

COLECCIÓN DE PROPIEDAD INTELECTUAL



**DERECHOS MORALES DE
LOS CREADORES**
CARACTERÍSTICAS, ÁMBITO Y LÍMITES

CARLOS ROGEL (Coordinador)

Margarita Castilla
Andrés Domínguez
Susana Navas
Carlos Rogel

Concepción Sáiz
Eduardo Serrano
Caridad Valdés
José Antonio Vega



REUS
EDITORIAL

ASEDA

COLECCIÓN DE PROPIEDAD INTELECTUAL

Director: **CARLOS ROGEL VIDE**

Catedrático de Derecho Civil
Universidad Complutense de Madrid

DERECHOS MORALES DE LOS CREADORES

CARACTERÍSTICAS, ÁMBITO Y LÍMITES

Coordinador:
Carlos Rogel

Margarita Castilla
Andrés Domínguez
Susana Navas
Carlos Rogel

Concepción Sáiz
Eduardo Serrano
Caridad Valdés
José Antonio Vega



REUS
EDITORIAL

ASEDA

Madrid, 2019

© Editorial Reus, S. A.
C/ Rafael Calvo, 18, 2º C – 28010 Madrid
Teléfonos: (34) 91 521 36 19 – (34) 91 522 30 54
Fax: (34) 91 445 11 26
reus@editorialreus.es
www.editorialreus.es

Fundación AISGE
Ruiz de Alarcón, 11
28013 Madrid
Tfno: (34) 91 521 22 55
Fax: (34) 91 531 17 24
<http://www.aisge.es>

1.ª edición REUS, S.A. (2019)
ISBN: 978-84-290-2166-0
Depósito Legal: M 30444-2019
Diseño de portada: María Lapor
Impreso en España
Printed in Spain

Imprime: Talleres Editoriales Cometa, S. A.
Ctra. Castellón, km 3,400 – 50013 Zaragoza

Ni Editorial Reus ni sus directores de colección responden del contenido de los textos impresos, cuya originalidad garantizan sus propios autores. Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra sólo puede ser realizada con la autorización expresa de Editorial Reus, salvo excepción prevista por la ley. Fotocopiar o reproducir ilegalmente la presente obra es un delito castigado con cárcel en el vigente Código penal español.

VI. EL ACCESO AL EJEMPLAR ÚNICO O RARO DE LA OBRA COMO PRETENDIDO DERECHO MORAL. EJERCICIO DEL ACCESO Y POSIBLES DAÑOS CAUSADOS AL POSEEDOR

ANDRÉS DOMÍNGUEZ LUELMO

Catedrático de Derecho civil

Universidad de Valladolid

SUMARIO: 1. Planteamiento general.– 2. Delimitación del concepto de ejemplar raro y único de una obra.– 3. Naturaleza del derecho de acceso.– 4. La finalidad del derecho de acceso: 4.1. Ejercicio de derechos morales.– 4.2. Ejercicio de derechos patrimoniales.– 5. El sujeto pasivo del derecho de acceso.– 6. El ejercicio del derecho de acceso: 6.1. Medios procesales para averiguar quién tiene el ejemplar en su poder: 6.1.1. Diligencias preliminares.– 6.1.2. La anticipación de la prueba.– 6.1.3. El aseguramiento de la prueba.– 6.2. El acceso material al ejemplar y las incomodidades que se pueden irrogar al poseedor.– 7. La indemnización de daños y perjuicios al poseedor del ejemplar único o raro.– 8. Ejercicio *post mortem* del derecho de acceso.– 9. Bibliografía.

1. PLANTEAMIENTO GENERAL

Dentro del Título II del Libro I del TRLPI, dedicado a los «Sujetos, objeto y contenido» de la propiedad intelectual, su Capítulo III se ocupa del «Contenido», y la Sección 1.^a dentro de éste al «Derecho moral» (arts. 14 a 16). El art. 14 tiene como rúbrica «*Contenido y características del derecho moral*» y dispone:

«Corresponden al autor los siguientes derechos irrenunciables e inalienables: (...)

7.º Acceder al ejemplar único o raro de la obra, cuando se halle en poder de otro, a fin de ejercitar el derecho de divulgación o cualquier otro que le corresponda.

Este derecho no permitirá exigir el desplazamiento de la obra y el acceso a la misma se llevará a efecto en el lugar y forma que ocasionen menos incomodidades al poseedor, al que se indemnizará, en su caso, por los daños y perjuicios que se le irroguen.»

Estamos, pues, ante un derecho que permite a su titular acceder a un ejemplar raro o único de una obra que le fue transmitida a un tercero, o que está en poder de un tercero con independencia del título por el que la adquirió. Este derecho, como vamos a ver, es ejercitable *erga omnes*, y no sólo frente a quien el propio autor transmitió la obra. Además, no sólo se refiere a quien tiene en su poder la obra como propietario, sino a quien tenga la posesión de la misma.

2. DELIMITACIÓN DEL CONCEPTO DE EJEMPLAR RARO Y ÚNICO DE UNA OBRA

El estudio del derecho de acceso requiere como cuestión previa delimitar qué se entiende por ejemplar raro o único de una obra. La calificación de «único» enseguida permite la identificación con las obras plásticas (un cuadro, una escultura), que no son intercambiables, y no pueden sustituirse o reemplazarse por otras semejantes¹. Además, la configuración de las obras plásticas en el TRLPI hace que se acomoden perfectamente al derecho de acceso, ya que se admite y regula la disociación entre la propiedad intelectual y la propiedad ordinaria sobre la obra.

Como señala PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, en relación con la obra intelectual se pueden distinguir varios tipos de derechos: 1º El derecho del autor sobre su obra intelectual, en su doble faceta personal o moral y patrimonial. 2º Los derechos patrimoniales que, en relación con la explotación de la obra, puedan haber adquirido otras personas. 3º El derecho de propiedad y los demás derechos reales sobre el objeto físico en que la obra intelectual se materializa. 4º Los derechos que sobre determinada concreción explotable de la obra creada corresponden a quienes sin ser autores contribuyen a su elaboración. 5º Los derechos

¹ ORTEGA DOMÉNECH, J., *Obra plástica y derechos de autor*, Reus, Madrid, 2000, pp. 414-415, y 520; ROGEL VIDE, C., «El derecho de acceso del autor a su obra», *RGLJ*, núm. 4, 2010, pp. 703 y ss., y *Estudios completos de propiedad intelectual*, Vol. cuarto, Reus, Madrid, 2013, p. 74; SERRANO GÓMEZ, E., «El derecho de acceso al ejemplar único y raro», en ANGUITA VILLANUEVA, L.A. (Coord.), *Tensiones entre la propiedad intelectual y la propiedad ordinaria*, Reus, Madrid, 2016, p. 119.

que sobre la misma obra intelectual puedan surgir con arreglo a otros derechos especiales².

En lo que aquí interesa, el art. 3 TRLPI dispone que los derechos de autor son independientes, compatibles y acumulables con «la propiedad y otros derechos que tengan por objeto la cosa material a la que está incorporada la creación intelectual». Por lo que se refiere a la propiedad ordinaria y otros derechos reales sobre el soporte, el art. 10 TRLPI destaca que las creaciones intelectuales originales deben expresarse a través de algún medio o soporte que sea perceptible. Pero la obra, que es el bien inmaterial, no se confunde con el medio o soporte a través del cual se exterioriza. Se pone con ello de relieve la clásica distinción doctrinal entre *corpus mysticum*, o bien inmaterial y *corpus mechanicum*, sin el que la creación no es perceptible³, distinción que ha sido recogida también en la jurisprudencia⁴. Esta distinción, que recoge el art. 3.1 TRLPI viene a significar que cuando la obra intelectual se plasma en un soporte material, sobre una y otro recaen derechos diferentes. Sobre la obra recae el derecho de autor por el solo hecho de su creación, mientras que el soporte en que se plasma la obra inmaterial es objeto de propiedad ordinaria y de los derechos que recaen sobre los bienes materiales⁵.

² PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., «Comentario a los arts. 428 y 429 CC», en ALBALADEJO, M. (Dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, V-2º, Edersa, Madrid, 1985, p. 715.

³ Por todos, BAYLOS CORROZA, H. *Tratado de Derecho Industrial*, 2ª ed., Civitas, Madrid, 1993, p. 535.

⁴ Cfr. SSTs 9 diciembre 1985 (RJ 1985, 6320), 20 febrero 1998 (RJ 1988, 971), 11 abril 2000 (RJ 2000, 2434), 17 de 2000 (RJ 2000, 6806) y 12 diciembre 2001 (RJ 2001, 9801). Según se afirma en la STS 11 abril 2000 (RJ 2000, 2434), «la propiedad intelectual se configura como un derecho de propiedad, con determinadas peculiaridades que justifican su especialidad y que derivan fundamentalmente de la naturaleza de su objeto que es un bien inmaterial, aunque respecto a ello hay que destacar que comprende no sólo el derecho sobre el bien inmaterial —“*corpus mysticum*”— sino también sobre la cosa corporal, soporte material en el que recae el derecho —“*corpus mechanicum*”— y sobre uno y otro recaen acciones correspondientes a la propiedad, debidamente adaptadas, como la reivindicatoria, y acciones específicas que prevé la Legislación específica de Propiedad Intelectual».

⁵ Cfr. RIVERO HERNÁNDEZ, F., «Reproducción de la obra plástica propiedad de museos y colecciones privadas», *RCDI*, núm. 662, 1994, pp. 1149 y ss.; VALLÉS RODRÍGUEZ, M., «Comentario al art. 3», en BERCOVITZ (Dir.) *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Tecnos, Madrid, 1989, pp. 44 y ss.; BERCOVITZ ÁLVAREZ, G., *Obra plástica y derechos patrimoniales de su autor*, Tecnos, Madrid, 1997, pp. 38 y ss.; GALÁN CORONA, E., «Comentario al art. 3», en BERCOVITZ (Dir.) *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Tecnos, Madrid, 1989, pp. 37 y ss.; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.,

Cuando ambos derechos corresponden a la misma persona (el autor) no existe conflicto de intereses entre titulares distintos, pero no hay duda de que el poder de disposición del autor tiene objetos diferentes y, aunque disponga de ambos, la obra intelectual sigue siendo inherente a la subjetividad de su creador, quien tendrá en todo caso el derecho de tutelar la proyección de su propia personalidad intelectual en la obra creada. Cuando se transmite a un tercero el soporte material, la adquisición de la propiedad de éste no otorga al adquirente ningún derecho de explotación sobre la obra, como se encarga de recordar el art. 56.1 TRLPI («El adquirente de la propiedad del soporte a que se haya incorporado la obra no tendrá, por este solo título, ningún derecho de explotación sobre esta última»)⁶. Como afirma acertadamente STORCH, «ocurre con frecuencia que la cosa en la cual se exterioriza y recibe forma tangible la obra del ingenio pasa a otras manos, por adquisición gratuita u onerosa. Esta claro entonces que el soporte material de la obra no es objeto del derecho de autor sino del *derecho de propiedad material de la cosa concreta* correspondiente a quien adquirió tal cosa (libro, cuadro, estatua, producto comercial, etc.)»⁷.

En estos casos, por tanto, está claro que nos encontramos ante un ejemplar único de una obra al que se refiere el art. 14.7.1 TRLPI. Sin embargo, el precepto no se ciñe a las obras plásticas, aunque sí requiere que la obra se haya materializado en un soporte que pueda ser poseído por un tercero. Así, por lo que se refiere a las obras audiovisuales, debe tenerse presente que, sobre la base del art. 86.1 TRLPI, resulta discutible si es necesaria o no la fijación tangible de la obra para ser objeto de

«Comentario a la STS de 20 de febrero de 1998», *CCJC*, núm. 46, 1998, pp. 415 y ss.; CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ, J.L., «Los derechos del autor sobre la obra plástica», en VV.AA., *La protección de la propiedad intelectual*, CGPJ, Madrid, 2001, pp. 45 y ss.; VENTURA VENTURA, J.M., «Comentario al art. 3», en RODRÍGUEZ TAPIA, J.M. (Dir.), *Comentarios a la ley de Propiedad Intelectual*, Thomson — Civitas, Cizur Menor, 2007, pp. 55 y ss.; PLAZA PENADÉS, J., «Comentario al art. 3 LPI», en PALAU RAMÍREZ, F. – PALAO MORENO, G. (Dir.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 96 y ss.

⁶ Cfr. PLAZA PENADÉS, J., «Titularidad de los derechos de autor sobre la obra y del derecho de propiedad sobre el soporte. Comentario a la STS de 20 febrero 1998», *RDPtr*, núm. 1, 1998 pp. 531 y ss.; ROGEL VIDE, C., «Derechos de autor y propiedad de la cosa material a que está incorporada la creación intelectual. Comentario a la STS (Sala 1.^a) de 5 de febrero 1998», *RDP*, 2000, pp. 81 y ss. (se refiere a la STS de fecha 20 de febrero de 1998, y no de 5 de febrero, como erróneamente se hace constar en el título).

