacción de este precepto, la Real Orden de 17 de junio de 1.903 del Ministerio de Instrucción Pública y Bellas Artes aclaró que los dibujos y modelos eran materia exclusiva de la Propiedad Industrial, ya que carecían de carácter artístico, y concluía diciendo: «**los dibujos y trabajos de que se trata (se refería a lo dibujos y modelos industriales) no son materia propia de la ley de Propiedad intelectual ni por tanto susceptibles de registro al amparo de ésta**».

Por su parte, el Estatuto sobre Propiedad Industrial de 26 de julio de 1.929, texto refundido de 30 de abril de 1.930, además de regular los dibujos y modelos industriales, prevé en su artículo 190 una nueva figura, denominada, «modelo artístico», que se corresponde con la «obra de arte aplicado a la industria», respecto de la cual se admite la protección acumulada de la protección del Estatuto y la de la Ley de Propiedad Intelectual. En efecto, el artículo 190 EPI disponía «**Se entenderán comprendidos también en este grupo los modelos y dibu-**

jos que, constituyendo una reproducción de una obra de arte, se exploten con un fin industrial. Por tanto, están comprendidas en este capítulo las obras ornamentales, las empleadas para el embellecimiento de un producto fabricado, las fotografías originales, etc., independientemente de los derechos que pudieran corresponderles en el concepto de propiedad intelectual». En el Estatuto se acoge, pues, el sistema de la acumulación restringida, según el cual solamente un determinado tipo de obras «los modelos artísticos» u «obras de arte aplicado a la industria» pueden beneficiarse de la doble protección. Lo cual significa, visto desde la óptica de los diseños, que a éstos no les resulta aplicable la legislación sobre propiedad intelectual.

Las cosas no cambian con la promulgación de la Ley 22/1987, de 11 de noviembre, de Propiedad Intelectual. Esta Ley declara en su artículo 1.º, en lo que ahora interesa, que la propiedad intelectual de una obra artística corresponde a su autor por el hecho de su creación. El artículo 5 dispone que se considera autor a la persona natural que crea alguna obra artística. En el artículo 10.1 establece que son objeto de propiedad intelectual todas las creaciones originales artísticas, expresadas por cualquier medio o soporte, tangible o intangible, actualmente conocido o que se invente en el futuro, comprendiéndose entre ellas: ...e) las esculturas y las obras de pintura, dibujo, grabado, litografía..., así como sus ensayos o bocetos y las demás obras plásticas, sean o no aplicadas». De estas tres normas se desprende, con toda claridad, que la propiedad intelectual protege las obras artísticas, ya sean de arte puro, ya de arte aplicado. Y dichas normas se completan con el artículo 3.2.º que dispone que los derechos de autor son independientes y compatibles con los derechos de propiedad industrial que puedan existir sobre la obra. Desde la óptica de la propiedad intelectual las cosas, para las obras de arte aplicado, no ofrecen dudas: una obra de arte aplicada es una obra de la propiedad intelectual, cuya protección es compatible con la que pueda resultar de la propiedad industrial, que, en nuestro caso, sería la contenida en el Estatuto sobre Propiedad Industrial respecto de los dibujos y modelos.

Por último, en el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, la única modificación significativa que se introduce en los nuevos artículos 1, 5, 10 y 3.2, que acabamos de citar, es añadir en el inciso primero del artículo 3.2 la palabra «acumulables» a las expresiones «independientes» y «compatibles». Lo cual significa que, desde el Texto Refundido, la protección que brinda la Propiedad Intelectual a la obra de arte aplicado, además de independiente y compatible, es «acumulable» con los derechos de propiedad industrial que puedan existir sobre la obra. Pero el alcance práctico de esta adición de la palabra «acumulable» es casi irrelevante, ya que viene simplemente a hacer explícito algo que estaba implícitamente admitido en el texto del artículo 3 de la ley de 1.987. Por lo tanto, la situación es la misma que bajo la vigencia de esta ley.

Llegados a este punto, creo que no cabe discutir que en nuestro derecho las obras de arte u obras artísticas, sean de arte puro o de arte industrial, son obras

de la propiedad intelectual. La cuestión que se plantea entonces es determinar si de las propias normas del TRLPI se desprende que cualquier diseño está protegido, sin más, por la propiedad intelectual.

En mi opinión, las normas del Texto Refundido no permiten afirmar que cualquier diseño es una obra de la propiedad intelectual. En efecto, el artículo 1 de nuestro Texto Refundido, al determinar el «hecho generador» de la propiedad intelectual, habla de un acto de creación, pero —y esto ya es revelador— referido justamente a una «obra artística». Si entendemos estas palabras en su sentido gramatical, «creación» significa «acción y efecto de crear»; y «crear», en sus dos primeras acepciones, significa «producir algo de la nada» y «establecer, fundar, introducir por primera vez algo; hacerlo nacer o darle vida en sentido figurado». Por su parte, «obra» significa «cualquier producto intelectual en ciencias, letras o artes, y con particularidad **el que es de alguna importancia**» y por «artística» se entiende «**perteneciente o relativo a las artes, especialmente a las que se denominan bellas**». Lo cual permite sostener que, interpretado gramaticalmente, el artículo 1 del TRLPI contempla como hecho generador de la propiedad intelectual, en lo que aquí interesa, «**el de hacer nacer un producto intelectual de alguna importancia en las artes, especialmente en las bellas artes**». Esta interpretación lleva claramente a excluir del TRLPI el simple diseño industrial, toda vez que no puede ser considerado como «un producto intelectual de alguna importancia en las bellas artes».

A la misma conclusión nos lleva la interpretación del artículo 5 del TRLPI cuando considera autor a la persona natural que crea alguna obra artística. Y ello porque en este precepto se vuelven a emplear las mismas palabras: «crear», «obra» y «artística», que se utilizan en el artículo 1 del TRLPI, por lo cual la interpretación gramatical de las mismas conduce a idéntico resultado.

Por su parte, el artículo 10 del TRLPI suscita tres consideraciones, las dos primeras por lo que dice y la tercera por lo que no dice. En primer lugar, hay que destacar que el apartado 1 del artículo 10 —y en esto se mantiene lo que decía la misma norma de la Ley de 1.987— al hablar de las «obras protegidas» emplea dos expresiones: «creaciones», lo cual concuerda con los artículos 1 y 5, pero añadiendo ahora la palabra «originales». Lo cual, para el tema que tratamos, significa que la propiedad intelectual, desde el punto de vista objetivo, protege las «creaciones artísticas originales». Conocemos el significado de las dos primeras expresiones, por lo cual queda por determinar el sentido de la palabra «original». La segunda acepción gramatical de la palabra «original» es «dicho de una obra científica, artística, literaria o de cualquier otro género: Que resulta de la inventiva de su autor». Si nos conformamos, como hemos hecho hasta ahora, con los significados gramaticales de cada una de estas tres palabras, tendríamos —y esta es ya la primera consideración— que el objeto de la propiedad intelectual «**son los productos intelectuales de alguna importancia en las bellas artes, que resulten de la inventiva de su autor**». La segunda consideración tiene que ver con las obras que se mencionan en la letra e) del apartado 1 de dicho artículo 10. Adviértase, en efecto, que, además de mencionar expre-

samente algunas de las obras de las artes plásticas (escultura, pintura, dibujo...), añade: «**y las demás obras plásticas, sean o no aplicadas**». De esta norma se desprende que nuestro TRLPI protege las obras de arte con independencia de su destino: sean obras de arte puro o de arte aplicado. Pero no cabe deducir nada más. Y, por supuesto, mucho menos aún que de esa enumeración se desprenda que el TRLPI protege otras obras distintas de las obras artísticas aplicadas, como son los simples diseños. La tercera y última consideración resulta de lo que no dice el artículo 10. Adviértase, en efecto, que en la enumeración enunciativa de las obras, que se contiene en las letras a) hasta la letra i), no figura ninguna mención expresa, directa o indirecta, a los diseños industriales. Lo cual parece que debe interpretarse en el sentido de que para el TRLPI los simples diseños; es decir, lo que no alcancen la categoría de diseños artísticos, no son obras protegibles por la propiedad intelectual.

