

Centro Regional para el Fomento del Libro en América Latina y el Caribe © CERLALC, 2011
Selección y disposición de las materias y comentarios, Ricardo Antequera Parilli

Obra fotográfica. Originalidad. Distinción con las meras fotografías.

PAÍS U ORGANIZACIÓN: España

ORGANISMO: Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15ª

FECHA: 5-5-2011

JURISDICCIÓN: Judicial (Civil)

FUENTE: Centro de Documentación Judicial (CENDOJ) del Consejo General del Poder Judicial de España, en <http://www.poderjudicial.es/jurisprudencia>. Id Cendoj: 08019370152011100132. Actualización: 15-11-2011.

OTROS DATOS: Sentencia 219/2011. Recurso 509/2010.

SUMARIO:

El TRLPI¹ establece un sistema de doble protección para las fotografías, según puedan ser calificadas de obras fotográficas o de meras fotografías. Los derechos de propiedad intelectual que confiere la obra fotográfica son los propios del derecho de autor, al ser mencionada en el catálogo de creaciones originales literarias, artísticas y científicas del art. 10.1 TRLPI, en concreto en la letra h). Lo que la Ley denomina mera fotografía se define de forma negativa en contraposición a la obra fotográfica, y se configura como un derecho afín, que confiere a su titular los derechos de explotación previstos en los arts. 17 y ss. TRLPI (una exclusiva limitada a autorizar su reproducción, distribución y comunicación pública), pero con una limitación temporal de 25 años (art. 128 TRLPI).

[...]

“El criterio básico de distinción es que la obra fotográfica, para serlo, debe ser fruto de un cierto nivel de originalidad y creatividad. En otro caso tendrán la consideración de meras fotografías, como regla, en particular, tratándose de fotografías de carácter fundamentalmente técnico o funcional, cuya concepción y ejecución no implica al fotógrafo en un esfuerzo intelectual en el sentido descrito”.

“En cualquier caso, esta distinción no depende de la condición de profesional del fotógrafo, de modo que las obras de éstos no necesariamente deben tener la consideración de obras fotográficas, sino que ello será así dependiendo del referido nivel de originalidad y creatividad de cada fotografía, de igual manera que las fotografías tomadas por un «no profesional», si tienen ese nivel, también pueden merecer esta

¹ Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (nota del compilador)

consideración de obras fotográficas. Tampoco es relevante la dificultad, el tiempo invertido en la realización de la fotografía o el especial esfuerzo personal y económico empleado, ni que lo haya sido por encargo, ni el destino que deba dársele a la misma”.

“El nivel de creatividad exigido para la obra fotográfica presupone una creación, por responder a la selección de un motivo y del encuadre, pero además debe suponer una originalidad, que engloba dos aspectos, uno subjetivo y otro objetivo. Por una parte, en la obra fotográfica debe poder apreciarse «la impronta intelectual, afectiva o emocional de su autor», quien por ello ha de llegar a plasmar en la imagen «su propia concepción o comprensión respecto del motivo». Para advertir este fundamental factor debe atenderse a la composición de la imagen, que no debe constituir una representación común o banal del motivo fotografiado, sino que ha de distinguirse de la masa de lo conocido (especialmente en casos como el presente, en el que las fotografías objeto de enjuiciamiento son imágenes de objetos inertes, que pretenden recoger fielmente todas sus características físicas). En estos casos no puede monopolizarse la mera captación de la imagen de la realidad, por más que se empleen medios técnicos sofisticados (lentes y/o filtros especiales, etc...). Es esencial que el fotógrafo influya en la configuración final de la imagen, mediante la elección del motivo y su contexto, la iluminación, la oportunidad de captar el motivo en un momento determinado..., pero sin perder de vista que lo realmente importante es que el fotógrafo se sirva de esos elementos para expresar una idea, su concepción sobre el motivo fotografiado, sobre el cómo y modo de su representación”.