⁷ Cfr. STORCH DE GRACIA Y ASENSIO, J.G., «Derecho a la producción y creación intelectual, derecho de autor y derecho de propiedad sobre la obra concreta. Reflexiones para una construcción jurídica de dichos conceptos», *La Ley*, 1986-2, p. 1180.

protección. La mayor parte de los autores se inclinan por la negativa⁸. Pero desde luego, a efectos del ejercicio del derecho de acceso sólo cabe cuando la obra tiene una fijación tangible.

El derecho de acceso puede tener lugar respecto a cualquier ejemplar raro y único de una obra cuando pueda estar en poder de un terceto. Así, respecto de una obra literaria, el único ejemplar original manuscrito puede justificar el derecho de acceso si el autor pretende ejercitar el derecho de divulgación⁹. En cambio, una primera edición de un libro, por muy rara y codiciada que sea, no justifica el derecho de acceso de su autor, que puede seguir publicándola sin necesidad de acceder a ese raro ejemplar.

En este sentido, la calificación de un ejemplar como «raro» denota cierta imprecisión, aunque permite aplicar el art. 14.7.º TRLPI a supuestos diferentes de las que hemos denominado obras únicas. Así, la rareza o singularidad puede aparecer en supuestos muy heterogéneos, de manera que en obras susceptibles de reproducción a gran escala, de las que se pueden tener muchos ejemplares, cabe utilizar el derecho de acceso de manera excepcional, si el ejemplar o ejemplares que quedan se pueden considerar como raros, como consecuencia de las circunstancias o del transcurso del tiempo. Como subraya SERRANO GÓMEZ, la referencia a un «ejemplar raro» cobra sentido referida a obras en las que, habiéndose realizado un determinado número de copias, éstas se ven reducidas hasta convertirse prácticamente en únicas. En estos casos, la rareza del ejemplar hace que para el autor se convierta en único, por la dificultad que entraña encontrar otro. Por ello, a su juicio, hubiera sido preferible que el legislador se hubiera referido, no tanto al «ejemplar raro o único», sino al «original o ejemplar raro», incluyendo así al que se ha convertido en raro

⁸ Vid. GARCÍA RUBIO, M.P., «El concepto de obra audiovisual en el art. 86 y concordantes de la Ley de Propiedad Intelectual», en ROGEL VIDE, C. (Coord.), *Creaciones audiovisuales y Propiedad Intelectual. Cuestiones puntuales*, Reus, Madrid, 2001, p. 23; GONZÁLEZ GOZALO, A., *La propiedad intelectual sobre la obra audiovisual*, Comares, Granada, 2001, pp. 14 y ss.; PÉREZ DE CASTRO, N., *Las obras audiovisuales: panorámica jurídica*, Reus, Madrid, 2001, p. 25; MAYOR DEL HOYO, M.V., *El derecho de autor sobre las obras cinematográficas en el Derecho español*, Colex, Madrid, 2002, p. 60. Por lo que se refiere a las fotografías, en el mismo sentido, SOLER MASOTA, P., «Fotografía y derecho de autor», *ADC*, 1999, pp. 115 y ss.

⁹ Los supuestos que se pueden plantear son muy heterogéneos. Vid, como ejemplo los que recogen CASTILLA BAREA, M., «Notas sobre los derechos del compositor de la letra y la música flamenca: sus derechos morales y patrimoniales y la tensión entre ellos. Ejercicio de los derechos después de la muerte del autor», en CASTILLA BAREA, M. (Coord.), *El flamenco y los derechos de autor*, Reus, Madrid, 2010, pp. 77 y ss.; y ROBERT GUILLÉN, S., *Alta cocina y derecho de autor*, Reus, Madrid, 2017, pp. 232 y ss.

porque sobrevivió a la destrucción de los demás¹⁰. En este sentido, como se ha destacado, hablar de ejemplar raro o único puede resultar un tanto impreciso, siendo mejor hacerlo de prototipo, original o soporte material a que está incorporada la creación intelectual. Y ello porque se habla de «ejemplares» cuando el prototipo se ha repetido, mediante diversas técnicas, en libros, discos o carteles, dando lugar a una pluralidad de objetos, aunque éstos, posteriormente y por distintas razones, puedan disminuir y hacerse raros¹¹.

En todo caso, como afirma RAMS ALBESA, en la práctica podemos encontrarnos con situaciones de muy difícil solución, ya que hay que partir de la base de que el no autor tiene derecho a ser titular de un ejemplar raro o único, conservando precisamente el valor que a la obra puede darle esa singularidad o rareza. Así, el caso del propietario de un grabado de una serie de diez mil que, por extrañas circunstancias, deviene titular de una obra única, habiéndose destruido las planchas. El que él no tenga un derecho claro a que su obra tuviese la calificación de única, no obsta para que tenga derecho a este tratamiento, por lo que el autor no podrá reproducir la tirada a partir de ese ejemplar de titularidad privada¹².

3. NATURALEZA DEL DERECHO DE ACCESO

La naturaleza jurídica del derecho de acceso es una de las cuestiones más discutidas, en concreto si estamos ante un derecho moral o ante un derecho de naturaleza patrimonial. En mi opinión el único argumento que puede inclinar a la consideración del acceso como un derecho moral es su ubicación sistemática, dentro de la Sección dedicada al derecho moral, y su inclusión en el art. 14, relativo al contenido y características del derecho de autor. Aunque esta ubicación ha bastado a algunos autores para incluir el acceso entre los derechos morales¹³, la mayoría de la doctrina critica su encuadre dentro de estos derechos, considerando que la redacción de esta parte del precepto es «bastante desafortunada»¹⁴, a lo que se añade que es

¹⁰ SERRANO GÓMEZ, E., «El derecho de acceso al ejemplar único y raro», en ANGUITA VILLANUEVA, L.A. (Coord.), *Tensiones entre la propiedad intelectual y la propiedad ordinaria*, Reus, Madrid, 2016, pp. 123 y 128.

¹¹ ROGEL VIDE, «El derecho...», cit., p. 697, y *Estudios...*, cit., p. 65.

¹² RAMS ALBESA, J., «Comentario a los arts. 14 a 16», en ALBALADEJO-DÍAZ ALABART (Dir.), *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, Tomo V, vol. 4^o-A, Edersa, Madrid, 1994, p. 331.

¹³ VEGA VEGA, J.A., *Derecho de autor*, Tecnos, Madrid, 1990, p. 127.

¹⁴ RAMS ALBESA, «Comentario a los arts. 14 a 16», cit., p. 329.

«claramente insuficiente»¹⁵, que se trata de un «error técnico»¹⁶, que es un derecho que se encuentra entre los derechos morales y patrimoniales¹⁷, que participa más bien de la naturaleza de los derechos patrimoniales¹⁸, o en general afirmando que es muy dudosa su configuración como un derecho moral¹⁹. HUALDE SÁNCHEZ afirma al respecto muy gráficamente que la regulación del derecho de acceso en nuestro TRLPI puede calificarse de «sorprendente y paradójica». Sorprendente porque se aparta de la concepción que de este derecho tienen los escasos ordenamientos que la contemplan. Y paradójica porque si comparamos el potencial margen de actuación que esta facultad concede a los autores, con las limitaciones a que se somete, observamos que ni se admite su ejercicio tras la muerte del autor por sus derechohabientes, ni permite al autor exigir el desplazamiento de la obra²⁰.

El derecho de acceso no suele ser objeto de tratamiento en la normativa sobre propiedad intelectual de otros países. No se encuentra regulado en el Convenio de Berna. Pero en aquellos casos en que se regula, se configura de manera diferente a la prevista en nuestro art. 14.7.º TRLPI. Así, el art. 25 de la Ley de Derechos de autor y derechos conexos de

¹⁵ MARÍN LÓPEZ, J.J., *El conflicto entre el derecho moral del autor del artista plástico y el derecho de propiedad sobre la obra*, Thomson – Aranzadi, Cizur Menor, 2006, p. 223.

¹⁶ DELGADO PORRAS, A., «La nueva Ley española de propiedad intelectual», *RIDA*, núm. 138, 1988, p. 215. En el mismo sentido, GONZÁLEZ LÓPEZ, M., *El derecho moral de autor en la Ley española de propiedad intelectual*, Marcial Pons, Madrid, 1993, p. 222.

¹⁷ DIETZ, A., *El derecho de autor en España y Portugal*, Ministerio de Cultura, Madrid, 1992, pp. 80 y ss.; BONDÍA ROMÁN, F., «Comentario a los arts. 14 a 19 LPI», en RODRÍGUEZ TAPIA – BONDÍA ROMÁN, *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Civitas, Madrid, 1997, p. 83; ANGUITA VILLANUEVA, L.A., *El derecho de propiedad privada en los bienes de interés cultural*, Dykinson, Madrid, 2001, p. 351.

¹⁸ MARÍN LÓPEZ, *El conflicto...*, cit., pp. 221 y ss.

¹⁹ CÁMARA ÁGUILA, M.P., *El derecho moral del autor (con especial referencia a su configuración, y ejercicio tras la muerte del autor)*, Comares, Granada, 1998, p. 45; PLAZA PENADÉS, J., «Comentario a los arts. 14 a 16», en RODRÍGUEZ TAPIA (Dir.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Thomson – Civitas, Cizur Menor, 2007, p. 145; MARTÍNEZ ESPÍN, P., «Comentario al art. 14», en BERCOVITZ (Dir.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 4ª ed., Tecnos, Madrid, 2017, pp. 252 y ss.; ROGEL VIDE, «El derecho...», cit., pp. 697 y ss., y *Estudios...*, cit., pp. 66 y ss.; SERRANO GÓMEZ, «El derecho de acceso...», cit., pp. 121 y ss.; VENDRELL CERVANTES, C., «Comentario a los arts. 14 a 16», en PALAU RAMÍREZ, F. – PALAO MORENO, G. (Dir.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 304 y ss.

²⁰ HUALDE SÁNCHEZ, J.J., «El derecho moral del artista plástico», en BERCOVITZ, A. (Coord.), *Derechos del artista plástico*, Aranzadi, Pamplona, 1996, pp. 59 y ss.

Nicaragua (Ley 312/1999), regula este derecho al margen de los derechos morales y patrimoniales, dentro de una sección específica, dedicada a «Otros derechos»²¹.

En el caso de los ordenamientos europeos se regula de diferente manera en Alemania, Francia y Suiza²². La regulación del derecho francés se centra en el propietario del soporte. El art. L 111-3 del Código de la Propiedad Intelectual establece que el derecho de propiedad incorporeal del autor es independiente del derecho de propiedad del objeto material, y añade que al autor o sus derechohabientes no podrán exigir al titular del derecho de propiedad sobre el objeto material la disponibilidad del objeto para el ejercicio de sus derechos. No obstante, en caso de abuso evidente por parte del titular del derecho de propiedad, que impida el ejercicio del derecho de divulgación, los Tribunales tienen la posibilidad de adoptar todas las medidas procedentes, de conformidad con el art. L 121-3. Como destaca ANGUITA VILLANUEVA, siguiendo a la doctrina francesa, el derecho de acceso se configura de manera muy restringida, pues sólo cabe para ejercitar el derecho de divulgación y requiere un abuso notorio por parte del propietario del objeto material²³. No se permite, pues, al autor o sus derechohabientes que exijan al propietario la puesta a disposición del objeto, sino que la normativa se centra en los actos que éste puede realizar impidiendo el derecho de divulgación, para lo que se permite exigir del Tribunal la adopción de cualquier medida apropiada si concurre ese abuso notorio.

La Ley alemana de derechos de autor trata la cuestión en su art. 25, dentro de una subsección dedicada a otros derechos de los autores, y dispone que el autor puede requerir al propietario del original o de una copia de su obra para que le permitan el acceso a ese original o copia, en la medida en que ello sea necesario para la realización de reproducciones o adaptaciones de la obra, y no perjudique los intereses legítimos del propietario del soporte. En cualquier caso, se dispone igualmente que el

²¹ Según el art. 25: « El autor tendrá el derecho de acceder al ejemplar único o raro de su obra, cuando se halle en poder de otro, garantizando a su dueño la devolución, a fin de ejercitar el derecho de divulgación o cualquier otro que le corresponda. Este derecho no permitirá exigir el desplazamiento de la obra y el acceso a la misma se llevará a efecto en el lugar y forma que ocasionen menos incomodidades al poseedor, al que se indemnizará, en su caso, por los daños y perjuicios. Este derecho será irrenunciable y transmisible únicamente por sucesión a título de herencia».

²² Trata ampliamente el tema, ROGEL VIDE, «El derecho...», cit., pp. 698 y ss., y *Estudios...*, cit., pp. 68 y ss.

²³ ANGUITA VILLANUEVA, *El derecho...*, cit., p. 348.

poseedor no está obligado a entregar al autor el original o la copia de la obra. Así pues, el acceso tiene como finalidad permitir al autor el ejercicio de los derechos patrimoniales de explotación económica de su obra, en la medida en que no haya cedido el derecho de explotación que pretende: por eso se alude a los derechos de adaptación y reproducción²⁴.