Por último, tampoco la nueva redacción del inciso inicial del artículo 3 en relación con el n.º 2.º de este mismo artículo ofrece argumento alguno a favor de la postura de que el TRLPI considera el simple diseño como una obra protegible por la propiedad intelectual. En efecto, aunque ahora el artículo 3.2.º del TRLPI dice expresamente que los derechos de autor son «acumulables» con los derechos de propiedad industrial que puedan existir sobre la obra —cosa que, a pesar del silencio de la Ley de 1.987, no se discutía—, dicha norma debe ser entendida en el sentido de que se refiere exclusivamente al «camino de ida»; es decir, al hecho de que una obra de la propiedad intelectual también puede ser protegida por la propiedad industrial. Pero está claro que, en todo caso, se requiere que se esté ante una obra de la propiedad intelectual. De tal suerte que si la obra en cuestión no es de las que protege la propiedad intelectual, no se está ante el presupuesto de aplicación de este precepto. Por esta razón, hablamos de «camino de ida»: obra de propiedad intelectual protegible también por la propiedad industrial. El «camino de vuelta» sería disponer que la protección del diseño ordinario es en todo caso acumulable con la de del derecho de autor. Pero esto no es lo que dice el artículo 3.2.º del TRLPI y tampoco puede deducirse de su texto.

La conclusión que se obtiene de la atenta lectura de las normas del TRLPI es que las mismas no permiten sostener que son aplicables a los diseños ordinarios. La razón es evidente: el simple diseño no puede ser considerado una obra artística original o, lo que es lo mismo, un producto intelectual de alguna importancia en las bellas artes, debido a la inventiva de su autor.

En este punto, se advierte ya una importante diferencia entre el TRLPI y el Libro I del Código de la Propiedad Intelectual francés, ya que en este último texto legislativo, al contrario que en nuestro TRLPI, existen normas expresas en las que cabe apoyar la postura de que cualquier dibujo o modelo es protegible por el derecho de autor. ¿Cuáles son estas normas del Libro I del Código francés que no existen en nuestro TRLPI y que permiten sostener que, en Francia, todo dibujo o modelo es una obra protegible por la propiedad intelectual? Básicamente, las dos siguientes: el artículo L112-1 y el número 14.º del artículo 112-2. Veámoslas separadamente.

El artículo L112-1 dispone textualmente que **«Las disposiciones del presente Código protegen los derechos de los autores sobre todas las obras del intelecto humano, cualesquiera que sean su género, forma de expresión, mérito o destino»** Ante todo, debe recordarse que este artículo L112-1 contiene, en esencia, la norma que añadió la ley de 1.902 a la ley de 1.793 para que las obras de arte industrial, singularmente las reproducidas en artículos de bronce, pudiesen acogerse a la protección de la propiedad intelectual. Recuérdese, en efecto, que el nuevo párrafo que añadió la Ley de 11 de marzo de 1.902 al artículo 1 de la ley de 1.793 decía textualmente: **«El mismo derecho corresponderá a los escultores y dibujantes de motivos ornamentales, cualquiera que sea el mérito y el destino de la obra»**. Esta norma, que con posterioridad fue extendida por el artículo 2 de la Ley francesa de 1.957 a todo tipo de obras, viene a recoger el principio de que en Francia, la propiedad intelectual protege, como dice ahora el citado artículo L112-1, los derechos de los autores sobre todas las obras del intelecto humano, cualesquiera que sean su género, forma de expresión, mérito o destino.

Así pues, en el Derecho francés hay una norma en el Código de la Propiedad Intelectual en la que se dice expresamente que sus disposiciones protegen los derechos de los autores sobre todas las obras del intelecto humano, cualquiera que sea su mérito y su destino. Lo cual permite que un simple dibujo o modelo, sin mérito artístico relevante y destinado a decorar un objeto industrial, sea protegido por las normas sobre derecho de autor. Pues bien, a mi modo de ver, la ausencia de una norma como ésta en el TRLPI es ya un obstáculo insalvable para propugnar, desde la óptica de la propiedad intelectual, la aplicación de las normas del TRLPI a un diseño ordinario carente de carácter artístico. Alguien podría sostener que en el TRLPI no hace falta una norma como la del artículo L112-1 del Código francés, porque el artículo 1 de nuestro TRLPI, al disponer que la propiedad intelectual surge por el «solo hecho» de la creación de la obra, está indicando que no se necesita más requisito de protección que el de la creación y, por lo tanto, no se requiere el del «mérito artístico». Pero esta interpretación sería desacertada, porque una norma como la del artículo 1 del TRLPI es insuficiente por sí sola para apoyar la aplicación de la propiedad intelectual al diseño ordinario. Que esto es así, lo demuestra, por una parte, el artículo 10 del TRLPI que exige que la creación sea, además, «original», por lo cual el hecho de la creación, por sí sólo, no es condición suficiente. Y, por otra parte, lo demuestra también el propio Código francés que contiene una disposición, artículo L111-1, que también prevé como hecho generador de la propiedad intelectual «el solo hecho de la creación» y, sin embargo, mantiene en su articulado el citado artículo L112-1 que dispone que es irrelevante el «mérito» de la obra a los efectos de la protección por la propiedad intelectual.

El segundo precepto que contiene el Libro I del Código francés y que no figura en el TRLPI español es el número 14.º del artículo L112-2, a cuyo tenor: **«Se consideran especialmente obras del intelecto humano en el sentido del presente Código:...14.º Las creaciones de las industrias de temporada de**

la confección y de la fabricación de joyas y aderezos personales. Se considerarán industrias de temporada de la confección y de la fabricación de aderezos personales, las industrias que por exigencias de la moda, renuevan con frecuencia la forma de sus productos y, especialmente, la fabricación de prendas de vestir, la peletería, la lencería, el bordado, la moda, el calzado, la guantería, la marroquinería, la fabricación de tejidos de gran novedad o especiales para la alta costura, la producción de joyas y calzado a medida, así como las fabricaciones de tejidos para la decoración de interiores». En este precepto, quedan expresamente mencionadas, como obras del intelecto humano protegidas por el derecho de autor, «las creaciones de las industrias de temporada de la confección y de la fabricación de joyas y aderezos personales», que son las que suelen originar los dibujos y modelos industriales. Por lo tanto, en el Código francés no sólo se mencionan expresamente como obras del intelecto las obras de arte puro y de las artes aplicadas —cosa que hace también el TRLPI—, sino también —y ésta es la diferencia esencial con nuestro TRLPI— las creaciones de las industrias de temporada de la confección y de la fabricación de joyas y aderezos personales. De suerte que, directamente, cualquier creación perteneciente a estas industrias es una obra de la propiedad intelectual; e, indirectamente, como la enumeración del artículo L112-2, es enunciativa y no limitativa, cualquier otra creación de un sector próximo al de estas creaciones sería también una obra de la propiedad intelectual. Por lo cual, quedan mencionados, directa o indirectamente, como obras de la propiedad intelectual, las creaciones de todos los sectores en los que suelen producirse los diseños ordinarios.