COMENTARIO: A nuestro parecer, el único factor que debe tomarse en cuenta para la apreciación de la originalidad de una obra, incluyendo a la fotográfica, es el sello o la marca personal del autor, como reflejo de su personalidad, pues juzgar la originalidad desde la perspectiva de la *altura creativa* entraría en conflicto con el principio, recogido expresamente en muchas legislaciones, por el cual las obras están protegidas cualquiera que sea su mérito. Y con mayor en el ámbito europeo, si se toma en cuenta el considerando 17 de la Directiva 93/98/CEE sobre armonización de los plazos de protección, cuando precisa que “... una obra fotográfica con arreglo al Convenio de Berna debe considerarse original si constituye una creación intelectual del autor que refleja su personalidad, sin que se tome en consideración ningún otro criterio tal como mérito o finalidad”. El problema fundamental radica en que si en la ley nacional aplicable no se reconoce la protección *sui generis* a las *meras fotografías*, el requerimiento de la *novedad objetiva* a las fotografías para gozar de la protección por el derecho de autor, podría dejar en una especie de limbo jurídico a fijaciones fotográficas que a pesar de cumplir al menos con un mínimo de originalidad, no llegaran a tener esa especial *altura creativa*, ante cuya utilización no autorizada tendría que acudir a otras figuras como el enriquecimiento injusto o la competencia desleal, con resultados impredecibles. En todo caso, corresponde a la autoridad judicial (o incluso a la administrativa, cuando tiene competencia para dirimir conflictos en cuanto al goce y el ejercicio de los derechos, como sucede en algunos países latinoamericanos), apreciar la originalidad o no de la obra desde la perspectiva de la impronta personal del autor, así como de descartarla cuando en su criterio sea evidente, sin necesidad de ninguna otra prueba, la ausencia de creatividad. © Ricardo Antequera Parilli, 2011.

TEXTO COMPLETO:

En Barcelona a cinco de mayo de dos mil once.

Se han visto en grado de apelación ante la Sección Decimoquinta de esta Audiencia Provincial los presentes autos de juicio ordinario seguidos con el nº 95/2008 ante el Juzgado Mercantil nº. 6 de Barcelona, a instancia de Severiano, representado por el procurador Alejandro Font Escofet y asistido del letrado Juan Marcé Llonch, contra Juan Luis, representado por el procurador Juan M. Bach Ferré y bajo la dirección del letrado José Carlos de Olañeta, que penden ante esta Sala por virtud de recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia dictada el día 10 de junio de 2010.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. *La parte dispositiva de la sentencia apelada es del tenor literal siguiente: "FALLO: Que debo desestimar y desestimo la demanda interpuesta por Severiano, representado por el procurador Sr. Alejandro Font Escofet, contra Juan Luis, representado por el procurador Juan Manuel Bach Ferre, con imposición de las costas causadas a la parte demandante".*

SEGUNDO. *Contra la anterior resolución se interpuso recurso de apelación por la representación procesal de la parte actora, que fue admitido a trámite. La parte demandada presentó escrito de oposición.*

TERCERO. *Recibidos los autos originales y formado en la Sala el Rollo correspondiente, se señaló día para deliberación, votación y fallo, que se celebró el pasado 16 de febrero.*

Es ponente el Ilmo. Sr. LUIS GARRIDO ESPA.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. 1. *La sentencia apelada desestimó la demanda que interpuso Don. Severiano contra Don. Juan Luis, en la que el primero ejercitaba acciones previstas en el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual y*

en la Ley de Competencia Desleal (declarativa, de cesación y de indemnización) con base en unos mismos hechos, concretados en la reproducción, en la obra numismática del demandado (un libro-catálogo de monedas antiguas), de fotografías de monedas que habrían sido extraídas, sin autorización, de la obra del demandante (de la misma naturaleza).