La regulación del Derecho suizo creo que es la más acertada, ya que busca un equilibrio entre los derechos del autor y los del titular del soporte. A ello se dedica el art. 14 de la Ley Federal suiza de Derecho de Autor, que tiene como rúbrica genérica «Derecho del autor de acceder a la obra y de exponerla». El autor puede exigir el acceso al propietario o poseedor cuando sea indispensable para el ejercicio de su derecho de autor, a condición de que no se oponga ningún interés legítimo del poseedor. Si desea exponer un ejemplar de la obra, siempre que demuestre un interés preponderante, puede exigir la entrega. Pero el propietario puede condicionar la entrega a que se pacte algún tipo de garantía (*v.gr.*, un seguro). Y si se restituye con desperfectos, el autor responde incluso sin culpa. Esta normativa es la que más se asemeja al Derecho español, si bien la protección del poseedor de la obra queda mucho más clara en el Derecho suizo, frente a los contornos más difusos que ofrece en la práctica en el Derecho español.

Respecto a la regulación española existe acuerdo en la doctrina en que el acceso es un derecho de carácter instrumental respecto de los otros derechos de autor²⁵. Este es el motivo por el que el derecho de acceso no se configura como un derecho moral en los Derechos francés, alemán y suizo. De ahí que sorprenda que el legislador español lo haya incluido dentro de la enumeración de los derechos morales. Como destaca SERRANO GÓMEZ, estamos ante un instrumento destinado a ejercitar posteriormente la divulgación de la obra por su autor, o cualquier otro derecho que hubiera retenido en su poder. Esta instrumentalidad se concreta así en una actividad material para que el autor, que aún conserva sus derechos de propiedad intelectual a pesar de que el ejemplar se encuentre en poder de un

²⁴ HUALDE, «El derecho moral...», cit., p. 60, nota 57; VICENT LÓPEZ, C., *Derechos de autor sobre la obra plástica enajenada*, Ed. Revista General de Derecho, Valencia, 1999, p. 97

²⁵ CAFFARENA LAPORTA, J., «Comentario al art. 14 LPI», en BERCOVITZ (Dir.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 1ª ed., Tecnos, Madrid, 1989, pp. 296 y ss.; BONDÍA, «Comentario al art. 14 LPI», cit., p. 83; VICENT LÓPEZ, *Derechos de autor...*, cit., p. 96; ROGEL VIDE, «El derecho...», cit., p. 67, y *Estudios...*, cit., p. 698; SERRANO GÓMEZ, «El derecho de acceso...», cit., pp. 122 y ss.; MARTÍNEZ ESPÍN, «Comentario al art. 14», cit., p. 253.

tercero, pueda ejercitarlos en aras de algún tipo de explotación de la obra. Ello genera un deber de colaborar por quien tiene la obra en su poder, consistente en permitir el acceso a ella, con el objetivo de que el autor haga efectivo algún derecho de propiedad intelectual que todavía posee²⁶.

La finalidad del acceso es lo que cualifica este derecho o facultad: el ejercicio del derecho de divulgación o cualquier otro que le corresponda. No pueden por tanto incluirse dentro de las posibles finalidades del acceso la mera contemplación del ejemplar raro o único²⁷, o el que pueda ser visionado por otras personas. Pero sí debe entenderse que la finalidad perseguida puede ser tanto la de ejercitar un derecho moral, como un derecho de naturaleza patrimonial. La ubicación sistemática del acceso dentro de los derechos morales no puede conducir a pensar que permite exclusivamente el ejercicio del derecho de divulgación y otras facultades morales del autor, sino que su finalidad puede ser igualmente el ejercicio de derechos de naturaleza patrimonial²⁸. En definitiva, el acceso tiene sentido como paso previo para el ejercicio de otros derechos morales correspondientes al autor o sus causahabientes, o de otros derechos patrimoniales que no hayan sido transferidos al poseedor del ejemplar en cuestión.

Al margen de la naturaleza jurídica de este derecho, y a pesar de su carácter instrumental, lo que sí parece claro es que participa de algunas de las características de los derechos morales. De acuerdo con el art. 14 se trata de un derecho irrenunciable e inalienable. Ello significa que el autor no puede disponer del mismo ni siquiera a favor de aquél a quien haya cedido sus derechos de explotación sobre la obra. Estamos ante un derecho que no es transmisible aisladamente a terceros²⁹, que no puede ser objeto de gravamen, ni ser embargado, ni en general ser objeto de ningún tipo de negocio jurídico. Podemos añadir que tampoco prescribe y que

²⁶ SERRANO GÓMEZ, «El derecho de acceso...», cit., p. 122.

²⁷ RAMS ALBESA, «Comentario a los arts. 14 a 16», cit., p. 329, y *Siete estudios sobre el derecho de autor y la propiedad intelectual*, Reus, Madrid, 2010, p. 73; ROGEL VIDE, «El derecho...», cit., p. 698, y *Estudios...*, cit., p. 67; SERRANO GÓMEZ, «El derecho de acceso...», cit., p. 123.

²⁸ ESPÍN CÁNOVAS, D., *Las facultades del derecho moral de los autores y artistas*, Civitas, Madrid, 1991, p. 116; CAFFARENA, «Comentario al art. 14 LPI», cit., p. 296; GONZÁLEZ LÓPEZ, *El derecho moral...*, cit., pp. 224 y ss.; VICENT LÓPEZ, *Derechos de autor...*, cit., p. 96; ROGEL VIDE, «El derecho...», cit., p. 298, y *Estudios...*, cit., p. 67. En contra de la aplicabilidad del acceso a los derechos de naturaleza patrimonial, VEGA VEGA, *Derecho de autor*, cit., p. 126.

²⁹ Al menos *inter vivos*, ya que más adelante estudiaré la problemática de su ejercicio una vez fallecido el autor.

dura toda la vida del autor, aunque no está claro que se extinga con su muerte (sobre esto volveré más adelante).

Aparte de todo lo anterior, hay algo que igualmente caracteriza este derecho: es ejercitable *erga omnes*. El acceso se ejercita frente a quien tenga la obra en su poder, frente a quien la posea, con independencia del título en virtud del cual tenga la posesión frente a quien ejercita el derecho de acceso (teniendo en cuenta en cada caso el tipo de obra de que se trate). Como destaca BONDÍA ROMÁN, se puede ejercitar no sólo frente al adquirente o subadquirente de la obra, sino también frente a los cesionarios de derecho que posean la obra para su explotación, con los límites que se deriven, en su caso, de la cesión en exclusiva, ya que no se podrá acceder al ejemplar con la finalidad de realizar una explotación concurrente con el cesionario³⁰. En definitiva, el autor no puede pretender ejercitar el derecho de acceso frente a un cesionario exclusivo si la finalidad que persigue con el acceso es explotar la obra en la misma modalidad que el cesionario en exclusiva.

4. LA FINALIDAD DEL DERECHO DE ACCESO

La calificación de un ejemplar como raro o único no justifica sin más el ejercicio del derecho de acceso. Es la finalidad perseguida por el autor la que finalmente va a determinar la posibilidad o imposibilidad de ejercicio. El art. 14.7.º TRLPI se refiere literalmente a la finalidad «de ejercitar el derecho de divulgación o cualquier otro que le corresponda». Por tanto, dejando de lado el debate sobre la naturaleza jurídica de este derecho, el legislador lo configura como un instrumento que puede permitir al autor el ejercicio del derecho de divulgación o cualquier otro que conserve en su poder, a pesar de que la posesión material del objeto esté en poder de un tercero. Lo que sí llama la atención es que el precepto contenga una referencia expresa a la divulgación. Como destaca SERRANO GÓMEZ la mención que se realiza del derecho de divulgación deriva, no tanto de que pueda ser la principal finalidad del autor, sino de su particular naturaleza. Con arreglo al art. 4 TRLPI, se entiende por divulgación de una obra toda expresión de la misma que, con el consentimiento del autor, la haga accesible por primera vez al público en cualquier forma. Por ello, el derecho de divulgación constituye un derecho moral con una enorme trascendencia

³⁰ BONDÍA, «Comentario al art. 14 LPI», cit., p. 83. En el mismo sentido, MARTÍNEZ ESPÍN, «Comentario al art. 14», cit., p. 253.

en el ámbito patrimonial. De ahí que el precepto se refiera a él de manera especial, ya que el derecho de acceso constituye un instrumento destinado especialmente a la explotación de la obra³¹.

Anteriormente he mantenido que el acceso tiene sentido, por un lado, como paso previo para el ejercicio de otros derechos morales correspondientes al autor o sus causahabientes, y por otro, como paso previo también para el ejercicio de otros derechos patrimoniales que no hayan sido transferidos al poseedor del ejemplar en cuestión. Es preciso deslindar ambos tipos de situaciones.

4.1. Ejercicio de derechos morales

Por lo que se refiere a otros derechos morales (además del de divulgación), el derecho de acceso se conecta con el *derecho a exigir el respeto a la integridad de la obra* e impedir cualquier deformación, modificación, alteración o atentado contra ella (art. 14.4.º TRLPI). De hecho, en la práctica, una parte importante de los supuestos que han llegado a los Tribunales en relación con el derecho de acceso, lo que pretenden es permitir al autor comprobar si el soporte ha sufrido o ha sido objeto de alguna de estas situaciones, con la finalidad de poder adoptar las medidas oportunas y, en su caso, solicitar una indemnización.

No creo, sin embargo, como se ha mantenido, que el propietario del ejemplar único o raro de una obra tenga un deber extra de conservar el mismo³². Salvo que exista una obligación *ex lege* de conservación (como la contemplada en el art. 36 de la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español) el propietario del soporte no está obligado a conservarlo con la diligencia de un buen padre de familia porque no ostenta la condición de tenedor de una cosa ajena o debida a otro (arts. 1094, 1468, 1563, 1744, 1746 y 1766 CC), ni es titular de un *ius in re aliena* que tenga que restituir (arts. 467 y 497 CC)³³.

Mas dificultades plantea el ejercicio del derecho de acceso para hacer efectivo el *derecho a exigir el reconocimiento de su condición de autor*

³¹ SERRANO GÓMEZ, «El derecho de acceso...», cit., p. 124.

³² SERRANO GÓMEZ, «El derecho de acceso...», cit., p. 125; ROGEL VIDE, «El derecho ...», cit., p. 705, y *Estudios completos...*, cit., p. 76. En contra, ORTEGA DOMÉNECH, *Obra plástica...*, cit., p. 392, considera que el propietario de una obra plástica no tiene una obligación expresa de conservar la obra.

³³ En este sentido, la SAP de Barcelona (Sección 15.ª) 29 septiembre 2000 (JUR 2001, 19424).

de la obra (art. 14.3.º TRLPI). Algunos autores han planteado la posibilidad de que el autor quiera dejar constancia de su autoría estampando su firma o su nombre en ella, o dejando constancia de ello en el reverso, o colocando una plaza en el marco en el que se señale la paternidad³⁴. A mi juicio resulta muy dudoso que el derecho de acceso pueda justificar estos cambios en el resultado final de la obra. El art. 14.3.º TRLPI se refiere sólo al derecho a «exigir el reconocimiento de su condición de autor de la obra». Si una obra plástica (*v.gr.*, un cuadro) se ha enajenado por el autor para preservar su anonimato, o por cualquier otro motivo, ello no le autoriza a modificarla estampando su firma en el cuadro, y el propietario del soporte podría legítimamente oponerse a dicha modificación de su propiedad ordinaria³⁵. Como destaca VENDRELL CERVANTES³⁶, la facultad de exigir el reconocimiento de la autoría está limitada por el principio de razonabilidad o proporcionalidad, que se plasma en el art. 32.2.d) TRLPI (que exige la inclusión del nombre del autor de las obras utilizadas al amparo del límite de educación previsto en dicho precepto «salvo en los casos en que resulte imposible») y en el art. 113 TRLPI (que admite la omisión del nombre del artista cuando «venga dictada por la manera de utilizar» las interpretaciones o ejecuciones³⁷. Lo que procede en estos casos

³⁴ HUALDE, «El derecho moral...», cit., p. 62; ORTEGA DOMÉNECH, *Obra plástica...*, cit., p. 419, SERRANO GÓMEZ, «El derecho de acceso...», cit., p. 125; ROGEL VIDE, «El derecho...», cit., pp. 704 y ss., y *Estudios...*, cit., pp. 75 y ss.

³⁵ Es posible incluso que la singularidad o rareza de la obra radique en que carezca de firma, a pesar de ser una obra inequívocamente atribuida a su autor, por lo que podría tener un valor superior para el propietario del soporte.

³⁶ VENDRELL CERVANTES, «Comentario a los arts. 14 a 16», cit., p. 292.