Cuanto antecede nos permite concluir no sólo que el TRLPI no contiene ninguna norma en la que poder apoyar la aplicación de la propiedad intelectual a los diseños ordinarios, sino que —y esto es una diferencia muy relevante con el derecho francés— le faltan normas expresas, como los citados artículos L112-1 y L112-2,14.º, del Código de la Propiedad Intelectual francés, que permitan sostener, sin ningún género de dudas, la aplicabilidad de la propiedad intelectual a todo diseño, incluidos los desprovistos de carácter artístico.

Llegados a este punto, surge inevitablemente la pregunta de por qué razón nuestro TRLPI, a diferencia del Código francés, no contiene normas específicas en las que apoyar la aplicabilidad de la propiedad intelectual al diseño ordinario. La razón no puede ser otra que la de que el TLPI reserva su protección para las obras artísticas originales o, lo que es lo mismo, los productos intelectuales de alguna importancia en las bellas artes, que sean el resultado de la inventiva de su autor.

La conclusión que se acaba de reseñar, lejos de sorprendernos, está, por lo demás, en plena consonancia con nuestra tradición legislativa. Recuérdese, en efecto, que la Ley de 16 de mayo de 1.902 establecía en el párrafo cuarto de su artículo 22, que **«no se comprenderán como dibujos o modelos de fábrica, los que por tener carácter puramente artístico no pueden considerarse como aplicados con un fin industrial o como simples accesorios de los**

productos industriales y están comprendidos en la Ley de Propiedad Intelectual...»; y recuérdese asimismo que, ante las dudas que suscitó este precepto, la Real Orden de 17 de junio de 1.903 del Ministerio de Instrucción Pública y Bellas Artes aclaró que los dibujos y modelos eran materia exclusiva de la Propiedad Industrial, **ya que carecían de carácter artístico, concluyendo que «**los dibujos y trabajos de que se trata** (se refiere a los dibujos y modelos de fábrica) **no son materia propia de la ley de Propiedad intelectual ni por tanto susceptibles de registro al amparo de ésta**».**

Por consiguiente, el análisis de las normas del TRLPI, su comparación con las del Libro I del Código de la Propiedad Intelectual francés, y nuestra tradición legislativa permiten sostener *que nuestra legislación de la propiedad intelectual no protege los diseños ordinarios, porque exige a las obras artísticas un grado determinado de creatividad y de originalidad, que no poseen dichos diseños*.

Por lo tanto, es del todo correcta la Disposición adicional décima de la Ley 20/2003 cuando subordina la acumulación de la protección de la propiedad intelectual a que «*el diseño de que se trate presente en sí mismo el grado de creatividad y de originalidad necesario para ser protegido como obra artística según las normas que regulan la propiedad intelectual*». Dicha Disposición, al igual que hizo el artículo 1 de la Ley francesa de 14 de julio de 1.909 sobre dibujos y modelos, es la que determina, en nuestro derecho, el sistema de protección aplicable a los diseños. Y, al establecer que sólo pueden beneficiarse de la protección de la propiedad intelectual los diseños con el grado de creatividad y de originalidad propio de las obras artísticas o arte aplicado, es claro que está excluyendo de la propiedad intelectual a los diseños ordinarios. Lo cual significa, como ya hemos dicho, que en nuestro derecho rige el sistema de la acumulación restringida.

III. EL GRADO DE CREATIVIDAD Y ORIGINALIDAD QUE EXIGE LA LEGISLACIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL A LAS OBRAS ARTÍSTICAS: EL REQUISITO DEL DISEÑO ARTÍSTICO

1. LA COORDINACIÓN ENTRE LA LEY 20/2003 Y EL TRLPI

Una vez que hemos comprobado en el apartado anterior que la legislación de la propiedad intelectual exige a las obras artísticas determinado grado de creatividad y de originalidad, corresponde ahora determinar el alcance de ese grado de creatividad y originalidad al que se refiere la Disposición adicional décima de la Ley 20/2003, lo cual llevará finalmente al análisis del requisito del diseño artístico.

Hasta aquí hemos visto que el TRLPI no contiene ninguna norma que permita sostener que un simple diseño ordinario puede beneficiarse de la protección de la propiedad intelectual. Y hemos visto también que, cuando una legislación

quiere que todo diseño sea también protegible por la propiedad intelectual, introduce normas expresas en esta última legislación que hacen posible la acumulación de las protecciones, como sucede con los reseñados artículos L112-1 y L112-2,14.º, del Código de la Propiedad Intelectual francés.

Al emprender el análisis del requisito de protección del diseño artístico, lo primero que llama la atención es que el requisito que se exige al diseño artístico para que pueda beneficiarse de la acumulación de la propiedad intelectual, se establece en la propia Ley del Diseño. Lo cual obliga a preguntarse si es correcta tal previsión de la Ley 23/2003. En mi opinión, hay que inclinarse por la respuesta afirmativa. Aunque sólo sea por una pura razón de claridad y para evitar cualquier incertidumbre, la sede para determinar el sistema de protección de los diseños es su Ley específica, tal y como sucedió en nuestro derecho con la Ley de Propiedad Industrial de 16 de mayo de 1.902 (párrafo cuarto de su artículo 22) y con el Estatuto sobre Propiedad Industrial (artículo 190). Y lo mismo cabe decir del derecho francés, ya que, como hemos dicho, fue la Ley de 14 de julio de 1.909 sobre dibujos y modelos industriales la que consagró la teoría de la unidad del arte en su artículo 1.º. Por consiguiente, hay que considerar que acierta la Disposición adicional décima de la Ley 20/2003 cuando acoge de manera expresa el sistema de la acumulación restringida. Por si lo que se acaba de decir no fuera suficiente —que, desde luego, lo es— hay que recordar que, al hablar del «grado de creatividad y de originalidad» propio de las obras artísticas, la Disposición adicional décima de la Ley 20/2003 no hace más que cumplir lo que establece el artículo 17 de la Directiva, el cual, como ya hemos visto, establece expresamente que cada Estado miembro determinará el alcance y las condiciones en que se concederá la protección por el derecho de autor, incluido **«el grado de originalidad exigido»**.

Por otra parte, para que el sistema de protección sea coherente, la propia ley de propiedad intelectual debe hacer posible el funcionamiento del sistema elegido. Con esto se quiere decir que si la ley del diseño opta por el sistema de la acumulación restringida, la ley de propiedad intelectual no puede impedir el juego de este sistema, ni hacer posible el funcionamiento de otro sistema diferente, como sería el de la acumulación absoluta. Lo cual sucedería, por ejemplo, si después de optar la Ley del Diseño por el sistema de la acumulación restringida, la ley de propiedad intelectual permitiese que todo diseño pudiese beneficiarse, sin más, de su protección.

Pues bien, en este punto la Ley 20/2003 y el TRLPI están perfectamente coordinadas. La Ley 20/2003 prevé en su Disposición adicional décima que sólo puede beneficiarse de la protección de la propiedad intelectual el diseño que presente el grado de creatividad y originalidad propio de las obras artísticas. Y el TRLPI establece, de un lado, que son objeto de la propiedad intelectual las creaciones originales de las obras plásticas, sean aplicadas o no (referencia expresa en el TRLPI al sistema de la acumulación restringida); y, de otro, carece de normas, como los citados artículos L112-1 y L112-2,14.º del Código de la Propiedad Intelectual francés, que permiten a un simple diseño beneficiarse de

la protección de la propiedad intelectual (lo cual significa, en definitiva, la ausencia de normas en el TRLPI que hagan posible la acumulación absoluta).