La demanda exponía el siguiente contexto fáctico, como antecedente y situación que justificaba su reclamación:

a) *El actor, Sr. Severiano, es uno de los mayores expertos de numismática en España, autor de muchas obras documentadas y continuador de uno de los establecimientos numismáticos de más prestigio en nuestro país, lo que le ha posibilitado tener uno de los mayores y más importantes archivos de fotografías de monedas raras y rarísimas, que le ha permitido la creación de catálogos y libros de numismática que ha comercializado a nivel mundial. Es miembro de las más importantes asociaciones numismáticas nacionales e internacionales, entre ellas de la International Association of Professional Numismatists (IAPN), con sede en Ginebra, de la Asociación Española de Numismáticos Profesionales (AENP) y de la Asociación Numismática Española (ANE).*

b) *El demandante es coautor de la obra editada y publicada con el título "NUMISMÁTICA ESPAÑOLA Catálogo de todas las monedas emitidas desde los Reyes Católicos a Juan Carlos I, 1474 a 1998", que es un catálogo generalista de monedas antiguas de gran prestigio y difusión, del que se han publicado nueve ediciones desde 1977, cada una con un mayor aporte documental de fotografías de monedas.*

c) *El demandado Sr. Juan Luis es desconocido en el mundo numismático y no es poseedor de un archivo de fotografías, por más que su padre, el Sr. Laureano posea un establecimiento numismático en Barcelona, con muy escaso tráfico de piezas.*

El demandado es autor de un libro-catálogo generalista de monedas titulado "CATÁLOGO DE MONEDAS Monedas españolas: Felipe V a Franco (1975)", 1ª Edición 2007.

d) Según la demanda, dicho libro incorpora, por lo menos, 163 fotografías de monedas, entre ellas de algunas piezas únicas y de otras raras y rarísimas, que han sido extraídas del libro del demandante, como resulta del análisis elaborado por el experto Sr. Severino en el dictamen que se aporta con la demanda.

De este modo, el 75 % del valor del libro del demandado se debe a las fotografías plagiadas (reproducidas) del libro del actor Sr. Severiano, del que el demandado, ante la inexistencia de un archivo propio, ha extraído las imágenes de las monedas (en número de 163) que ha incorporado a su obra-catálogo.

3. *Sobre la base de lo expuesto, el demandante alegaba que el libro del demandado es un plagio de su obra, lo que debe entenderse por razón y en la medida en que reproduce tales fotografías de monedas, que se dicen extraídas del libro de aquél. Este hecho se configuraba en la demanda como una vulneración de los derechos de propiedad intelectual que corresponden al actor y, además, como un acto desleal por imitación con aprovechamiento del esfuerzo ajeno, que prohíbe el art. 11.2 y la cláusula general del art. 5 de la Ley de Competencia Desleal.*

4. *La sentencia apelada desestimó las pretensiones del actor, desde una y otra perspectiva normativa, por las siguientes razones:*

a) las fotografías que se dicen plagiadas (reproducidas) no merecen la protección como obras fotográficas, por falta de originalidad;

b) el actor no acredita la propia titularidad o un derecho de exclusiva sobre las fotografías incluidas en su obra; y

c) el demandado ha acreditado que las 163 fotografías a que se refiere la demanda

proceden de cesiones de archivos fotográficos de monedas efectuadas por terceros, en su gran mayoría por el experto numismático Abelardo, de Madrid, que ha autorizado su utilización.

5. *Frente a estos argumentos, el demandante alega en su recurso:*

a) que debe reconocerse el requisito de la originalidad a las fotografías incluidas en su obra, a fin de ser protegidas como obras fotográficas;

b) en todo caso merecen la protección de las meras fotografías, en los términos establecidos por el art. 128 TRLPI;

c) de modo alternativo, la obra del Sr. Severiano debe ser protegida como recopilación o base de datos, al amparo del art. 12 TRLPI;

d) el demandado no ha acreditado que las 163 fotografías a que se refiere la demanda y que incluye su libro procedan de otros archivos fotográficos distintos del archivo del demandante, y los testigos que han declarado en el juicio han incurrido en contradicciones sobre este extremo;

e) no cabe imponer al actor la prueba del concreto origen de cada fotografía pues, en este aspecto, está amparado por una presunción de titularidad derivada de la posesión.