³⁷ En este sentido, en la SAP de Barcelona (Sección 15.ª) 20 septiembre 2014 (JUR 2015, 11272) se afirma: «(...) con ello no queremos decir que exista infracción de los derechos morales del autor por el mero hecho de que no se haya hecho constar de forma expresa su nombre en todos los actos de publicidad en los que se utiliza la obra. Lo trascendente desde la perspectiva del derecho que analizamos es que se haya reconocido la autoría sobre la obra. Cuestión distinta es si para el reconocimiento de ese derecho es preciso que se haga constar el nombre del autor en cada uno de los actos de explotación de la obra. Creemos que la respuesta a esa cuestión no puede ser la misma en todos los casos, esto es, para todas las obras y para todos los actos de explotación de la obra. Si bien parece incuestionable el derecho del autor a que su nombre se haga constar en todas las ediciones que se puedan llevar a cabo de una obra escrita parece mucho más dudoso que el respeto al derecho moral de autor exija que cada vez que se reproduce una obra fonográfica (*v.gr.*, una canción) sea preciso mencionar el nombre del autor. En suma, lo que queremos decir es que *la concreta extensión del derecho moral a que se haga constar sobre la obra la identidad del autor es un derecho que debe ser interpretado de forma razonable, atendiendo a los usos de cada uno de los sectores en los que la obra es objeto de explotación*» [la cursiva es mía].

es acudir a los usos del sector, a los usos comerciales³⁸, para determinar en qué supuestos es habitual, razonable, o imposible incluir el nombre del autor. Los mismos argumentos servirían para impedir que el autor pudiera suprimir su firma para preservar su derecho al anonimato³⁹.

Por lo que se refiere al acceso para posibilitar el ejercicio del *derecho de modificación de la obra* (art. 14.5.º TRLPI), entiendo que está condicionada al consentimiento del propietario. Y ello porque este mismo precepto impone al autor que pretenda modificar su obra el respeto a los derechos adquiridos por terceros, entre los que sin duda se encuentra el titular del soporte. Como se ha destacado, el derecho de modificación no puede ejercitarse cuando el soporte de la obra es propiedad de un tercero distinto del autor. En estos casos, por tanto, salvo que medie acuerdo entre el propietario y el autor, éste no puede ejercitar su derecho de modificación⁴⁰.

En cuanto al *derecho de arrepentimiento* (art. 14.6.º TRLPI) resulta muy discutible admitir el derecho de acceso para su ejercicio. El derecho de retirada exige que la obra se encuentre en el comercio y accesible al público, lo que ya de por sí hace que sea difícil que nos encontremos ante un ejemplar que pueda calificarse como raro. Por otro lado, como afirma CAFFARENA este derecho no juega frente a los adquirentes de la obra, en el sentido de que no puede ejercerse frente al propietario en cuanto tal propietario. No obstante si, además de dueño del soporte al que está incorporado la obra, hubiese adquirido algún derecho de explotación sobre ésta, parece que el autor, dándose los presupuestos establecidos en el art. 14.6.º TRLPI, puede poner fin a la titularidad de tales derechos de explotación. Así pues, el derecho de arrepentimiento puede ejercerse frente al propietario y cesionario de derechos de explotación sin afectar al derecho

³⁸ A ellos se refiere la STS 9 octubre 1981 (RJ 1981, 3595) en relación con la autoría de un cuadro atribuido a Soroya: «existe un uso de comercio generalmente admitido y observado, según el cual, los comerciantes y vendedores de obras pictóricas, en relación con la autenticidad y carácter genuino de la pintura vendida en su establecimiento, de autores fallecidos o no contemporáneos, se limita a expresar de buena fe, que la obra vendida es propia de un artista determinado y ejecutada de su mano, según los elementos de juicio que dichos comerciantes o vendedores han podido reunir o tener a su alcance».

³⁹ Trata ampliamente del derecho del autor al anonimato y a la publicidad de su nombre (también en relación con el propietario del soporte), VICENT LÓPEZ, *Derechos de autor...*, cit., pp. 56 y ss.

⁴⁰ CAFFARENA, «Comentario al art. 14 LPI», cit., p. 287; RAMS, «Comentario a los arts. 14 a 16», cit., pp. 327 y ss.; GONZÁLEZ LÓPEZ, *El derecho moral...*, cit., p. 210; HUALDE, «El derecho moral...», cit., p. 53; MARÍN LÓPEZ, *El conflicto...*, cit., pp. 207 y ss.; SERRANO GÓMEZ, «El derecho de acceso...», cit., p. 125; VENDRELL CERVANTES, «Comentario a los arts. 14 a 16», cit., p. 299.

de propiedad sobre la obra (es indiferente que el derecho de explotación haya sido cedido por el autor o lo ostente el propietario en virtud de lo dispuesto en el art. 56 TRLPI). Del mismo modo entregada una obra para ser situada en un lugar accesible al público podría ejercerse por el autor la facultad de retirada frente al adquirente exigiendo no la restitución de la obra, sino el fin de su exposición pública⁴¹.

4.2. Ejercicio de derechos patrimoniales

El derecho de acceso puede tener también la finalidad de ejercitar determinados derechos patrimoniales. Ello no plantea problemas cuando el autor retiene su titularidad por no haberlos transmitido a un tercero. En caso contrario, según las circunstancias, puede ser necesario acceder al ejemplar raro o único. Como vimos, el autor no puede pretender ejercitar el derecho de acceso frente a un cesionario exclusivo si la finalidad que persigue con el acceso es explotar la obra en la misma modalidad que el cesionario en exclusiva. En general, en cuanto a los derechos de explotación, la posibilidad y límites del ejercicio del derecho de acceso depende de los derechos que haya cedido el autor junto con el soporte. Esto es especialmente válido para las obras plásticas.

Derecho de exposición pública. Como hemos visto, el art. 56.1 TRLPI establece claramente que el adquirente de la propiedad del soporte a que se haya incorporado la obra no tendrá, por este solo título, ningún derecho de explotación sobre la misma. Con ello se pretende aclarar que para la adquisición de los derechos de explotación de una creación intelectual no basta con adquirir el soporte a que se haya incorporado. Por ello, quien adquiera únicamente el soporte sólo adquiere la propiedad del ejemplar, la propiedad de una cosa material. A la vez, como destaca HUALDE SÁNCHEZ, el precepto aclara que los derechos de explotación se adquieren con independencia del soporte, a través de un título específico de adquisición. Así, aunque quien transmita el soporte sea el propio autor, tal transmisión no conlleva sin más la de los derechos de explotación de la obra⁴².

Dentro de los derechos de explotación a que se refiere el art. 17 TRPLI, está el *derecho de comunicación pública*, que se desarrolla en el art. 20, que en su núm. 2 h) dispone: «especialmente son actos de comunicación pública: la exposición pública de obras de arte o sus reproduc-

⁴¹ CAFFARENA, «Comentario al art. 14 LPI», cit., p. 291.

⁴² Cfr. HUALDE, «Comentario al art. 56», en BERCOVITZ (Dir.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 4ª ed., Tecnos, Madrid, 2017, p. 988.

ciones». Precisamente a este derecho se refiere la excepción del art. 56.2 TRLPI en cuanto a las obras plásticas: «No obstante, *el propietario del original de una obra de artes plásticas o de una obra fotográfica tendrá el derecho de exposición pública de la obra*, aunque ésta no haya sido divulgada, salvo que el autor hubiera excluido expresamente este derecho en el acto de enajenación del original. En todo caso, el autor podrá oponerse al ejercicio de este derecho, mediante la aplicación, en su caso, de las medidas cautelares previstas en esta Ley, cuando la exposición se realice en condiciones que perjudiquen su honor o reputación profesional»⁴³. Así pues, si el autor no ha excluido el derecho de exposición pública, no podrá pretender el acceso precisamente para exponer su obra, Y si lo hace, el propietario del soporte podrá válidamente oponerse al ejercicio del acceso

Por otro lado, como dice el art. 14.7.º TRLPI, el derecho de acceso «no permitirá exigir el desplazamiento de la obra», lo que impide a mayor abundamiento que el autor pueda solicitar que se le ponga en posesión de la obra. Es indiferente que pretenda con ello realizar una exposición puntual o retrospectiva de la obra: el autor necesita para ello el consentimiento de quien tiene la propiedad material⁴⁴. Durante la tramitación parlamentaria, varias enmiendas pretendieron modificar el precepto para incluir el siguiente texto «Este derecho permitirá el desplazamiento de la obra para realizar algún tipo de exposición que haga posible el conocimiento más claro de la trayectoria artística del autor»⁴⁵. La motivación de tales enmiendas era literalmente la misma: «Hacer posible que las obras de la creación artística tengan más facilidad de acceso al público en general». Pero dichas enmiendas fueron rechazadas.

⁴³ El TRPLI (desde la Ley 22/1987) invierte en este punto la presunción respecto a la Ley de Propiedad Intelectual de 1879, cuyo art. 9 establecía: «*la enajenación de una obra de arte, salvo pacto en contrario, no lleva consigo la enajenación del derecho de reproducción, ni del de exposición pública de la misma obra, que permanecen reservados al autor y a sus causahabientes*». Con esta inversión, como destaca RODRÍGUEZ TAPIA [«Comentario al art. 56», en RODRÍGUEZ TAPIA, (Dir.), *Comentarios a Ley de Propiedad Intelectual*, Thomson-Civitas, Madrid, 2007, p. 407], lo que se ha pretendido es incrementar la demanda de obras de arte al no tener que pactar el comprador la adquisición del derecho de exposición pública. Si en la primera enajenación, del autor al primer comprador, se excluye expresamente el derecho de exposición pública, la presunción del art. 56.2 TRLPI ya no opera en las siguientes transmisiones.

⁴⁴ HUALDE, «El derecho moral...», cit., p. 63.

⁴⁵ Enmienda núm. 73 de la agrupación IU-EC (Grupo Mixto), y Enmienda núm. 316 del Grupo Minoría Catalana. Cfr. *BOCG*, Congreso de los Diputados, Serie A, Proyectos de Ley, núm. 14-6, de 11 de febrero de 1987, p. 56 y 120, respectivamente.

No obstante, como destaca CAFFARENA, el texto del art. 14.7.º TRLPI no obliga a excluir que el autor, que al enajenar la obra se reservó expresamente el derecho de exposición pública de la misma, pueda pedir el desplazamiento de la obra en ejercicio de tal derecho. A su juicio, resulta un tanto inexplicable que el legislador se haya manifestado de forma tan tajante en contra de la posibilidad de exigir el desplazamiento de la obra, lo cual puede impedir o limitar de modo importante el ejercicio de los derechos que corresponden al autor⁴⁶.

Derecho de reproducción. El acceso puede tener como finalidad efectuar algún tipo de reproducción (para, en su caso, proceder a una explotación comercial de la obra). En estos casos debe distinguirse si se trata de una obra que puede en sí misma ser reproducida (una obra literaria), o estamos ante una obra cuya reproducción puede cuestionarse por la pérdida de valor que ocasionaría al titular del original (obra plástica). Habrá que estar a cada caso en particular, ya que no es lo mismo la posibilidad de fotografiar una obra que hacer un molde de la misma.

Como destaca MARÍN LÓPEZ, no está claro que el autor pueda acceder al ejemplar raro o único de una obra para hacer un ejemplar idéntico o al menos, lo más parecido posible al que ya no está en su poder (una réplica). Cuando la obra ya se ha transmitido cabe apreciar un interés legítimo del propietario para que su obra, si era única cuando la adquirió, no tenga ninguna copia en el mercado, que pueda devaluar el valor de la primera. Como destaca este autor, algunos ordenamientos (la ley belga) impiden al autor realizar ejemplares idénticos, o comercializar o ceder las reproducciones que pueda hacer. Ante la ausencia de una norma similar en nuestro ordenamiento, en su opinión no puede negarse al autor la posibilidad de hacer una réplica, aunque si con su explotación lesiona los derechos patrimoniales del dueño de la obra, éste debe ser indemnizado⁴⁷.

Derecho de distribución. Si de lo que se trata es del ejercicio del derecho de distribución contemplado en el art. 19 TRLPI, nuevamente debemos plantearnos a qué tipo de obras se refiere el acceso. El derecho de distribución no puede afectar directamente al ejemplar en poder del tercero, pero sí podrá referirse a las posibles copias obtenidas del original. De esta manera, cabe admitir el acceso para una ulterior plasmación en

⁴⁶ CAFFARENA, «Comentario al art. 14 LPI», cit., p. 297. En el mismo sentido, ORTEGA DOMÉNECH, *Obra plástica...*, cit., p. 424; y ROGEL VIDE, «El derecho...», cit., p. 708, y *Estudios...*, cit., p. 81.

⁴⁷ MARÍN LÓPEZ, *El conflicto...*, cit., p. 227. En el mismo sentido, RIVERO HERNÁNDEZ, «Reproducción de la obra plástica...», cit., p. 1173

catálogos, láminas, postales o carteles. A ello se refiere la SAP de Asturias (Sección 6.^a) de 10 de mayo de 2004 (JUR 2004, 189873) en relación con la fotografía de un cuadro utilizado para realizar un almanaque.