Otro punto que debe destacarse es que la Disposición adicional décima establece con toda claridad que **el grado de creatividad y originalidad exigido a los diseños artísticos hay que buscarlo en el TRLPI y no en la Ley del Diseño**. Y esto es también lógico, porque a quien corresponde fijar los requisitos necesarios para beneficiarse de la protección de la propiedad intelectual es a la propia legislación sobre la materia, en nuestro caso el TRLPI, y no otra legislación diferente, como sería la Ley del Diseño. Queda claro, pues, que, aunque la Disposición adicional décima de la Ley 20/2003 habla del «grado de creatividad y de originalidad» que necesita un diseño para ser protegido como obra artística, el sentido de estas expresiones hay que buscarlo en el TRLPI.

2. ANÁLISIS DE LA EXPRESIÓN «GRADO DE CREATIVIDAD Y DE ORIGINALIDAD» CONTENIDA EN LA DISPOSICIÓN ADICIONAL DÉCIMA DE LA LEY 20/2003

Al emprender el examen de la expresión «grado de creatividad y de originalidad» que necesita un diseño para ser protegido como obra artística por la propiedad intelectual, son varias las cuestiones que se suscitan. La primera de ellas es si estamos ante un solo requisito o ante dos. El problema se plantea porque la Disposición adicional décima habla precisamente de «grado de creatividad y de originalidad», lo cual podría llevar a entender que se refiere a un mismo y único requisito o —cosa que también es posible— a una doble exigencia: cierto grado de creatividad y cierto grado de originalidad.

La redacción de la norma no es lo suficientemente clara como para despejar todas las dudas. En favor de que hay un único requisito, se podría aducir el argumento del empleo de la palabra «**necesario**» en singular después de la expresión «grado de creatividad y de originalidad», ya que si fueran dos los requisitos diría «**necesarios**». En el mismo sentido, cabría invocar el pasaje de la Exposición de Motivos de la Ley, que habla de «**diseño original o especialmente creativo**». Pero también se podría argumentar a favor de la exigencia de dos requisitos que el precepto habla de grado «**de**» creatividad y «**de**» originalidad, antecediendo la preposición «de» a cada una de esas dos palabras y uniéndolas por una conjunción copulativa justamente para dar a entender que se trata de dos cosas diferentes. Ante la falta de claridad de la norma, la solución tiene que venir del propio tema que se regula. Con lo que se quiere decir que para saber si estamos ante un requisito o ante dos, lo decisivo es lo que resulte de las normas de la propiedad intelectual que regulan los requisitos de la obra artística.

Pues bien, como trataré de demostrar seguidamente, ambas palabras son el anverso y el reverso de un único y mismo requisito: la originalidad; o, si se prefiere, una, «la creatividad», es la «causa» o el «antecedente» y la otra, la originalidad, el «efecto» o el «consecuente». Así, la palabra «creatividad» significa,

según hemos visto, «facultad de crear» o, lo que es lo mismo, «capacidad de creación». Lo cual nos conecta con el hecho generador de la propiedad intelectual que es, según el artículo 1 del TRLPI, el hecho de la creación de la obra. Por su parte, la palabra «originalidad» quiere decir, como ya sabemos, «cualidad de original», significando «original», dicho de una obra artística, «que resulta de la inventiva de su autor»; requisito que nos remite al artículo 10 del TRLPI, relativo al «Objeto» de la propiedad intelectual, a cuyo tenor «Son objeto de la propiedad intelectual todas las creaciones originales...». Como puede apreciarse, la palabra «creatividad» alude a una cualidad del sujeto que crea la obra, mientras que la palabra «originalidad» se refiere a una cualidad que se manifiesta en el objeto resultante del acto de creación, que es la «obra». Es decir, la primera de estas palabras destaca una cualidad del autor: «creatividad» o capacidad creativa, en tanto que la segunda: «originalidad» subraya una cualidad de la obra objeto de protección: que es el resultado de la inventiva del autor.

Hasta aquí sabemos que estamos ante un único requisito, pero contemplado desde dos ópticas distintas pero íntima e indisolublemente vinculadas: la óptica del autor, a través del término «creatividad», que equivale a «capacidad de creación»; y la óptica de la obra, a través de la palabra «originalidad», que quiere decir «resultado de la inventiva de su autor». Esto sentado quedan por plantear, y por resolver, dos temas de extraordinaria importancia: (i) cómo han de entenderse estas palabras y (ii) el grado de exigencia al que se refiere la Disposición adicional décima que viene establecido en el TRLPI.

2.1. *El significado de las expresiones «creatividad» y «originalidad» en la obra artística*

Hemos visto con anterioridad el sentido gramatical de las expresiones «creatividad» y «originalidad»; y hemos visto también que la primera hay que referirla al autor, mientras que la segunda a la obra. Así las cosas, es preciso determinar el significado de ambas expresiones para lo cual hay que tener muy presente una vez más su significación gramatical. Y ello porque, aunque se trata de indagar el concepto que tienen estas expresiones en el derecho de la propiedad intelectual, no puede olvidarse que las mismas tienen un significado en nuestra lengua, por lo que tal significado es, cuando menos, el punto del que hay que partir para averiguar el sentido que tienen dichas palabras en el derecho de la propiedad intelectual.

(i) La «creatividad», en la medida en que hace referencia a una capacidad del ser humano, es una condición predicable de la persona, pero ni la tenemos todos, ni los que la poseen la tienen en el mismo grado. En tanto que «capacidad», la creatividad supone, como se desprende del Diccionario de la lengua, **una especial aptitud, un talento, que dispone a quien la posee para el buen ejercicio de algo**. Si proyectamos esta significación general de la creatividad exclusivamente sobre la obra artística —entendida ahora como obra

plástica en sentido estricto— la especial aptitud, el talento o la disposición para hacer bien una obra artística hay que conectarla, como ha señalado en la doctrina francesa el Maestro DESBOIS (vid. «Le Droit d’Auteur en France», 3.^a ed. Dalloz 1.978, p. 72), inevitablemente con la «**ejecución personal**» del autor. Con esto se quiere decir que, en la obra artística, la creatividad no implica solamente la capacidad de concebir intelectualmente la obra, sino que forma parte inseparable de la creatividad la propia capacidad que tiene el autor de ejecutar material y personalmente la obra artística concebida por él. Como afirma DESBOIS (ob. cit. p. 73), «el modo de ejecución material ocupa, en la génesis de una obra de arte, un lugar preponderante, mientras que no tiene ninguna importancia en las obras literarias». Y seguidamente añade: «Importa poco que el filósofo o el novelista haya tomado por sí mismo la pluma, dictado el texto a una secretaria o a una dactilógrafa, recurrido a un magnetófono: la redacción será la misma y llevará la impronta de su personalidad, cualquiera que haya sido el procedimiento de fijación. Por el contrario, el maestro, que describe a sus alumnos el tema de un cuadro futuro, descendiendo a los menores detalles de la fisonomía del personaje, real o imaginario, o los matices de una puesta de sol, no podrá reivindicar la obra artística, sino no ha manejado él mismo el pincel y, según la expresión vulgar, «se ha puesto manos a la obra»».

Lo que antecede implica que hay «creatividad» donde concurren el talento para concebir intelectualmente la obra artística y una especial aptitud para ejecutarla materialmente. Concepción ideal y buena ejecución material de la obra son, pues, elementos integrantes e inseparables de la «creatividad» referida a las obras artísticas. En consecuencia, la pura concepción ideal de una obra artística sin la especial aptitud para ejecutarla personalmente, no es un acto de creación generador de la propiedad intelectual en el sentido del artículo 1 del TRLPI. Y ello porque no puede haber creación artística allí donde falta el elemento esencial de la «ejecución material» en la «creatividad» del autor o, lo que es lo mismo, en su «capacidad de creación».