SEGUNDO. **1.** *Debe rechazarse, ante todo, la protección que invoca el demandante respecto de su libro-catálogo como base de datos al amparo del art. 12 TRLPI (e incluso la que prevé el art. 133 TRLPI, como derecho sui generis), por constituir una pretensión nueva, tardíamente introducida en el debate procesal (se pretendió en el acto del juicio).*

Se trata, ésta, de una protección que recae sobre una creación de distinta naturaleza que la propia de las fotografías y cuyo reconocimiento requiere un análisis de acuerdo

con características específicas, determinadas por el art. 12 TRLPI (o, en su caso, por el art. 133), lo que supone, en definitiva, una nueva y distinta configuración del derecho de exclusiva cuya admisibilidad no está amparada por el principio *iura novit curia*, sino, por el contrario, supeditada a la previa y oportuna alegación. Por esta razón, la protección de la obra del demandante desde este -nuevo- enfoque, que desborda la que podría reconocerse por el hecho de la reproducción de fotografías, sean obras fotográficas o meras fotografías, debió ser invocada expresamente en la demanda, sin que sea admisible su introducción en un momento tan tardío como es el acto del acto del juicio, inmediatamente previo al dictado de la sentencia.

Su admisión, en ese momento procesal, ya concluida la fase alegatoria (y la probatoria), vulneraría el principio de preclusión, que impide aducir tardíamente, fuera de las fases establecidas al efecto, nuevos hechos, fundamentos o títulos jurídicos para sustentar el derecho pretendido en la demanda (art. 400 LEC) y supondría así mismo la infracción del art. 401.2 LEC, que sólo admite la ampliación de la demanda, para formular nuevas pretensiones, antes de la contestación; finalmente, hubiera afectado al principio de congruencia, que impone que la sentencia ha de juzgar la situación litigiosa con vinculación a los hechos y fundamentos de derecho alegados en la demanda (art. 218.1 LEC), todo lo cual es reflejo del principio prohibitivo de la *mutatio libelli*, que procura evitar la indefensión que se produciría si la sentencia juzga con base en hechos o fundamentos que no han sido oportunamente alegados y por ello correctamente introducidos en el objeto del litigio, pues si así se admitiera el demandado quedaría impedido de la oportunidad de defensa y de proponer oportunamente los medios de prueba adecuados para desvirtuarlos.

2. No ocurre lo mismo con la invocación de la protección como meras fotografías, aunque en la demanda no se alegara expresamente, pues con esta configuración del derecho (art. 128 TRLPI), que confiere un grado de protección de

menor alcance que a la obra fotográfica, no se altera la causa de pedir, que sigue radicando en la reproducción no consentida de fotografías de monedas sobre las que el actor se atribuye un derecho de explotación en exclusiva, si bien con una protección más limitada, que a los efectos de la congruencia es intrascendente.

TERCERO. 1. El razonamiento y decisión de la sentencia apelada referidos a la negación del requisito de la originalidad, cuya concurrencia hubiera determinado la protección que reconoce el Libro I del TRLPI, deben ser confirmados.

2. Este tribunal ha tenido la oportunidad, en varias sentencias, de adentrarse en la cuestión de la -compleja- distinción entre la obra fotográfica y la mera fotografía, a los efectos de reconocer uno u otro nivel de protección. Destaca, sobre todas, la sentencia de esta Sala de 24 de enero de 2008 (Rollo 281/2006; varios fotógrafos profesionales contra Hermes Editora General), cuya motivación y criterios resumimos seguidamente, con aplicación al presente caso.

3. El TRLPI establece un sistema de doble protección para las fotografías, según puedan ser calificadas de obras fotográficas o de meras fotografías. Los derechos de propiedad intelectual que confiere la obra fotográfica son los propios del derecho de autor, al ser mencionada en el catálogo de creaciones originales literarias, artísticas y científicas del art. 10.1 TRLPI, en concreto en la letra h). Lo que la Ley denomina mera fotografía se define de forma negativa en contraposición a la obra fotográfica, y se configura como un derecho afín, que confiere a su titular los derechos de explotación previstos en los arts. 17 y ss. TRLPI (una exclusiva limitada a autorizar su reproducción, distribución y comunicación pública), pero con una limitación temporal de 25 años (art. 128 TRLPI).