Lo mismo podría argumentarse en cuanto al *derecho de colección* (art. 22 TRLPI). En todos los casos, el derecho de acceso se puede hacer efectivo frente al titular del ejemplar raro o único, pero no puede afectar directamente al ejemplar que esté en poder de éste. Y en el bien entendido sentido de que no cabe ejercitar el derecho de acceso si la finalidad que se persigue con ello es explotar la obra en la misma modalidad que el titular del soporte o el cesionario en exclusiva.

5. EL SUJETO PASIVO DEL DERECHO DE ACCESO

Por lo que se refiere al sujeto pasivo del derecho de acceso, el art. 14.7.º TRLPI se refiere al «poseedor», y a que la obra se halle «en poder de otro». Está claro que la obra está en poder de un tercero, distinto del autor o sus causahabientes, pues si estuviera en poder de éstos el derecho de acceso no tendría ningún sentido. Si se piensa en la disociación entre el titular del soporte y el titular de los derechos de explotación, es fácil entender que el derecho de acceso se ejercitará frente al propietario del soporte. No obstante, dependiendo del tipo de obra, la situación del tercero puede ser diferente. En este sentido, cabe plantear las siguientes posibilidades en que se puede encontrar ese tercero:

a) El propietario del soporte de las obras plásticas, dada la disociación de derechos que recoge el art. 56.2 TRLPI. No es preciso que el propietario haya adquirido del autor, pues el precepto se refiere sin más a la propiedad del soporte. Por ello el derecho de acceso puede ejercitarse no sólo frente al primer adquirente de la obra, sino también frente a los adquirentes sucesivos⁴⁸, lo que plantea el problema, en el que luego me detendré, de averiguar quién tiene la obra y en qué lugar se encuentra ésta.

b) El propietario del negativo de las obras fotográficas, al que también resulta aplicable el art. 56.2 en relación con el art. 3 TRLPI⁴⁹, en relación con el titular de los derechos de autor. En estos casos puede surgir

⁴⁸ SERRANO GÓMEZ, «El derecho de acceso...», cit., p. 128; RODRÍGUEZ TAPIA, J.M., «Siete derechos en busca de autor. La nueva Ley de Propiedad Intelectual de 11 de noviembre de 1987», *ADC*, vol. 41, 1988, p. 324

⁴⁹ VALERO MARTÍN, E., *Obras fotográficas y meras fotografías*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pp. 247 y ss., y 292 y ss.

el problema de la pertenencia de la propiedad de los negativos creados por los fotógrafos a lo largo de la relación que mantengan con un medio de difusión y si es posible reivindicar los archivos cuando termina esa relación entre medio y fotógrafo⁵⁰. Cabría incluir aquí al propietario de un archivo *raw*, que vienen a ser el equivalente digital de un negativo⁵¹.

c) Los titulares de cualquier otro derecho real, o personal sobre esos mismos bienes. El art. 14.7.º TLPI se refiere a quien tenga la obra en su poder, con independencia del título en virtud del cual posee. Por tanto, puede tratarse de un usufructuario o de un arrendatario. Si media una relación contractual habrá que estar al contenido del contrato respectivo para saber en qué medida el ejercicio del derecho de acceso necesita o no la intervención de la otra parte de la relación contractual⁵². Como destaca HUALDE SÁNCHEZ, el ejercicio del derecho de acceso frente a quien sea mero poseedor de una obra, procederá tanto si su título posesorio deriva del propietario de la obra (*v.gr.*, el arrendatario de la vivienda donde el propietario la tiene situada), como si la obra sigue siendo propiedad del autor (*v.gr.*, un cuadro o una escultura cedidos temporalmente en arrendamiento, o depositados por el autor en un museo al que se concede la facultad de exposición)⁵³.

d) Los cesionarios de derechos de explotación que estén en posesión del soporte, precisamente para explotar los derechos cedidos. En tal caso no procede el acceso si el autor pretende con ello ejercitar un derecho patrimonial que sea incompatible con el del cesionario, o que entre en

⁵⁰ En tales casos habrá que analizar si la relación que tiene el fotógrafo con el medio conlleva la cesión de la propiedad de los negativos junto con la cesión de los derechos de explotación de los mismos, lo que puede suceder si media una relación laboral, de manera que pasan a ser propiedad de la empresa. Pero incluso en este caso, podría resultar aplicable el art. 52 TRLPI, de manera que el fotógrafo podría ejercer el derecho de acceso si la explotación que pretende no concurre con el medio. Distinta es la situación del fotógrafo *freelance* que colabora con un medio, en la que parece que la propiedad del negativo es del fotógrafo, aunque habrá que atender al encargo concreto, e interpretar la voluntad contractual de las partes.

⁵¹ El formato *raw* se aplica a un archivo digital de imágenes que contiene la totalidad de los datos de la imagen tal y como ha sido captada por el sensor digital de la cámara, y que contiene toda la información respecto a los datos de la imagen captados. Son archivos que, a pesar de usar compresión, tienen una gran tamaño, precisamente en función de los datos que contienen, que permiten su manipulación posterior para ajustar luces y colores.

⁵² Por ejemplo si el poseedor de la obra es un depositario. En otros caso, como el del arrendamiento, me parece claro que el ejercicio del derecho de acceso del art. 14.7.º TLPI no supone «perturbación de hecho», resultado aplicable el ap. 2.º del art. 1560 CC.

⁵³ HUALDE SÁNCHEZ, «El derecho moral...», cit., p. 64.

conurrencia con éste. Habrá que estar en cada caso al tipo de cesión, tomando en consideración si ésta es o no en exclusiva⁵⁴.

e) El propietario o poseedor de una obra de distinta naturaleza a las obras plásticas o fotográficas, siempre que se haya convertido, por los motivos que sean en un ejemplar raro o único. Puede referirse a cartas, textos escritos, manuscritos de una obra no divulgada, etc.

f) Dentro de la titularidad de la obra determinada por un derecho real, se incluyen los derechos de garantía. Así, una obra plástica puede haber sido objeto de una prenda ordinaria, en cuyo caso el derecho de acceso se ejercerá frente al acreedor pignoraticio, o frente al tercero que esté en posesión de la cosa por haberlo acordado así las partes (art. 1863 CC). No obstante, dependiendo de la forma en que se vaya a realizar el acceso, cabría plantear si se precisa la autorización del dueño, en virtud del art. 1870 CC.

Es igualmente posible que el poseedor sea el mismo propietario si lo que se ha constituido es una prenda sin desplazamiento de la posesión. El art. 54 de la Ley de Hipoteca mobiliaria y Prenda sin desplazamiento de 16 de diciembre de 1954 dispone que «serán susceptibles de prenda sin desplazamiento las colecciones de objetos de valor artístico e histórico, como cuadros, esculturas, porcelanas o libros, bien en su totalidad o en parte; también podrán serlo dichos objetos, aunque no formen parte de una colección».

g) Puede haber interferencias con otros derechos de garantía como la hipoteca sobre derechos de explotación de películas cinematográficas, regulada por Decreto 3837/1970, de 31 de diciembre. En tales casos no es admisible la posibilidad de explotación sin que a la vez se transmita la posibilidad de disponer del soporte material en que se exterioriza la obra. Así, el art. 1 de este Decreto destaca que lo que es objeto de hipoteca es el «derecho de explotación comercial de una película cinematográfica», pero en el art. 2 se especifica que «el derecho de explotación objeto de la hipoteca implica como base para su posible ejercicio la disponibilidad sobre el negativo, internegativo o copias de la película». Por ello, el art. 5 del mismo Decreto señala que el laboratorio que actúe como depositario del negativo o internegativo, «no podrá expedir copias ni realizar ningún otro acto dispositivo sobre aquéllos sin consentimiento escrito del acreedor». De la misma manera, en caso de ejecución, el art. 11 establece que será objeto de la ejecución «el derecho de explotación comercial de la película, así como la disponibilidad del negativo o copias que correspondan al hipotecante en la forma prevenida en el art. 2».

⁵⁴ ORTEGA DOMÉNECH, *Obra plástica...*, cit., p. 427

h) En caso de que se haya producido el embargo de la obra, mientras dicho embargo está pendiente y se desarrolla la ejecución, el poseedor puede variar dependiendo de las circunstancias. De acuerdo con el art. 626 LEC, el ejemplar puede estar depositado en el establecimiento público o privado que resulte más adecuado. Cuando los bienes embargados están en poder de un tercero, se puede nombrar depositario judicial a dicho tercero, salvo que el Letrado de la Administración de Justicia establezca otra cosa. También se puede nombrar depositario al ejecutado si éste viniere destinando los bienes embargados a una actividad productiva o si resultaran de difícil o costoso transporte o almacenamiento (cabría entender incluido aquí el supuesto de quien expone y se lucra con ello de la obra embargada). O se puede nombrar depositario al propio ejecutante⁵⁵. En estos casos, entiendo que el derecho de acceso sólo puede utilizarse de acuerdo con los fines de la ejecución, pues el depositario judicial está obligado a conservar los bienes con la debida diligencia a disposición del Tribunal, a exhibirlos en las condiciones que el Letrado de la Administración de Justicia le indique y a entregarlos a la persona que éste designe (art. 627 LEC). En estos casos, el Tribunal podría, por ejemplo, denegar el acceso para la exposición pública de una estatua embargada, si considera que puede dificultar la realización de los derechos del ejecutante. En la práctica, creo que el autor deberá esperar a que culmine la ejecución y ejercitar el derecho de acceso frente a quien resulte ser adjudicatario de la obra. Para ello deberá haberse puesto previamente la obra en posesión del adjudicatario (art. 650.1 LEC), salvo que la obra se encontrara ya en su poder (*v.gr.*, si se adjudica la obra al ejecutante, que había sido designado como depositario).

6. EL EJERCICIO DEL DERECHO DE ACCESO

El ejercicio de este derecho va dirigido a que el autor pueda acceder a la obra físicamente. Para ello necesita conocer quién la tiene en su poder, y en qué lugar se encuentra el ejemplar. Ello puede plantear enormes dificultades prácticas, que el art. 14.7.º TRLPI no soluciona, con la salvedad de que parece ser el poseedor quien debe señalar el lugar, forma y momento en que el acceso le provoca menores molestias. Ante el desconocimiento de quién tiene el ejemplar en su poder, o ante la negativa (justificada o injustificada) del poseedor a que tenga lugar el acceso, se hace preciso

⁵⁵ TORIBIOS FUENTES, F. – DOMÍNGUEZ LUELMO, A. – SABATER SABATÉ, J.M., *El apremio*, Thomson Reuters – Aranzadi, Cizur Menor, 2019, pp. 71 y ss.

analizar qué mecanismos ofrece al autor nuestro ordenamiento para materializar su derecho de acceso.

6.1. Medios para averiguar quién tiene el ejemplar en su poder

La regulación del precepto sólo resulta aplicable en su literalidad cuando el autor conoce al tercero que está en posesión de la obra. Como ya he destacado, el derecho de acceso se puede ejercitar no sólo frente al primer adquirente de una obra, sino también frente a los sucesivos. Ello plantea el problema de conocer quién está en posesión del ejemplar raro o único de una obra, y dónde se encuentra éste físicamente⁵⁶. En cualquier caso, nada se dice en la ley de los mecanismos a utilizar para averiguar quién tiene la obra en su poder o en qué estado se encuentra la obra que tenga en su poder. Ante estos interrogantes, debemos analizar los mecanismos que nuestra legislación procesal pone a disposición del autor.

6.1.1. Diligencias preliminares

Una primera posibilidad que nos brinda la LEC es utilizar alguna de las diligencias preliminares reguladas en sus arts. 256 a 263⁵⁷. Se consideran diligencias preliminares todas aquellas actuaciones dirigidas a que la parte que las solicita pueda obtener la información necesaria para preparar el proceso en defensa de sus derechos o intereses legítimos⁵⁸. Se trata, en definitiva, de actuaciones encaminadas a allanar los obstáculos que puedan existir para constituir una válida la relación procesal, ya sea desde el punto de vista personal (especialmente en cuanto a la legitimación), como para determinar con precisión el objeto de un ulterior proceso, recabando información sobre el fundamento mismo de la pretensión que se pretende ejercitar⁵⁹.

⁵⁶ Algunos autores, como SERRANO GÓMEZ, «El derecho de acceso...», cit., p. 129, se plantean si el autor tiene o no derecho a obtener información de los adquirentes de la obra, incluso cuando la transmisión ha tenido lugar a través de una subasta o un establecimiento comercial. Personalmente me inclino por la negativa, en contra de la opinión del citado autor.

⁵⁷ MARÍN LÓPEZ, *El conflicto...*, cit., p. 223.

⁵⁸ *Vid.* en este sentido la STS 20 junio 1986 (RJ 1986, 3784), el ATS 11 noviembre 2002 (RJ 2003, 575), la SAP Guipúzcoa (Sección 3ª) 3 octubre 2007 (JUR 2008, 41731) y el AAP Valencia (Sección 6.ª) 4 junio 2018 (AC 2018, 1456).

⁵⁹ DÍAZ MARTÍNEZ, M., «Comentario a los arts. 256 a 263 LEC», en GIMENO SENDRA, V. (Dir.), *Proceso civil práctico, II, vol. 2º (arts. 248 a 396)*, Thomson Reuters – Aranzadi, Cizur Menor, 2018, p. 607.