En resumen, referida a las obras artísticas, la «creatividad», entendida como «capacidad de creación» y, por lo mismo, como capacidad de dar origen al hecho generador de la propiedad intelectual, presupone **una cualidad que dispone al autor para el buen ejercicio de la concepción intelectual y de la ejecución material de la obra.**

(ii) En cuanto a la «originalidad», lo primero que debe recordarse es que consiste en una cualidad predicable del objeto de la propiedad intelectual que, como señala el artículo 10 del TRLPI, es la obra. Ya hemos dicho que la «originalidad» está indisolublemente unida a la «creatividad» en una relación de causa-efecto o de antecedente-consecuente. De tal suerte que el ejercicio por el autor de su capacidad de creación se traduce en la «originalidad» de la obra. Pero así como la noción de «creatividad» no plantea problemas especiales, las cosas son diferentes respecto de la «originalidad». Hasta tal punto es esto cierto, que hay pocos conceptos en el derecho sobre los bienes inmateriales que genere tantas dudas e incertidumbres, como el de la «originalidad». Y ello por-

que incluso está en discusión si se trata de una noción objetiva, asimilable a la «novedad», o subjetiva, que hace referencia al reflejo que tiene en la obra: el esfuerzo y el trabajo del autor; la personalidad del autor; el sello de su individualidad, etc. Así, en nuestra doctrina, hay autores, como el profesor RODRIGO BERCOVITZ (en «Comentarios a la ley de Propiedad Intelectual», 2.^a edición, Ed. Tecnos, Madrid 1.997, pp. 161 y ss), que se inclina por entender la «originalidad» en el sentido de que hace referencia a la «novedad objetiva de la obra». Y sostiene que «en las obras plásticas frecuentemente la novedad viene dada mucho más por la ejecución de las mismas que por su concepción, que suele carecer de originalidad». Pero hay otros, como el Profesor ROGEL VIDE (en «Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales», tomo V, vol. 4.º A, Edersa, Madrid 1.994, pp. 213 y ss), que sostienen que la originalidad debe ser entendida en sentido subjetivo y vendría a ser el reflejo de la personalidad del autor en la obra.

A mi juicio, no es totalmente acertado asimilar la «originalidad» a la novedad, porque ésta es una noción propia del derecho industrial que no se acomoda bien a la propiedad intelectual. Y ello, tanto si se entiende la novedad en el sentido de que «nuevo es lo no conocido en el momento de la solicitud del derecho» (noción propia del Derecho de patentes) como si se considera que es «nuevo lo que se diferencia de lo existente en el momento de la creación» (noción de novedad que se ha manejado en el derecho francés de dibujos y modelos industriales). Porque si se asimilara la «originalidad» a la novedad, entendida en cualquiera de estos dos sentidos, habría que denegar la protección del derecho de autor a dos creaciones iguales creadas independientemente por dos autores, lo cual, como es sabido, no es admisible en la propiedad intelectual. Y es que la novedad tiene como finalidad última impedir que se otorguen dos derechos de propiedad industrial sobre dos creaciones idénticas a dos titulares distintos. Lo cual es debido a que el derecho de propiedad industrial no sólo es exclusivo, como la propiedad intelectual, sino también —y a diferencia de ésta— excluyente. Esto significa que el titular del derecho, además de ser el único que puede explotarlo (derecho exclusivo), puede prohibir a cualquier tercero la explotación de una creación idéntica a la protegida, aunque dicha creación idéntica haya sido creada independientemente (derecho excluyente). Cosa que, como es sabido, no sucede en la propiedad intelectual, cuyo derecho no produce este efecto de bloqueo, derivado de su característica de derecho excluyente, peculiar de los derechos de la propiedad industrial. Por eso, para que pueda existir solamente un derecho sobre cada creación y con ello pueda producirse este efecto excluyente, se exige un requisito de carácter objetivo y comparativo, como el de la novedad, que acaba por conferir el derecho a uno solo de los solicitantes con exclusión de todos los demás. A lo dicho cabe añadir que la propiedad intelectual, al no exigir el registro obligatorio de las obras, carece de la posibilidad, que sí existe en los registros de la propiedad industrial, de buscar las anterioridades perjudiciales para la novedad de la obra.

Pero tampoco me parece totalmente satisfactoria la concepción subjetiva que concibe la originalidad, bien como el resultado del trabajo y del esfuerzo per-

sonal de su autor (así sucede en el derecho francés de dibujos y modelos, vid. OTERO LASTRES, «El Modelo... cit. pp. 261 y ss), bien como el reflejo de la personalidad del autor que se manifiesta en la obra o bien como el sello de su individualidad. Esta concepción subjetiva de la «originalidad» puede conducir a dos situaciones extremas que no pueden admitirse. De una parte, en la medida en que toda obra del intelecto humano es una obra debida a una persona-autor y no a una máquina, ha de ser siempre el resultado de su trabajo y de su esfuerzo personal y ha de reflejar necesariamente la impronta de la personalidad o la individualidad de aquél, sea mínima, poca o mucha. Como afirma el Profesor RODRIGO BERCOVITZ (ob. cit. p. 161), «por definición, puesto que son el producto de un quehacer espiritual individual», las obras son «una expresión de la persona que las concibe y realiza». Es decir, si por «personalidad» se entiende gramaticalmente la «diferencia individual que constituye a cada persona y la distingue de otra», no cabe afirmar que la obra de una persona no manifiesta su personalidad, su individualidad. Porque no parece que se pueda admitir que existen obras debidas a una persona que no reflejen ninguna personalidad, cuando es así que ésta es un atributo necesario de aquélla. Por eso, si todas las obras, en cuanto procedentes de una persona, reflejan el trabajo, el esfuerzo y la personalidad de su autor, todas serían «originales» y ello conduciría inevitablemente a reconocer la protección de la propiedad intelectual a cualquier obra del intelecto humano. Lo cual supondría convertir la «originalidad» en un requisito irrelevante, ya que en todas las obras debidas al ser humano concurriría la «originalidad». El extremo opuesto al que puede conducir la concepción puramente subjetiva de la originalidad es que puede llevar a reservar la protección de la propiedad intelectual a muy pocas obras. En efecto, si la «personalidad» hay que entenderla como el «conjunto de características o cualidades originales que destacan en algunas personas», entonces la noción de personalidad adquiere un carácter «infrecuente», en el sentido de que, para poseer la «personalidad» que da acceso a la protección de la propiedad intelectual, el autor ha de reunir un cierto grado de características o cualidades que lo hagan destacar de los demás. Lo cual nos sitúa en un ámbito, en el que, lejos de reconocer la protección a todas las obras debidas al intelecto humano, habría que reservarla para las obras del intelecto de los autores con una destacada «personalidad». Y en este caso, como señala el Profesor RODRIGO BERCOVITZ (ob. cit. p. 161) «la mayor parte de las obras que hoy en día se reconocen como merecedoras de protección deberían quedar desprotegidas, puesto que carecen de semejante requisito». Claramente se advierte que la concepción puramente subjetiva de la originalidad tampoco debe ser acogida, porque puede ser entendida en dos sentidos radicalmente opuestos que conducen a consecuencias extremas difícilmente admisibles.