Hemos considerado en anteriores sentencias que "para que las fotografías merezcan la consideración de obra fotográfica sobre la que proyectar los derechos de autor reconocidos en la Ley, es necesario que constituyan creaciones originales, artísticas o científicas,

propias del autor. Así se desprende del art. 6.1 de la Ley 27/1995, de 11 de octubre, que traspone la Directiva 93/98/CEE (relativa a la armonización del plazo de protección del derecho de autor y de determinados derechos afines) y del propio art. 10.1 TRLPI EDL1996/14925, en la medida en que con carácter general se refiere a 'creaciones originales' y ello debe predicarse también de las fotografías a las que se refiere en la letra h). Es decir, "cabe hablar de una doble exigencia, originalidad y suficiente altura creativa, para que la fotografía tenga la consideración de obra fotográfica".

Como hemos indicado en nuestra sentencia de 15 de junio de 2006 (Rollo 99/2005), citando la jurisprudencia de la Sala primera del Tribunal Supremo y otros precedentes de este tribunal, la concurrencia de estos requisitos depende de que el autor incorpore o no a la obra el producto de su inteligencia, un hacer de carácter personalísimo que trasciende de "la mera reproducción de la imagen de que se trate" (SSTS de 26 de octubre de 1992 y 29 de marzo de 1996 EDJ1996/1926) y de que por ello la obra resulte ser "hija de la inteligencia, ingenio o inventiva del hombre" (STS de 7 de junio de 1995). Debe por lo tanto incorporar una especificidad tal que permita considerarla como una realidad singular. No es tan importante que el resultado creativo de la fotografía sea enteramente nuevo, sino el esfuerzo realizado en la creación y el hecho de que la misma incorpore la singular impronta personal del autor.

Tal y como apunta el Considerando 17 de la citada Directiva 93/98/CEE, la fotografía debe considerarse original si constituye una creación intelectual del autor que refleja su personalidad sin que se tome en consideración ningún otro criterio tal como el mérito o la finalidad, si bien la originalidad, como hemos apuntado en otras ocasiones (SS de 1 de febrero 2005 y 29 de julio de 2005), puede resultar tanto de su captación como de su ejecución.

4. Es coherente esta concepción con el art. 6 de la Directiva 93/98/CEE (del Consejo, de 29

de octubre de 1993, de armonización del plazo de protección del derecho de autor y de determinados derechos afines), que, al regular la protección de las fotografías, dispone que "las fotografías que constituyan originales en el sentido de que sean creaciones intelectuales propias del autor serán protegidas con arreglo al artículo 1. No se aplicará ningún otro criterio para determinar su derecho a la protección. Los Estados miembros podrán establecer la protección de las demás fotografías". Esta previsión no supone el reconocimiento del criterio de la originalidad subjetiva -para el que basta que la obra sea realizada por su autor- como único válido para deslindar entre la obra fotográfica y la mera fotografía, sino que tiene por finalidad aclarar a quiénes se les aplica el art. 1, apartado 1, de la Directiva, según el cual "los derechos de autor sobre obras literarias y artísticas a que se refiere el artículo 2 del Convenio de Berna [que incluye "las obras fotográficas"] se extenderán durante la vida del autor y setenta años después de su muerte, independientemente de la fecha en la que la obra haya sido lícitamente hecha accesible al público".

El art. 6 de la Directiva, al referirse a las fotografías que "constituyan originales en el sentido de que sean creaciones intelectuales propias del autor", no está acogiendo la concepción subjetiva de la originalidad en contraposición a la noción objetiva. En este aspecto, el precepto debe interpretarse de acuerdo con el Considerando 17 de la propia Directiva, que, después de resaltar la necesidad de "definir el grado de originalidad requerido en la presente Directiva", se remite para ello al Convenio de Berna, al declarar que "debe considerarse original si constituye una creación intelectual del autor que refleja su personalidad, sin que se tome en consideración ningún otro criterio tal como mérito o finalidad". Esta exigencia de que la fotografía constituya "una creación intelectual del autor que refleje su personalidad" va más allá de una originalidad subjetiva, exigiendo un grado de originalidad objetiva en la obra, que suponga algo más que una mera representación de la realidad.