El problema que plantea la LEC es que las diligencias preliminares que aparecen enumeradas en su art. 256 se consideran *numerus clausus*. Ello implica que sólo pueden solicitarse y acordarse como tales las que aparezcan expresamente comprendidas en el citado precepto, ya sea *nominatim* o por la remisión que efectúa el art. 256.1.9.º LEC a otras leyes especiales. En consecuencia, se deben rechazar aquellas diligencias que pretendan un propósito distinto del que la ley ha considerado digno de protección, así como las orientadas a la consecución de finalidades diferentes o a la satisfacción de necesidades diversas de las normativamente previstas. En este sentido, el art. 258.1 LEC exige tres requisitos: a) La *adecuación* de la diligencia solicitada a la finalidad que el solicitante persiga. b) *Iusta causa*, es decir, la justificación para la preparación del eventual futuro proceso. c) *Interés legítimo*, que debe concurrir en el solicitante. Por ello, el art. 256.2 LEC exige que en la solicitud de diligencias preliminares se exprese su fundamento, con referencia circunstanciada al asunto objeto del juicio que se quiera preparar.

Así pues, las diligencias preliminares constituyen una facultad que se atribuye exclusivamente a quien se proponga demandar con el objeto de obtener los datos necesarios para facilitar un proceso posterior. Generalmente se tratara de averiguar datos relevantes para la determinación de la legitimación pasiva, de modo que lo que trata de averiguar el solicitante es a quién tiene que demandar, u otros datos relevantes respecto del objeto del proceso. En todo caso, una cosa es el que el legislador prevea un número cerrado de diligencias preliminares y otra muy distinta que deba llevarse a cabo una interpretación sumamente restrictiva de los supuestos expresamente contemplados, hasta el punto de hacer ineficaz la finalidad última del precepto⁶⁰.

Por lo que se refiere al ejercicio del derecho de acceso, parece que encaja en la finalidad perseguida en el art. 14.7.º TRLPI la diligencia prevista en el art. 256.1.2.º LEC: «solicitud de que la persona a la que se pretende demandar exhiba la cosa que tenga en su poder y a la que se haya de referir el juicio»⁶¹.

⁶⁰ Así se destaca en el AAP Salamanca (Sección 1.ª) 29 febrero 2012 (JUR 2012, 141640).

⁶¹ El art. 14.7.º TRLPI no encaja en cambio en la diligencia prevista en el art. 256.1.7.º LEC, referido a quien pretenda ejercitar una acción por infracción de un derecho de propiedad industrial o de un derecho de propiedad intelectual. Así se reconoce en el AAP de Barcelona (Sección 15.ª) de 29 de abril de 2009 (JUR 2009, 140747) en el caso «Vicky, Cristina, Barcelona», aunque se trata de un supuesto que nada tiene que ver con el acceso a un ejemplar raro y único de una obra. No obstante, en *obiter* se afirma: No

El art. 256.1.2.º LEC ya no exige que la «cosa» a exhibir sea mueble como hacía el art. 497.2.º LEC/1881. A pesar de que algunos autores niegan que la diligencia de exhibición de la cosa pueda referirse a inmuebles⁶², lo cierto es que el art. 256.1.2.º LEC no establece ninguna limitación en este punto, y debe entenderse referida igualmente a inmuebles, como ha reconocido la doctrina⁶³ y algunas decisiones de los Tribunales⁶⁴. No tendría sentido en nuestro caso limitar la diligencia a cosas muebles, ya que la propiedad intelectual, a efectos de derecho de acceso, puede recaer tanto sobre cosas mueble como inmuebles. Lo relevante no puede ser la naturaleza de la cosa, sino si el acceso que se pretende (la exhibición de la cosa mueble o la visita al inmueble) son útiles a quien, como lo es el autor, ostenta un interés legítimo sobre tal cosa para decidir fundadamente sobre la acción a ejercitar.

Por otro lado, el art. 256.1.2.º LEC tampoco exige, como especificaba el art. 497.2.º LEC/1881, que se trate de preparar el ejercicio de una acción real o mixta. El actual art. 256.2º LEC solo exige que la cosa objeto de exhibición sea aquella a la que va a ir referida el proceso ulterior. El art. 14.7.º TRLPI no especifica el tipo de acción que se pretende utilizar por

se trata en este caso de hacer efectiva la facultad del autor de acceder al ejemplar único o raro de la obra cuando se halle en poder de otro (facultad que integra el contenido moral del derecho de autor *ex art. 14.7.º TRLPI*, y en cualquier caso *es muy dudoso que esta vía procesal fuera el medio adecuado para ello*) [la cursiva es mía]. Como pongo de manifiesto en el texto, no coincido con esta afirmación, aunque se realice *obiter*, pues entiendo que la diligencia preliminar del art. 256.1.2.º LEC es el canal más adecuado para ejercitar, cuando proceda, el derecho de acceso.

⁶² GARBERÍ LLOBREGAT, J., *Las diligencias preliminares en la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Bosch, Barcelona, 2009, p. 42.

⁶³ Cfr. BANACLOCHE PALAO, J., *Las diligencias preliminares*, Thomson Civitas, Madrid 2003, p. 77; CASTRILLO SANTAMARÍA, R., *La preparación del proceso civil: las diligencias preliminares*, Bosch Editor, Barcelona, 2018, pp. 161 y ss.

A favor de esta interpretación está la propia Exposición de Motivos de la LEC, favorable a la ampliación de las diligencias tradicionales. Además está el texto preparado por los Profesores de Derecho Procesal de las Universidades Españolas, *Corrección y actualización de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, I y II Madrid, 1974, que sirvió de base para la redacción de muchos de los vigentes preceptos de la LEC. Así, en el Tomo II, p. 23, se afirma: «la limitación de acto exhibitorio a cosa mueble se suprime, por no excluirse que pueda ser inmueble».

⁶⁴ Cfr. los AAP Salamanca (Sección 1.ª) 29 febrero 2012 (JUR 2012, 141640), AAP Cádiz (Sección 2.ª) 15 marzo 2007 (JUR 2007, 253524), AAP Islas Baleares (Sección 3.ª) 30 junio 2009 (JUR 2009, 352169) y AAP de Alicante (Sección 5.ª) 9 septiembre 2015 (JUR 2015, 273680).

el autor. Únicamente alude a la finalidad del acceso: «ejercitar el derecho de divulgación o cualquier otro que le corresponda».

En cuanto a la persona frente a la cual se solicita la diligencia preliminar, el art. 256.1.2.º LEC se refiere a la persona «que tenga en su poder» la cosa. Y el art. 14.7º TRLPI prevé como supuesto de hecho que la obra «se halle en poder de otro». Ambas expresiones no plantean problemas para acomodar el texto a la Ley procesal al ejercicio del derecho de acceso. El problema del art. 256.1.2.º LEC es que identifica al poseedor con la persona a la que se pretende demandar. Es decir, parece que el poseedor del bien y el futuro demandado deben ser la misma persona. Pero puede ser que lo que realmente necesite el solicitante de la diligencia sea precisamente identificar al poseedor del bien. La doctrina procesalista destaca que la expresión «tener en su poder la cosa» debe ser objeto de una interpretación amplia pues, con independencia de dónde esté realmente la cosa y quién la posea en el momento de presentar la solicitud, tan sólo es necesario acreditar que el futuro demandado tiene cierto poder de disposición sobre ella y debiera conocer, por esta razón, cuál es su localización actual, de manera que podría presentarla ante el Tribunal, si éste se lo requiriera⁶⁵. No se trata sólo de saber quien tiene en su poder la cosa en un determinado momento, sino también de saber si se trata exactamente de la misma obra y en qué condiciones concretas se encuentra. No es lo mismo conocer quién es el poseedor actual de la cosa para ejercitar el derecho de divulgación, que pretender acceder a la obra para exigir el respeto a la integridad de la misma (y en su caso, reclamar daños y perjuicios) o para impedir cualquier deformación, modificación, alteración o atentado contra ella.

En la jurisprudencia se insiste en dos ideas: a) Que las diligencias preliminares solo procederán cuando sea necesario el conocimiento o la información que se solicita para preparar el futuro procedimiento, conocimiento o información que ha de ser esencial o relevante para tal fin. b) Que igualmente sólo procederán cuando haya imposibilidad de tener acceso a lo que se solicita de otro modo, esto es, que las diligencias preliminares, como auxilio a la parte que son, deben ser acordadas exclusivamente cuando no haya otro medio de preparar el ejercicio de la acción que el solicitante se proponer ejercitar⁶⁶. Esta última apreciación puede ser

⁶⁵ BANACLOCHE PALAO, *Las diligencias preliminares*, cit., p. 80.

⁶⁶ En este sentido, los AAP Tarragona (Sección 3.ª) 24 septiembre 2008 (JUR 2008, 40603), AAP Las Palmas (Sección 4.ª) 10 junio 2010 (AC 2010, 1616), AAP Zamora (Sección 1.ª) 27 enero 2011 (JUR 2011, 162585), AAP Málaga (Sección 5.ª) 13 octubre

importante, porque es posible que el poseedor alegue —según los casos— que el autor puede tener acceso más fácilmente a otros ejemplares de la obra, o que la diligencia que pretende no es necesaria para la finalidad que se persigue.

En cuanto al modo de practicar la exhibición habrá que estar a lo que acuerden las partes y a las circunstancias de cada caso⁶⁷. Si de lo que se trata es de identificar la obra y comprobar en qué estado se encuentra, la diligencia no puede concluir con la mera exhibición, sino que se debe permitir el reconocimiento por parte de quien promovió la diligencia. Por otro lado, entiendo que, mientras se cumpla la finalidad que persigue el autor, el poseedor puede negarse al traslado de la cosa a la sede del Tribunal. Si se trata de escritos, el art. 259.2 LEC permite su exhibición por medios telemáticos o electrónicos, en cuyo caso su examen se realizará en la sede de la oficina judicial, pudiendo obtener la parte solicitante, con los medios que aporte, copia electrónica de los mismos. Y lógicamente, tratándose de bienes inmuebles, serán el Letrado de la Administración de Justicia y los interesados los que se desplacen al lugar donde se halle la obra para proceder a su reconocimiento. El art. 268.2 LOPJ permite a los Juzgados y Tribunales constituirse en cualquier lugar del territorio de su jurisdicción para la práctica de las actuaciones judiciales, «cuando fuere necesario o conveniente para la buena administración de justicia» (lo que se reitera en el art. 129.3 LEC)

En la tramitación de las diligencias, el art. 260 LEC regula la oposición a las mismas. Celebrada la vista, si se ha solicitado por las partes, el tribunal resolverá, mediante auto, si considera que la oposición es justificada o si, por el contrario, carece de justificación. Si se considera injustificada, contra el auto que se dicte no cabe ningún recurso, y se condena al requerido al pago de las costas causadas por el incidente. En cambio, si la oposición se considera justificada, el auto puede ser recurrido en apelación. Este régimen favorece, pues, al autor, frente a la situación del poseedor de la obra.

Por lo que se refiere a los gastos que se ocasionen a las personas que hayan de intervenir en las diligencias, según el art. 256.3 LEC, son a

2016 (JUR 2017, 93325), AAP Zamora (Sección 1.ª) 7 febrero 2017 (JUR 2017, 111844), AAP Málaga (Sección 5.ª) 20 julio 2017 (JUR 2018, 10850), AAP Valencia (Sección 6.ª) 4 junio 2018 (AC 2018, 1456), AAP Valencia (Sección 6.ª) 1 octubre 2018 (JUR 2018, 281550) y AAP León (Sección 2.ª) 15 enero 2019 (JUR 2019, 70935).

⁶⁷ ÁLVAREZ ALARCÓN, A., *Las diligencias preliminares del proceso civil*, Bosch, Barcelona, 1997, pp. 182 y ss.

cargo del solicitante. Entre estas personas están los posibles expertos que intervengan. De hecho, el art. 259.2 LEC prevé que el solicitante pueda acudir asesorado por un experto en la materia, «que actuará siempre a costa del solicitante». Pero igualmente entre esas personas también está el poseedor de la obra, pues el art. 14.7.º TRLPI es explícito en este punto al destacar que se le «indemnizará, en su caso, por los daños y perjuicios que se le irroguen». En relación con lo anterior, el art. 256.3 LEC dispone que, al pedir las diligencias, el solicitante debe ofrecer caución para responder tanto de aquellos gastos como de los daños y perjuicios que se les pueda irrogar a las mencionadas personas. Es en esta parte del precepto donde se puede buscar un equilibrio entre los intereses del autor y los del propietario o poseedor de la obra, y donde puede tener encaje una regla similar a la recogida en la Ley Federal de Suiza de Derechos de autor y derechos, cuyo art. 14.3 prevé que el propietario o poseedor puedan condicionar la entrega a la constitución de algún tipo de caución para garantizar la restitución íntegra del ejemplar. Habrá, pues, que tener en cuenta el valor del obra, y la previsión de los perjuicios que se podrían irrogar por la causación de desperfectos, o incluso, su destrucción, en atención a ese carácter único o raro de la obra⁶⁸.