Si no nos inclinamos por la concepción objetiva de la «originalidad», que asimila este requisito al de la novedad, y tampoco somos partidarios de la subjetiva, que concibe la «originalidad» como el resultado del trabajo y del esfuerzo del autor y el reflejo en la obra de su personalidad, ¿cómo ha de concebirse la «originalidad»? ¿existe otra concepción distinta de esas dos, que sea admisible? Como trataré de demostrar seguidamente, hay otra manera de concebir

la «originalidad», que le permite tener pleno sentido como requisito de protección y a la que no se le pueden reprochar los defectos de las otras dos concepciones.

Como es sabido, el TRLPI, además de rotular, como hacía la ley de 1.987, los Libros, los Títulos y los Capítulos en los que está dividido, presenta la novedad de dar un título a cada uno de sus preceptos. Viene esto a cuento, porque los títulos de los tres artículos que ahora interesan pueden ayudarnos a comprender el sentido de la «originalidad». Adviértase, en efecto, que el artículo 1 del TRLPI se titula «hecho generador», lo cual nos indica que en el artículo 1 queda determinado el hecho que genera la propiedad intelectual. Tal hecho es la creación de la obra artística, entendiendo la palabra creación como «acción y efecto de crear». Como hemos visto, la palabra «crear» significa en su segunda acepción «establecer, fundar, introducir por primera vez algo; hacerlo nacer o darle vida, en sentido figurado». Por lo tanto, el hecho generador de la propiedad intelectual de una obra artística es la acción y el efecto de «hacer nacer en sentido figurado» dicha obra. Este hecho generador o, lo que es lo mismo, la acción y el efecto de hacer nacer en sentido figurado una obra artística, sólo es predicable del sujeto «autor» de la obra. Así resulta del artículo 5.1 del TRLPI, que se titula «autores y otros beneficiarios», a cuyo tenor «Se considera autor a la persona natural que crea alguna obra literaria, artística o científica». Por lo tanto, desde el punto de vista subjetivo, para que surja la propiedad intelectual es preciso que exista un autor, persona natural, que lleve a cabo un acto de creación a través del cual haga nacer una obra artística. Desde el punto de vista subjetivo, el TRLPI no impone ningún otro requisito que el que se acaba de reseñar: que exista una persona física-autor que lleve a cabo un acto que produzca el efecto de hacer nacer una obra artística.

Pero ¿qué ocurre desde el punto de vista objetivo? El TRLPI rotula el Capítulo II de su Libro Primero con la palabra «objeto», lo cual permite afirmar que dicho capítulo versa sobre el objeto de la propiedad intelectual. Y el objeto de la propiedad intelectual son básicamente, como indica el título del artículo 10, las «obras y títulos originales». Además de hablarse en el título del propio artículo 10 de «obras originales», al delimitar el objeto de la propiedad intelectual, el apartado 1 de este artículo 10 no se contenta con disponer que lo constituyen «todas las creaciones», sino que añade algo más, que sean «originales». Por lo cual, desde el punto de vista objetivo, la obra protegible no es sólo la creación en cuanto resultado del hecho generador que lleva a cabo el autor, sino la creación «original». Lo cual supone un «añadido» que, en tanto que condición adicional, no es algo implícito sin más en toda obra creada. Porque si toda creación por el sólo hecho de serlo fuera siempre y necesariamente original, el añadido a la creación de la condición de «original» del artículo 10 sería innecesario por redundante.

Examinados, pues, los preceptos del TRLPI que se refieren al sujeto y al objeto de la propiedad intelectual, y referidos todos ello a lo que aquí nos interesa que son las obras artísticas, se llega a la conclusión de que para que surja la

protección de la propiedad intelectual se requiere un autor que lleva a cabo un acto que produzca el efecto de hacer surgir una obra que ha de consistir en una creación original artística.

Así las cosas, se puede afirmar que la «originalidad» es un atributo predicable del objeto de la propiedad intelectual, que es la «obra». Y se puede afirmar también que, aunque la originalidad es una condición de la obra, es, al igual que la obra entera en sí misma, el resultado de un acto humano atribuible directamente a su autor. Por lo cual, no sería correcto sostener ni que la «originalidad» es una noción solamente objetiva por el hecho de ser un atributo del objeto de la propiedad intelectual que es la obra, ni tampoco que es una noción puramente subjetiva, por tener como antecedente necesario la actividad creadora del sujeto que hizo nacer la obra original. ¿Cómo debe considerarse entonces la «originalidad»? En mi opinión, y por lo que acabo de decir, una noción ambivalente: objetiva y subjetiva a la vez. La «originalidad» es objetiva en la medida en que es una característica de la obra protegible y es subjetiva en la medida en que en sí misma es una consecuencia de la capacidad creadora del autor.

Sentado el doble carácter objetivo y subjetivo de la «originalidad», hay que añadir que la «originalidad», así entendida, es un requisito de protección de la obra, según resulta del propio artículo 10.1 del TRLPI, que establece con toda claridad que el objeto de la propiedad intelectual son las «creaciones originales». Adviértase, en efecto, que así como el hecho de la creación sirve de fundamento, como dispone el artículo 1 del TRLPI, para la atribución de la propiedad intelectual al autor, desde el punto de vista de la obra, para que la misma pueda ser objeto de la propiedad intelectual, se requiere, según el citado artículo 10.1 TRLPI, que la obra creada sea original. Lo cual significa que la «originalidad» es un requisito que debe concurrir en la obra para que la misma pueda convertirse en objeto de la propiedad intelectual. Por lo tanto, de la interpretación conjunta de los artículos 1 y 10 del TRLPI se desprende que el acto de creación del autor es una condición necesaria, pero no suficiente para beneficiarse de la protección: la obra ha de ser fruto de un acto de creación, pero este acto ha de tener necesariamente como resultado la producción de una «obra original».

Llegados a este punto, queda por resolver la cuestión más importante, que es determinar qué debe entenderse por «originalidad». Por «originalidad» se entiende «cualidad de original». Por tanto, cuando se exige a una obra el requisito de la «originalidad», se le está requiriendo que posee la cualidad de «original». En su segunda acepción gramatical, «original» significa «dicho de una obra científica, artística, literaria o de cualquier otro género: Que resulta de la inventiva de su autor». El propio significado de la palabra «original» vuelve a confirmar lo que ya resulta del artículo 10.1 del TRLPI, a saber: que se trata de una condición predicable de la obra. Pero confirma algo más, que nos sitúa en el artículo 1 del TRLPI, y es que la «originalidad» alude a algo que aparece en la obra, pero que procede de una condición personal del autor: que la obra

resulta de su «inventiva». Por «inventiva» se entiende «capacidad y disposición para inventar» e «inventar» quiere decir «dicho de un poeta o de un artista: Hallar, imaginar, crear su obra». Por lo tanto, «obra original» significa, en lo que ahora interesa, «obra que resulta de la capacidad y disposición del artista para imaginar y crearla». Vemos, pues, que existe una plena concordancia entre la significación gramatical de la palabra «originalidad» y los artículos 1 y 10.1 del TRLPI: tanto la significación gramatical como estos dos preceptos, nos llevan a la misma conclusión. Y tal conclusión, a la que ya hemos aludido con anterioridad, es que la «originalidad» es un atributo que se manifiesta en la obra, el cual proviene de la «capacidad creativa» del autor.

Puestas así las cosas, se puede afirmar que existe una interrelación inseparable entre «creatividad» y «originalidad», de tal suerte que un autor sin capacidad creadora en el ámbito de las obras artístico-plásticas será prácticamente imposible que produzca una obra con originalidad. Y, al contrario, un autor con gran capacidad creadora de ese tipo de obras lo normal es que cree obras dotadas de una indiscutible originalidad. Todo lo cual me lleva a afirmar que la originalidad es la manifestación en la obra de la capacidad creativa del autor.