5. El criterio básico de distinción es que la obra fotográfica, para serlo, debe ser fruto de un cierto nivel de originalidad y creatividad. En otro caso tendrán la consideración de meras fotografías, como regla, en particular, tratándose de fotografías de carácter fundamentalmente técnico o funcional, cuya concepción y ejecución no implica al fotógrafo en un esfuerzo intelectual en el sentido descrito.

En cualquier caso, esta distinción no depende de la condición de profesional del fotógrafo, de modo que las obras de éstos no necesariamente deben tener la consideración de obras fotográficas, sino que ello será así dependiendo del referido nivel de originalidad y creatividad de cada fotografía, de igual manera que las fotografías tomadas por un "no profesional", si tienen ese nivel, también pueden merecer esta consideración de obras fotográficas. Tampoco es relevante la dificultad, el tiempo invertido en la realización de la fotografía o el especial esfuerzo personal y económico empleado, ni que lo haya sido por encargo, ni el destino que deba dársele a la misma.

6. El nivel de creatividad exigido para la obra fotográfica presupone una creación, por responder a la selección de un motivo y del encuadre, pero además debe suponer una originalidad, que engloba dos aspectos, uno subjetivo y otro objetivo. Por una parte, en la obra fotográfica debe poder apreciarse "la impronta intelectual, afectiva o emocional de su autor", quien por ello ha de llegar a plasmar en la imagen "su propia concepción o comprensión respecto del motivo". Para advertir este fundamental factor debe atenderse a la composición de la imagen, que no debe constituir una representación común o banal del motivo fotografiado, sino que ha de distinguirse de la masa de lo conocido (especialmente en casos como el presente, en el que las fotografías objeto de enjuiciamiento son imágenes de objetos inertes, que pretenden recoger fielmente todas sus características físicas). En estos casos no puede monopolizarse la mera captación de la imagen de la realidad, por más que se empleen

medios técnicos sofisticados (lentes y/o filtros especiales, etc...). Es esencial que el fotógrafo influya en la configuración final de la imagen, mediante la elección del motivo y su contexto, la iluminación, la oportunidad de captar el motivo en un momento determinado..., pero sin perder de vista que lo realmente importante es que el fotógrafo se sirva de esos elementos para expresar una idea, su concepción sobre el motivo fotografiado, sobre el cómo y modo de su representación.

7. En el caso presente las fotografías que - supuestamente- habrían sido reproducidas, mecánicamente, sin autorización de su autor responden a la concepción y finalidad de mostrar una imagen lo más exacta posible del objeto fotografiado (una moneda), sin auto-exigirse el autor de la fotografía una aportación subjetiva que dote a la imagen de una singular percepción de la realidad captada. Se trata de retratos científicos, que, con mayor o menor nitidez de imagen, pretenden recoger, simplemente, la fiel realidad del objeto, ilustrando exclusivamente sobre éste, sin aportación alguna de la personalidad del autor, y con independencia, porque es irrelevante, de que éste (el objeto) sea original en el sentido de objeto único o *simpar* (que lo sería cualquier persona retratada), o bien raro o rarísimo en su especie. No debe confundirse, en fin, la originalidad del objeto o motivo captado por la cámara con la originalidad de la fotografía. Nos encontramos, sin duda, ante unas meras fotografías, y no ante obras fotográficas en el sentido del art. 10 TRLPI.

CUARTO. 1. Debe enjuiciarse, por defecto, la posible protección como meras fotografías (art. 128 TRLPI).

Aquí (y de igual manera si se tratara de obras fotográficas) influyen dos factores que ofrece el caso concreto, uno y otro valorados por la sentencia apelada, que impiden que prospere el ejercicio de las facultades de exclusiva que podrían reconocerse con base en el TRLPI.

2. Si el demandante pretende la protección legal que otorga un derecho de exclusiva sobre una obra intelectual, o sobre un derecho afín establecido por el TRLPI, aplicado a las

fotografías contenidas en su libro-catálogo (sean obras fotográficas, que no lo son, o sean meras fotografías), debe acreditar, como presupuesto, la legítima titularidad de los derechos de explotación sobre tales fotografías, las que se dicen plagiadas, que habrían sido reproducidas por un medio mecánico (fotografía de fotografía) por el demandado.