La negativa por parte del poseedor a llevar a cabo la diligencia solicitada se contempla en el art. 261.3ª LEC. Si se conoce el lugar en el que está la cosa o se presume fundadamente el lugar en que se encuentra, se puede ordenar por auto la entrada y registro de dicho lugar, procediendo a ocupar el objeto si se encontrare, y a exhibirlo ante el solicitante en la sede del tribunal, pudiendo pedir el solicitante, si se trata de cosa mueble, su depósito o la medida de garantía que resulte más adecuada para las resultas del ulterior proceso. Pero el art. 261 LEC habla de la posible adopción de estas medidas «*cuando resulte proporcionado*».

Sin embargo, surge aquí el problema, que ya fue agudamente apuntado por RAMS ALBESA, del posible choque del derecho de acceso con el derecho a la intimidad de las personas y, especialmente, con la inviolabilidad del domicilio⁶⁹. La doctrina del TC exige como regla general en este

⁶⁸ Teniendo en cuenta que el art. 256.3 LEC se remite al art. 64.2 del mismo cuerpo legal, la caución puede otorgarse en dinero efectivo, mediante aval solidario de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento emitido por entidad de crédito o sociedad de garantía recíproca o por cualquier otro medio que, a juicio del tribunal, garantice la inmediata disponibilidad, en su caso, de la cantidad de que se trate. Es el Tribunal quien fija la caución que deba prestarse si accede a la práctica de las diligencias solicitadas (art. 258.1 LEC).

⁶⁹ RAMS ALBESA, J., «Comentario a los arts. 14 a 16», cit., p. 331.

último caso que la resolución sea motivada, conforme a las exigencias del principio de proporcionalidad⁷⁰. No cabe, en cambio, que se pueda exigir responsabilidad penal por desobediencia a la autoridad judicial, porque ésta sólo se contempla expresamente en la LEC en casos determinados (v.gr., la negativa a la entrega de la historia clínica). Sin embargo, en la LEC no existe ninguna habilitación legal específica al Juez de Primera Instancia para la entrada indagatoria en un domicilio particular como la que puede pretender el autor sobre la base del art. 14.7.º TRLPI. El art. 261.2.ª LEC solo permite la entrada y registro de los títulos y documentos a que se refiere el art. 256 LEC, pero no habilita para una entrada y registro de mera investigación para la búsqueda y aprehensión de documentos⁷¹.

6.1.2. *La anticipación de la prueba*

Otra posibilidad que brinda nuestra LEC, que puede resultar útil en determinadas circunstancias, es la anticipación de la prueba, regulada en sus arts. 293 a 296. La práctica de la prueba, como regla general, se lleva a cabo dentro de cualquier litigio en el instante procesal adecuado que viene predeterminado por la Ley. Sin embargo, como excepción, puede suceder que sea necesario adelantarla incluso a un tiempo anterior a la incoación del pleito: «cuando exista el temor fundado de que, por causa de las personas o por el estado de las cosas, dichos actos no puedan realizarse en el momento procesal generalmente previsto» (art. 293.1 LEC). La anticipación regulada en este precepto exige que se cumplan los requisitos inherentes a toda prueba, cuales son su licitud, pertinencia, legalidad y utilidad, siendo el fin primordial de esta medida excepcional evitar que, por una dilación en el tiempo, se pueda echar a perder una fuente de prueba relevante para la resolución de la contienda.

La anticipación de la prueba no debe ser confundida con las diligencias preliminares. Como se destaca en la jurisprudencia, éstas no pueden servir de instrumento para preconstituir pruebas en el futuro pleito: las diligencias preliminares tienen por objeto preparar un juicio y la prueba

⁷⁰ Vid. ampliamente TORIBIOS FUENTES, F., *Averiguación de bienes en la ejecución civil. Manual para la práctica de la investigación patrimonial del deudor*, La Ley – Wolters Kluwer, Madrid, 2013, pp. 133 y ss.

⁷¹ Cfr. con amplios argumentos el AAP Barcelona (Sección 15.ª) 4 octubre 2006 (JUR 2007, 184056). Desde luego no cabe aplicar los arts. 589 a 591 LEC, porque se refieren exclusivamente a la manifestación del bienes del ejecutado (exigen, pues, que estemos en el seno de una ejecución).

anticipada persigue constatar un hecho necesario para la prosperabilidad de la pretensión cuando exista un temor de que no puedan realizarse dentro del proceso⁷².

La regulación de la anticipación de la prueba, pretende adecuar ésta al derecho a la tutela judicial efectiva recogida en el art. 24 CE. Adquiere por tanto una importancia especial por la repercusión del derecho a utilizar los medios de prueba necesarios para la defensa y, con ello, la posibilidad (a través de esta anticipación) de poder justificar las partes los hechos en que apoyan sus respectivas pretensiones⁷³.

De acuerdo con el art. 294 LEC, la proposición de una prueba anticipada se realizará conforme a lo dispuesto en esta Ley para cada tipo de prueba, exponiendo las razones en que se apoye la petición. Y si el Tribunal estima fundada la petición, accederá a ella, disponiendo, por medio de providencia, que las actuaciones se practiquen cuando se considere necesario. En algún caso se ha venido a defender por la jurisprudencia que el dato de que la solicitud se admita por providencia «significa que ni siquiera requiere motivación formal, bastando para su admisión un juicio de conveniencia» Y ello porque «la prueba anticipada no solo se justifica procesalmente por preconstituir una prueba vinculante (...), sino que también se justifica por razones prácticas o de utilidad, como excepción a los principios que rigen la prueba ordinaria en el proceso»⁷⁴. No obstante, parece que la actitud del Juez debe ser restrictiva sobre su concesión en aras del respeto al principio de concentración y unidad de acto, previsto en el art. 290 LEC, por lo que no parece suficiente alegar meras complicaciones, sino que es preciso exponer las razones en que se apoye la petición⁷⁵.

Por lo que se refiere al ejercicio del derecho de acceso del art. 14.7 TRLPI, lo más probable será que la anticipación se requiera en relación

⁷² Así se destaca en los AAP Tarragona (Sección 3.ª) 24 septiembre 2008 (JUR 2008, 40603), AAP Las Palmas (Sección 4.ª) 10 junio 2010 (AC 2010, 1616), AAP Zamora (Sección 1.ª) 27 enero 2011 (UR 2011, 162585), AAP Málaga (Sección 5.ª) 13 octubre 2016 (JUR 2017, 93325), AAP Málaga (Sección 5.ª) 20 julio 2017 (JUR 2018, 10451), AAP Valencia (Sección 6.ª) 4 junio 2018 (AC 2018, 1456), AAP Valencia (Sección 6.ª) 1 octubre 2018 (JUR 2018, 281550) y AAP León (Sección 2.ª) 15 enero 2019 (JUR 2019, 70935).

⁷³ En este sentido, el AAP Cáceres (Sección 1.ª) 1 abril 2007 (JUR 2007, 262590), aunque en este caso se deniega la anticipación de la prueba por no justificarse la concurrencia del temor fundado exigido por la norma. Se deniega por los mismos motivos en la SAP de Lleida (Sección 1.ª) 21 noviembre 2011 (JUR 2003\14791)

⁷⁴ STSJ de Navarra (Sala de lo Civil y Penal, Sección 1.ª) 5 mayo 2011 (RJ 2012, 4782).

⁷⁵ En este sentido, la SAP Murcia (Sección 3.ª) 10 junio 2005 (JUR 2005, 234875).

con pruebas de naturaleza objetiva o material, como pueden ser el reconocimiento judicial o la prueba pericial. Se puede así tomar en consideración el riesgo de destrucción de la obra, o al peligro de desaparición parcial de la misma, o incluso los posibles desperfectos que pueda sufrir la obra. Desde una perspectiva procesal es indiferente que el temor fundado o el peligro provenga de causas naturales, o de la posible intervención del poseedor, o de actos de terceros. El art. 293.1 LEC engloba todos estos supuestos pues se refiere a la conveniencia de la anticipación de la prueba «por causa de las personas o por el estado de las cosas».

Es posible igualmente que la anticipación de la prueba se proponga con la solicitud de medidas cautelares (art. 732.2 LEC), especialmente cuando lo que se pretenda sea la prohibición o cesación de actividades ilícitas. Así ocurrió en el Auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Bilbao de 30 de mayo de 2005 (AC 2005, 906), en el que se pretende y autoriza la entrada en una empresa, detener su actividad, comprobar si se usan copias ilegales de los programas de los demandantes, hacerlo en cada uno de los catorce ordenadores de los que dispone, reclamar la exhibición de las licencias oportunas y recabar los datos precisos para permitir que en el futuro proceso se disponga de un dictamen pericial que verse sobre éste y otros puntos relacionados⁷⁶.

6.1.3. *El aseguramiento de la prueba*

Otro tipo de medida prevista en la LEC, que puede ser aplicable en nuestro caso, es el aseguramiento de la prueba. Según el art. 297.1 LEC, antes de la iniciación de cualquier proceso, el que pretenda incoarlo (o cualquiera de los litigantes durante el curso del mismo), podrá pedir del tribunal la adopción, mediante providencia, de medidas de aseguramiento útiles para evitar que, por conductas humanas o acontecimientos naturales, que puedan destruir o alterar objetos materiales o estados de cosas, resulte imposible en su momento practicar una prueba relevante o incluso carezca de sentido proponerla. No se trata aquí, como en la prueba anticipada, de llevar a cabo un medio concreto de prueba, sino de garantizar que, en el

⁷⁶ En concreto se autoriza, *inaudita parte*, la entrada en el domicilio social de una empresa para «comprobar si se utilizan en todos los ordenadores que dispongan dicha sociedad en aquel lugar, reproducciones no autorizadas de los programas de ordenador de los que son titulares los solicitantes, dejando constancia del nombre de los programas de ordenador hallados que sean titularidad de los demandantes, cantidad de reproducciones encontradas, versión, número de serie y, en su caso, entidad o persona a favor de la cual aparecen licenciados».

momento procesal oportuno, dicha prueba se pueda practicar, ya que, de no tomar las medidas idóneas para el aseguramiento, sería después imposible realizarla o carecería de sentido siquiera proponerla. Por otro lado, a diferencia de la prueba anticipada, aquí estamos en presencia de fuentes de prueba relativas a *objetos materiales o a situaciones en las que éstos se hallen*, debiendo excluir, por tanto, las afectantes a personas, es decir, a los propios litigantes o testigos. En cualquiera de los casos se trata de una medida excepcional que sólo es posible adoptar ante determinadas circunstancias apremiantes, e inaplazables medidas conservativas⁷⁷.

Los requisitos que viene a exigir el art. 298.1 LEC para la adopción de las medidas de aseguramiento de la prueba son las siguientes: 1) Posibilidad, pertinencia y utilidad de la prueba al tiempo de proponer su aseguramiento. 2) Carácter fundado del temor de imposibilitarse en el futuro la práctica de las pruebas, de no adoptarse las medidas. 3) Que la medida propuesta o la que alternativamente estime el Tribunal pueda practicarse en un plazo breve y sin perjuicio grave ajeno ni desproporcionado. En cualquier caso el art. 298.1.3.º LEC añade «u otra distinta que, con la misma finalidad, estime preferible el Tribunal», por lo que éste será libre para adoptar una prevención diferente a la pedida por el promotor que, no obstante, nunca deberá ser más molesta para las partes o terceros. Así, este tipo de medida hubiera sido adecuada en el caso resuelto por la SAP de Barcelona (Sección 15.ª) de 29 septiembre 2000 (JUR 2001, 19424) en que el derecho de acceso se pretende para averiguar el estado en que se encontraba una serie de obras fotográficas dañadas por el descuido de la demandada, al depositarlas en el suelo de un almacén no debidamente acondicionado para soportar las lluvias extraordinarias, pero esperadas, y no reaccionar oportunamente para evitar el daño.

6.2. El acceso material al ejemplar y las incomodidades que se pueden irrogar al poseedor

El art. 14.7.º TRLPI dispone que el acceso a la obra «se llevará a efecto en el lugar y forma que ocasionen menos incomodidades al poseedor». Entiendo que esta parte del precepto es una aplicación concreta del princi-

⁷⁷ Por ello, el art. 297.4 LEC determina que, cuando se hubiesen acogido antes del inicio del proceso, quedarán sin efecto si el actor no presenta su demanda en el plazo de veinte días hábiles siguientes a la fecha de su efectiva adopción, porque entonces el Tribunal acordará de oficio mediante auto el alzamiento o revocación de los actos de cumplimiento realizados, condenará al solicitante en las costas y le declarará responsable de los daños y perjuicios causados al sujeto respecto del cual se despacharon las medidas.

pío de buena fe en el ejercicio de los derechos, que se recoge en el art. 7.1 CC. Destaca la doctrina que este inciso del art. 14.7.º TRLPU se refiere al *usus civiliter* por parte del titular del derecho de acceso, de manera paralela al exigido en materia de servidumbres respecto a la actuación del dueño del predio dominante. En este sentido, el art. 543 CC permite al dueño del predio dominante hacer, a su costa en el predio sirviente «las obras necesarias para el uso y conservación de la servidumbre, pero sin alterarla ni hacerla más gravosa». A ello se añade que «deberá elegir para ello el tiempo y la forma convenientes a fin de ocasionar la menor incomodidad posible al dueño del predio sirviente»⁷⁸.