Este concepto de «originalidad» es distinto de la noción que concibe la originalidad de manera objetiva, toda vez que prescinde por completo de datos como el de si la obra ha sido o no divulgada y el de si es o no una obra diferente a otras anteriores. Y también difiere de la concepción subjetiva de la «originalidad», ya que no valora el trabajo y el esfuerzo del creador ni tampoco si la obra refleja o no su personalidad. Lo único que tiene en cuenta el concepto de originalidad que defendemos es si la obra puede ser considerada o no como el resultado de una capacidad creativa de su autor. O más claramente: una obra es original si revela la existencia de una «capacidad de creación» o, lo que es lo mismo, refleja que ha sido fruto de una capacidad personal del autor integrada por una cualidad especialmente dispuesta para el buen ejercicio de la concepción intelectual y de la ejecución material de la obra artística.

2.2. *El grado de «creatividad» y de «originalidad» de las obras artísticas*

De todo cuanto hasta aquí se ha dicho, y sobre todo de la interpretación de las normas del TRLPI, se desprende que es acertada la Disposición adicional décima de la Ley 20/2003 cuando dispone que, para ser protegidas por la propiedad intelectual, las obras artísticas han de poseer cierto «grado de creatividad y de originalidad». Y lo mismo resulta del pasaje ya citado de la Exposición de Motivos de la Ley del Diseño que habla del «diseño original o especialmente creativo», y en el que el Legislador de 2003 equipara lo «original», no a lo simplemente creativo, sino a lo «especialmente» creativo. Con lo que nos está dando a entender que el diseño al que se refiere la Disposición adicional décima no es un diseño ordinario, sino un diseño con una originalidad y una creatividad singular o especial.

Por otra parte, y como tal vez se habrá podido deducir de las reflexiones que anteceden, los propios conceptos de «creatividad» y de «originalidad» que he venido manejando llevan implícita una referencia a la existencia de cierta «graduación». En efecto, «creatividad» significa, como ya sabemos, «capacidad de creación»; «capacidad» quiere decir «aptitud, talento, cualidad que dispone a alguien para el buen ejercicio de algo»; y por «creación» se entiende, en su sexta acepción, «obra de ingenio, de arte o de artesanía muy laboriosa o que revela una gran inventiva». Pues bien, basta la simple lectura de los significados de todas estas palabras para descubrir de inmediato que se está hablando de una capacidad, la de crear obras de arte, que no poseen todos los hombres y que los que están dotados de ella, no la tienen en idéntica medida. Y así como nadie discute que todos los seres humanos no tienen las mismas cualidades, ni que cada cualidad aparece en cada persona con distinta intensidad, de la misma manera no parece serio afirmar que todas las personas tienen capacidad creativa y que, las que la poseen, la tienen en el mismo grado. La «creatividad» o «capacidad creativa», lo mismo que cualquier otra cualidad, la poseen unas personas y otras no, y los que gozan de dicha capacidad, la tienen en diferente grado: unos más y otros menos. Que hay personas con más creatividad que otras es algo que puede comprobarse en la propia historia de las ediciones del imperecedero EL INGENIOSO HIDALGO DON QUIJOTE DE LA MANCHA, cuyo IV Centenario celebramos este año. En efecto, en la presentación de la edición preparada por la Real Academia de la Española (en asociación con las Academias de la Lengua Española, editorial Alaguara, Madrid 2.004, p. IX) se dice que en 1.713: ...» consciente la Corporación [La Academia] de que, según reza el acta, «siendo muchas las [ediciones] que se han publicado del Quijote, no hay ninguna buena ni tolerable», acordó «hacer una impresión correcta y magnífica... con láminas de los mejores profesores de la Academia de San Fernando»». Es decir, para hacer una impresión correcta y magnífica del Quijote, la Academia de la Lengua no elige a cualquier ilustrador, sino a «los mejores profesores de la Academia de San Fernando». ¿No habrá sido, me pregunto yo, porque todos los creadores no poseen la misma capacidad creativa, y se eligieron en el año 1.713 los «mejores profesores» justamente porque poseían una capacidad creativa, cuando menos, superior a la normal?

En cuanto a la «originalidad», si es así que consiste en una cualidad de la obra consistente en que refleja que ha sido fruto de una capacidad creativa de un autor especialmente dotado para el buen ejercicio de la concepción intelectual y de la ejecución material de la obra, es claro que ni todas las obras poseen, sin más originalidad, ni todas las que son originales muestran el mismo grado. Pues bien, si, como hemos razonado, la «creatividad» y la «originalidad» están indisolublemente interrelacionadas, hasta el punto de que ésta es el reflejo en la obra de aquélla, siendo la «creatividad» una cualidad propia de algunas personas y que se manifiesta en ellas en distinto grado de intensidad, parece que debe concluirse que también la «originalidad» es un atributo de algunas obras y que admite grados.

Una vez que se ha sentado la conclusión de que la «creatividad» y la «originalidad» admiten una graduación, queda por determinar cuál es el grado de cre-

atividad y de originalidad necesario, como dice la Disposición adicional décima de la Ley del Diseño, para que una obra pueda ser considerada «artística» y, por lo mismo, protegible por la propiedad intelectual.

Desde luego, por el hecho de que estamos ante obras de las artes plásticas, el grado de «creatividad» o capacidad creativa ha de manifestarse, según hemos visto, no sólo en la concepción intelectual de la obra, sino también en la ejecución material de la misma. Es decir, desde la óptica de la «creatividad», estamos buscando un cierto nivel en la capacidad del autor para una doble tarea: concebir intelectualmente la obra y ejecutarla personal y materialmente. Y, en lo que concierne a la «originalidad», reflejando ésta la creatividad o capacidad personal del autor en la concepción y ejecución de la obra, es claro también que se busca en la obra el reflejo de ese «nivel» o «grado» de capacidad creativa.

Pues bien, para determinar el «grado de creatividad» y de «originalidad» que buscamos, creo que lo procedente es fijar el «umbral» que abre las puertas de la propiedad intelectual, sin que sea necesario, una vez traspasado el «umbral», efectuar ulteriores graduaciones sobre la mayor o menor creatividad y originalidad. Y ello, porque una vez que la obra está dentro de la propiedad intelectual, carece de relieve si su nivel de originalidad es superior al requerido y hasta que grado llega. La determinación del umbral adquiere, pues, un carácter decisivo, porque lo que hay antes de ese umbral tiene cerrado el acceso a la propiedad intelectual, mientras que pasado el mismo ya se está en este sector del ordenamiento, sin que importe —insisto— que la obra presente un grado de creatividad y de originalidad muy superior al que representa dicho «umbral».

A mi modo de ver, el «umbral» está situado, en cuanto a la «creatividad», en que el autor posea una «cualidad especialmente dispuesta para el buen ejercicio de la concepción intelectual y de la ejecución material de la obra». Si el autor no está especialmente cualificado para «hacer bien» lo de concebir intelectualmente la obra y ejecutarla materialmente, no llega al grado de «creatividad» necesario para obtener la protección de la propiedad intelectual. Y en cuanto a la «originalidad», el «umbral» está situado en que la obra haga visible que es el resultado de una buena concepción intelectual y de una buena ejecución material por parte de su autor. La clave está, como puede observarse, en la palabra «buen» o «buena», la cual, en su cuarta acepción y como sinónimo de «grande», significa «que supera a lo común».