El derecho de exclusiva, sobre una u otra modalidad, se otorga al autor de la obra fotográfica (art. 1 TRLPI), o bien al autor de la mera fotografía (art. 128 TRLPI), pero en ambos casos de la fotografía originaria (no hablamos ya de la originalidad de la fotografía, sino de la autoría de la fotografía primigenia sobre el objeto o motivo). Debe entenderse, necesariamente, que el TRLPI no confiere protección al autor de una fotografía de una fotografía (o sea, a quien reproduce una fotografía, sea una obra fotográfica o una mera fotografía).

El demandante, por tanto, deberá probar que es el titular originario, en cuanto autor, de las fotografías de las monedas que se afirman reproducidas, o bien que es el titular derivativo de los derechos de explotación, por cesión de los titulares originarios, sobre tales fotografías (las 163 que se dicen reproducidas).

3. Esta prueba no se ha intentado por el demandante, que confía en una presunción posesoria que no cabe reconocer. Si el demandante fuera propietario de todas y cada una de las piezas fotografiadas (algunas únicas, otras raras y otras rarísimas) podríamos establecer una presunción judicial al amparo del art. 386 LEC (no ya una presunción legal): si el Sr. Severiano es propietario de las 163 monedas fotografiadas y las tiene en su poder (hecho base) podría presumirse, por las reglas de la lógica, que las fotografías de esas monedas las ha hecho él mismo o alguien con su autorización con reserva de los derechos sobre las fotografías (hecho presumido), pues en tal caso sería razonable atribuir la autoría de las fotografías o los derechos de explotación al propietario de los objetos fotografiados.

Pero el demandante no es propietario de las piezas o monedas fotografiadas, de modo que no es lógico establecer esa presunción.

4. El archivo fotográfico del demandante (cuyo prestigio en la ciencia de la numismática no ponemos en duda), como el de los demás numismáticos, procede de dos fuentes, según se expone en el dictamen del experto Sr. Severino y ratifica el demandante en su recurso:

a) Las fotografías que realiza el propio demandante (o que realizaron los predecesores de su establecimiento) de monedas de colecciones privadas que pasan por sus manos para tasar o por otros motivos u otras finalidades.

Y b) las fotografías que realiza el demandante de fotografías de monedas que obran en folletos o catálogos de casas de subasta (o de otros establecimientos). El perito Sr. Severino se refiere, como fuente que nutre los archivos fotográficos de los numismáticos, a la "amable cesión (de fotografías) entre colegas", describiendo un intercambio o cesión de fotografías entre numismáticos.

5. a) Con respecto a la primera fuente, el demandante no ha probado que sea el autor de las 163 fotografías, o de alguna o algunas de ellas, de las monedas que publica el libro-catálogo del demandado.

De modo que, por esta vía, no cabe reconocerle ningún derecho de exclusiva apto para reprimir la obra del demandado.

Y aunque el demandante hubiera probado lo anterior, otros muchos titulares de derechos paralelos podrían existir o coexistir, tantos como hayan hecho fotografías de esa moneda al pasar por sus manos, como, acaso (es razonable pensarlo), los terceros numismáticos que han cedido al demandado sus archivos fotográficos, e incluso el propio demandado, o más bien su padre, que regenta un establecimiento numismático en Barcelona y es poseedor de piezas, y presumiblemente fotógrafo de las piezas que pasan por sus manos. De este archivo procede, afirma el

demandado, una parte de las fotografías de monedas que incluye su libro, y, por las razones expuestas, no hay motivo razonable para dudar de que así sea, porque como numismático que es (el padre), se le supone poseedor de un archivo fotográfico propio, aunque sea modesto en comparación con el del demandante.

b) Con respecto a la segunda fuente, se trataría de fotografías de fotografías (reproducción de fotografías), que no confieren a su autor la titularidad de los derechos de explotación de la fotografía originaria ni, por tanto, un derecho de exclusiva. Y otros tantos numismáticos podrían haberlas obtenido por el mismo método, fotografiando folletos o catálogos de subastas que, según se admite en el recurso del demandante, "por uso del sector, no llevan reserva de derechos sobre las imágenes" (pág. 8).

En este sentido, el demandado afirma y prueba que las fotografías incluidas en su obra proceden (además del origen paterno) de folletos, catálogos o archivos de otros numismáticos que le han autorizado para su utilización, en particular del catálogo de bolsillo de la numismática Santos, de la firma de subastas Martí Hervera y del experto numismático Abelardo (documentos 4, 5 y 6).

4. La segunda circunstancia que, a mayor abundamiento, impide reconocer la vulneración del alegado derecho de exclusiva es que el demandado ha probado que ha utilizado los archivos fotográficos de monedas de otros terceros del sector (documentos 4, 5 y 6), sobre todo del experto numismático Sr. Abelardo, de Madrid, que compareció como testigo para confirmar que, efectivamente, ha cedido al demandado su archivo fotográfico de monedas.

Las contradicciones que apunta la parte demandante en su recurso, referidas a las declaraciones del padre del demandado y del propio Sr. Abelardo, no nos parecen significativas para desvalorar sus declaraciones confirmatorias de la autorización de utilización. El apelante hace hincapié en imprecisiones y

detalles aparentemente contradictorios en que incurrieron los citados testigos, acerca de los soportes que contenían las fotografías cedidas (papel, CD's...), pero el Sr. Abelardo fue claro al afirmar que facilitó al demandado las fotografías de monedas mediante muchos CD's, que fueron cerca de mil ("menos de 1000"), y Don. Laureano en que vió las fotografías cedidas por el Sr. Abelardo, en papel, en DVD, "en todo...", de lo cual, por encima de una contradicción con entidad desacreditadora, vemos ante todo una corroboración de que las fotografías de monedas que incorpora el libro del demandado tienen una procedencia diversa que la mera reproducción mecánica de las que figuran en la obra del demandante.

QUINTO. La pretensión de cese y de indemnización, previa la declarativa de la ilicitud, se fundamentaba también en la Ley de Competencia Desleal, por suponer la reproducción de las fotografías un acto contrario a la buena fe (art. 5 LCD) y una imitación desleal por el aprovechamiento indebido del esfuerzo ajeno (art. 11.2 LCD), precisamente por haber utilizado el demandado las fotografías de monedas sobre las que el actor se atribuye un derecho de exclusiva.

Prescindiendo del derecho de exclusiva, que no es determinante desde este enfoque jurídico, la ilicitud es igualmente descartable. En primer lugar, no cabe valorar la conducta de acuerdo con la cláusula general del art. 5 LCD cuando la misma está especialmente tipificada en el art. 11.2 LCD. En segundo lugar, ya situados en el ámbito de aplicación de este precepto, por las razones indicadas no es posible apreciar un aprovechamiento del esfuerzo ajeno, producido por la captación mecánica, sin esfuerzo propio y con el consiguiente ahorro de costes, de la prestación del actor, porque no se ha probado que el demandado se haya limitado a reproducir las fotografías de monedas que figuran en el libro del Sr. Severiano, sino que ha utilizado las fotografías de monedas que le han sido cedidas por otros numismáticos, principalmente por el experto numismático Sr. Abelardo, poseedor de un archivo fotográfico o fondo

documental propio, que se ha alimentado de las mismas fuentes que el del demandante (fotografías de monedas de su propiedad, de otras que pasan por sus manos, fotografías de fotografías de monedas de folletos y catálogos, y cesión entre colegas).

SEXTO. *La sentencia apelada, en fin, dio correcta solución a la controversia. Por ello, el recurso debe ser desestimado y han de imponerse las costas al apelante (art. 398.1 en relación con el 394.1 LEC).*

Vistos los preceptos legales citados, los alegados por las partes y demás de pertinente aplicación

FALLAMOS

Desestimar el recurso de apelación formulado por la representación procesal de Severiano contra la sentencia dictada en fecha 10 de junio de 2010 en los autos de los que dimana este Rollo, que confirmamos, con imposición de costas al apelante.

Contra la presente resolución podrán las partes legitimadas preparar recurso de casación y/o extraordinario por infracción procesal, ante este Tribunal, en el plazo de los cinco días siguientes al de su notificación conforme a los criterios legales y jurisprudenciales de aplicación.