Fijado el grado de «creatividad» y de «originalidad» en una capacidad de crear que supera a lo común y en el reflejo en la obra de una capacidad de crear que supera a lo común, queda también señalado el ámbito que queda fuera del «umbral», a saber: todo lo que no sea fruto de esta «buena» —entendida en el sentido de «superior a lo común»— capacidad de creación reflejada en la obra. Lo cual incluye tanto la total ausencia de creatividad y de originalidad, como la «creatividad» y la «originalidad» común o regular. En el ámbito de la au-

sencia de creatividad estaría lo que no puede acceder a la protección del diseño, por faltar el requisito esencial de la existencia de una creación. Mientras que en el ámbito de la creatividad «común o regular», que presupone lógicamente «creatividad», estarían las creaciones susceptibles de protección únicamente como diseños.

En resumen, para la protección de la obra como diseño ordinario basta con un nivel de creatividad «común o regular» o, lo que es lo mismo, una capacidad de creación que no sobrepase de la que comúnmente revelan los diseños ordinarios. Pero para que una obra pueda alcanzar la categoría de «diseño artístico» o, lo que es lo mismo, de «obra de arte aplicado a la industria», se requiere un grado de creatividad más elevado, consistente en una capacidad de creación que supera a la que es común entre los que crean en el ámbito de las formas y, además, un «grado de originalidad», consistente en reflejar en la obra un nivel de creatividad que la hace sobresalir por encima de los diseños ordinarios. De acuerdo con lo que se acaba de decir resulta que, a nivel conceptual, la obra calificable como diseño artístico puede dar lugar también a un diseño ordinario, obteniendo la protección como tal siempre que reúna los requisitos de la novedad y del carácter singular. Mientras que un diseño ordinario, aunque sea nuevo y posea carácter singular, no puede originar un diseño artístico por no llegar al grado de creatividad y de originalidad propio de la obra artística.

IV. LA PRUEBA DEL GRADO DE CREATIVIDAD Y ORIGINALIDAD DEL DISEÑO ARTÍSTICO Y LA VALORACIÓN DE SU EXISTENCIA

Para finalizar el análisis de este requisito, es preciso efectuar dos reflexiones: una, sobre el medio de prueba idóneo para acreditar que el correspondiente diseño presenta el grado de creatividad y de originalidad exigido para su protección como obra artística por la propiedad intelectual; y la otra, sobre la valoración de la prueba relativa a la concurrencia de este requisito.

En relación con el medio idóneo para acreditar la concurrencia de este requisito, cabe indicar que el medio de prueba más adecuado de todos es el «dictamen de peritos». Así se desprende del propio artículo 335.1 de la LEC que, al regular el objeto y la finalidad del dictamen de peritos, contempla expresamente el que sean necesarios «conocimientos artísticos» para valorar o adquirir certeza sobre hechos o circunstancias relevantes en el asunto. Por lo tanto, si la propia LEC, al regular la prueba del dictamen de peritos, prevé de manera expresa que pueden necesitarse «conocimientos artísticos» para valorar o adquirir certeza sobre un punto litigioso, es evidente que, para nuestro Legislador, existen hipótesis en las que es procedente acudir al dictamen de peritos con conocimientos artísticos. Y entre tales hipótesis hay que incluir lógicamente la de acreditar que un determinado diseño posee el grado de creatividad y de originalidad necesario para que sea considerado como diseño artístico protegible por la propiedad intelectual. En cuanto a las condiciones de los peritos que pueden dictaminar sobre la concurrencia en un diseño del grado de creativi-

dad y de originalidad requerido, hay que tener en cuenta el artículo 340 LEC, que establece, de un lado, que los peritos han de poseer el título oficial que corresponda a la materia objeto del dictamen, como sería el caso, por ejemplo, de los licenciados en Bellas Artes; y, de otro, la posibilidad de solicitar dictamen de Academias e instituciones culturales que se ocupen del estudio de las materias correspondientes al objeto de la pericia, como sería el caso de la Real Academia de Bellas Artes de San Fernando, cuya intervención obligatoria ya se preveía en caso de duda en el artículo 191 del EPI. Por otra parte, y antes las dudas que pudieran plantearse sobre la opinión del perito, el artículo 347 de la LEC prevé la posibilidad de que el perito se llamo al juicio para que intervenga con objeto de aclarar y defender su dictamen, e incluso para que se someta a crítica su pericia por otro perito designado por la parte contraria.

En cuanto a la valoración de la prueba, el artículo 348 de la LEC dispone, en general, que el tribunal valorará los dictámenes periciales según las reglas de la sana crítica, añadiendo el artículo 218 de la LEC, que la motivación de la sentencia se ajustará siempre a las reglas de la lógica y la razón. Es evidente que, en algunos casos, puede no ser fácil valorar si el diseño en cuestión posee el grado de creatividad y de originalidad requerido. Pero no es la única materia que puede presentarse una dificultad de valoración, como, por ejemplo, en el caso del requisito de la «actividad inventiva» en el ámbito de las patentes. Habrá casos en las que no resulte difícil determinar si una invención posee altura inventiva, pero habrá otros en los que sea realmente difícil establecer si la invención reúne el grado de actividad inventiva exigido por el Legislador. Y sin embargo, nadie ha propugnado que, por la posibilidad de equivocarse en los casos difíciles, deje de exigirse este requisito de patentabilidad.

Por lo que se acaba de decir, soy de la opinión de que la posible dificultad en la valoración del grado de creatividad y de originalidad de una obra no debe conducir a la tesis extrema de la unidad del arte y del sistema de la acumulación absoluta. Porque, a la vista de las criticables consecuencias a las que conduce dicho sistema (vid. OTERO LASTRES, «El Modelo...cit. p. 156 y ss), es menos grave para los intereses implicados equivocarse y negar la protección como diseño artístico a uno que realmente lo es, que optar por extender la protección de la propiedad intelectual a todo diseño cualquiera que sea el grado de creatividad y de originalidad que posea. Entre rendirse ante la dificultad y por el temor a equivocarse o afrontar con valor y decisión la tarea, a veces difícil, de valor el grado de creatividad y de originalidad de una obra, rechazo sin dudar la opción cobarde de renunciar a intentarlo y me inclino por la más conforme con los intereses en juego que es la de deslindar, sobre la base del grado de creatividad y de originalidad, el diseño artístico u obra de arte aplicado del diseño ordinario.

Para concluir, permítanseme dos reflexiones más. La primera es que, en nuestro sistema jurídico, se deja en manos del Juez decidir sobre cuestiones tan importantes para el ser humano como es la de la privación de libertad. Y ello, a pesar de que en un tema tan esencial no está excluido el error judicial. No se

discute que, aunque pueda haber error judicial, corresponde la Juez decidir sobre uno de los valores esenciales del hombre como es la libertad. Pues bien, ¿es tan importante el arte que no se admite por principio el error judicial? ¿Qué razón existe para haya que dar al arte un trato tan privilegiado, incluso por encima de la libertad, que lleve a convertirlo en una materia que queda absolutamente excluida del control judicial? No soy capaz de descubrir ninguna razón que aconseje situar el arte fuera del control judicial y darle así un trato más privilegiado que a la propia libertad.

La segunda reflexión es que la decisión del Juez sobre la concurrencia o no en un determinado diseño del grado de creatividad y de originalidad de la obra artística, únicamente servirá para resolver el problema jurídico de la acumulación de protecciones sobre la obra. Pero tal decisión no asegurará por sí misma el éxito comercial de la obra. Lo tendrá si resulta atractiva para los consumidores y usuarios, pero no por la calificación que se haya realizado de la misma en la correspondiente resolución judicial.