Como destaca NAVAS NAVARRO, el *usus civiliter* en estos casos viene a representar un «modelo de conducta»⁷⁹, que en nuestro caso se aplicaría

⁷⁸ En los Derechos civiles autonómicos la cuestión se contempla de manera similar. Así, en el Derecho civil de Galicia, según el art. 89.3 LDCG: «En caso de duda, la servidumbre se entenderá constituida de manera que satisfaga las necesidades del predio dominante con el menor perjuicio para el fundo sirviente» (vid. además el art. 90.3). En el Derecho civil de Cataluña, según el art. 566-4 CCCat: «La servidumbre se ejerce de la forma más adecuada para obtener la utilidad de la finca dominante y, a la vez, de la *menos incómoda y lesiva para la finca sirviente*. Los propietarios de la finca sirviente, si el ejercicio de la servidumbre deviene excesivamente gravoso e incómodo, pueden exigir, a su cargo, las *modificaciones que estimen convenientes en la forma y el lugar de prestar la servidumbre*, siempre que no disminuyan su valor y utilidad» (vid., además, los arts. 566-7.2, 566-8.3 y 566-9.3). En Navarra, la ley 367.a) FN establece como principio general: «Los propietarios u otros usuarios de inmuebles no pueden causar riesgo a sus vecinos *ni más incomodidad que la que pueda resultar del uso razonable de su derecho, habida cuenta de las necesidades de cada finca, el uso del lugar y la equidad*» (vid., además, la ley 399). En el Derecho civil de Aragón, dentro de las relaciones de vecindad, el art. 538 CDFa dispone: «Los propietarios de inmuebles o sitios y los titulares de cualquier otro derecho real o personal de uso y disfrute de los mismos, en el ejercicio de sus derechos, no pueden causar riesgo, *ni tampoco más perjuicio o incomodidad que los que resulten del uso razonable de la finca según su naturaleza, destino, condiciones generales del entorno y usos del lugar, todo ello conforme al principio de buena fe*». Además, el criterio de ejercicio *civiliter* de las servidumbres, según el cual estas se ejercen de la forma más adecuada para obtener la utilidad de la finca dominante y, a la vez, del modo menos incómodo y lesivo para la finca sirviente, se enuncia de manera general en el artículo 557, y luego se especifican consecuencias particulares en el 565, para la constitución forzosa de servidumbres, y, más concretamente, para las de paso y las de acceso a red general en los artículos 577.2 y 581.3. También el artículo 560 (modificación de la servidumbre) se puede considerar expresión del mismo principio, que trata de optimizar el balance de beneficios y perjuicios conjuntos de ambas propiedades.

⁷⁹ NAVAS NAVARRO, S., «Comentario al art. 543 CC», en DOMÍNGUEZ LUELMO, A., *Comentarios al Código civil*, Lex Nova, Valladolid, 2010, p. 671. La misma autora, en pp. 673, 684 y 698, pone de relieve que los art. 545, 565 y 587 CC constituyen aplicaciones concretas de la regla del *usus civiliter* en materia de servidumbres.

al autor de la obra. Aunque la expresión que utiliza el art. 14.7.º TRLPI es muy genérica (creo que deliberadamente, para poder encajar en el precepto una amplia variedad de supuestos de hecho), en la práctica se traduce en el deber del poseedor de soportar las incomodidades y perjuicios que se deriven directamente del ejercicio del derecho de acceso. No obstante, en su caso, de superarse los límites de lo que sea normalmente tolerable, habría que indemnizar al poseedor los daños y perjuicios que se le irroguen. En definitiva, los actos que realice el autor deben ser los necesarios e indispensables para el ejercicio del derecho de acceso, con la finalidad prevista en cada caso (ejercitar el derecho de divulgación o cualquier otro que le corresponda). Debe actuar, pues, de la forma más adecuada para conseguir la finalidad que corresponda y, a la vez, de la manera menos incómoda y lesiva para el poseedor.

Lograr un adecuado equilibrio entre el derecho de acceso del autor, y la menor incomodidad o lesividad para el poseedor, puede resultar difícil y habrá que estar a cada caso concreto. Así, supuesto un uso *civiliter*, parece que debe tener prioridad la utilidad que pretende conseguir el autor sobre las incomodidades y perjuicios que el ejercicio del derecho de acceso puede irrogar al poseedor. No obstante, si el ejercicio de este derecho le resulta especialmente gravoso o incómodo, el poseedor puede exigir las modificaciones que estime convenientes en cuanto a la forma y lugar de dicho acceso. Y finalmente, si efectivamente se le causan daños y perjuicios, podrá pedir la indemnización de los mismos.

El poseedor de la obra no puede oponerse arbitrariamente al ejercicio de este derecho por el autor. Y en caso de que así sucediera, podría el autor hacer valer su derecho ante los Tribunales. Lo mismo puede decirse en caso de que el poseedor obstaculice de algún modo el ejercicio del derecho de acceso. No obstante, el poseedor sí puede exigir que el derecho se ejercite en lugar y forma diferentes a las proyectadas por el autor,

En sede de servidumbres, se refieren expresamente a que esta exigencia de un uso *civiliter* es una aplicación del principio de buena fe del art. 7.1 CC, las SSTS 16 julio 1992 (RJ 1992, 6619), 27 abril 1994 (RJ 1994, 3081), 10 febrero 2011 (RJ 2011, 1825). *Vid.*, además, las SSTS 7 abril 2006 (RJ 2006, 5326), 22 noviembre 2007 (RJ 2007, 8121), 5 abril 2018 (RJ 2018, 1418). También se refiere al *usus civiliter* como expresión del principio de buena fe del art. 7.1 CC, ROCA JUAN, J., «Comentario a los arts. 530 a 608», en ALBALADEJO (Dir.), *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, VII-2º, 2ª ed., Edersa, Madrid, 1990, p. 92; y CLEMENTE MEORO, M., «Contenido activo de las servidumbres: uso *civiliter*, facultades accesorias, obras necesarias», en CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G. (Dir.), *Tratado de servidumbres*, La Ley – Wolters Kluwer, Madrid, 2015, p. 665.

de manera que el acceso a la obra le provoque menores incomodidades (siempre que con ello no impida el acceso).

Paralelamente, ante un ejercicio abusivo del derecho de acceso por parte del autor, no me cabe duda de que quien tiene la obra en su poder, en cuanto poseedor, puede utilizar en su defensa los medios previstos en la LEC para la tutela sumaria de la posesión (arts. 250.1.4.º, 439 y 447.2.º LEC)⁸⁰.

7. LA INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS AL POSEEDOR DEL EJEMPLAR ÚNICO O RARO

El art. 14.7.º TRLPI se refiere a la necesidad de indemnizar, en su caso, al poseedor de la obra por los daños y perjuicios que se le irroguen como consecuencia del ejercicio del derecho de acceso. La expresión utilizada por el legislador («en su caso») no deja dudas, a mi juicio, en cuanto a que el ejercicio del derecho de acceso por el autor no genera sin más un derecho a ser indemnizado: sólo son indemnizables los daños y perjuicios *efectivamente* causados. Ello quiere decir que las meras molestias que se puedan irrogar al poseedor no son indemnizables. Ciertamente el precepto se refiere a que el acceso a la obra debe llevarse a cabo en la forma que ocasione menos incomodidades al poseedor. Este podrá por consiguiente señalar tanto el lugar como la forma de acceso que mejor le convenga, u oponerse a que se lleve a efecto en una forma propuesta por el autor que él estime inconveniente. Pero siempre que estemos ante un ejercicio *civiliter* del derecho de acceso, no habrá lugar a indemnización. Así, en el caso de que el acceso consista exclusivamente en fotografiar una pintura del autor, para incluirla en un catálogo.

Conviene advertir que la regulación del art. 14.7.º TRLPI nada tiene que ver con los posibles daños que se irroguen al autor como consecuencia de la negativa del poseedor a que se ejercite el derecho de acceso. No es que estos daños no sean indemnizables; pero lo son al margen del régimen previsto en este precepto. Destaco lo anterior porque algunos autores estudian el derecho de acceso al ejemplar raro y único de una obra como uno de

⁸⁰ Aunque nada tiene que ver con el supuesto en estudio, cabe destacar que la doctrina ha admitido el ejercicio de los interdictos de retener y recobrar la posesión frente la Administración cuando la ocupación temporal de los terrenos se realiza sin las formalidades establecidas en la LEF. Así, PERA VERDAGUER, F., *Expropiación forzosa*, 3ª ed., Bosch, Barcelona, 1987, p. 592.

los supuestos en que se puede irrogar al autor un daño moral, y sobre todo patrimonial, como consecuencia de la negativa al acceso por el poseedor de la obra⁸¹. La confusión puede igualmente provenir del dato de que, en ocasiones, el ejercicio del derecho de acceso se realiza para comprobar el estado de una obra (plástica o fotográfica) o si el soporte se ha deteriorado y, una vez detectados los daños producidos, reclamar los mismos⁸².

Sin embargo, la indemnización de este tipo de daños, irrogados al titular de los derechos reconocidos en el TRLPI, tiene una regulación específica en su art. 140. Los daños a que se refiere el art. 14.7.º TRLPI, insisto, nada tienen que ver con los daños que puedan causarse al autor: son los daños que puede sufrir el poseedor de la obra como consecuencia del ejercicio del derecho de acceso.

Aclarado lo anterior, conviene advertir que el ejercicio del derecho de acceso no constituye *per se* un daño indemnizable. Podrá provocar, según los casos, un daño emergente y un lucro cesante. Dentro del daño emergente se incluirá toda pérdida económica que el poseedor de la obra haya sufrido como consecuencia del ejercicio del derecho de acceso, incluidos los daños de indemnidad en caso de destrucción o deterioro de la obra de su propiedad⁸³, así como costes que conlleve la reparación o restauración de la obra, y la depreciación que pueda experimentar ésta en el mercado (aunque no se deba a un deterioro material, sino al mal uso de la obra durante el acceso). También estarán incluidos los costes del incumplimiento del poseedor de la obra con terceros como consecuencias del ejercicio regular o irregular del derecho de acceso. La simple incomodidad que experimente el poseedor no es, en cambio, un daño indemnizable, sin perjuicio de que pueda exigir que el acceso se realice en la forma que le ocasione menos incomodidades.

⁸¹ Así, YZQUIERDO TOLSADA, M. – ARIAS MÁIZ, V., *Daños y perjuicios en la propiedad intelectual*, Trama Editorial, Madrid, 2006, pp. 35 y ss., en el ejemplo de un pintor que en los inicios de su carrera ha vendido los originales de su obra sin enajenar los derechos de explotación, y que más tarde decide su explotación a través de la realización de postales, consideran que si el poseedor del ejemplar raro le deniega el acceso al autor le provoca un daño fundamentalmente patrimonial: el lucro cesante por la pérdida de beneficios y un posible daño emergente, por la ruptura del contrato que tuviera firmado con un tercero al efecto de realizar tal explotación.

⁸² Así, en el caso resuelto por la SAP de Barcelona (Sección 15.ª) 29 septiembre 2000 (JUR 2001, 19424).

⁸³ ORTEGA DOMÉNECH, *Obra plástica...*, cit., pp. 428 y ss., pone como ejemplo la tela de un cuadro que se rasga al ser trasladado, o el brazo de una estatua que se parte al tomar las medidas para su reproducción.

El lucro cesante es la ganancia neta que el poseedor de la obra deje de obtener como consecuencia del ejercicio del derecho de acceso. Así sucederá en los casos en que el poseedor de la obra deje de obtener unos ingresos que venía obteniendo con anterioridad por no poder exponer la obra. Por ello, no podrá reclamar un lucro cesante quien tiene la obra en sus dependencias para su exclusiva contemplación. También podría incluirse como lucro cesante el importe de la reventa de la obra que se hubiera concertado con anterioridad, en caso de que se vea frustrada por su deterioro o destrucción. Tanto el daño emergente como el lucro cesante habrán de ser probados por el poseedor de la obra al igual que la relación de causalidad con la conducta del autor, todo ello conforme a la regla general que recoge el art. 217.2 LEC. Respecto al lucro cesante hay que tener en cuenta el criterio restrictivo con el que la jurisprudencia ha afrontado en muchas ocasiones la demostración de la realidad de la ganancia frustrada (sobre todo cuando es el resultado de un juicio de probabilidad y no de certidumbre). Ello se ha justificado en la idea de excluir la indemnización de eventuales futuros daños basados en expectativas irreales o fantasiosas del perjudicado. No obstante, como destaca PARRA LUCÁN en la jurisprudencia se aprecia un cambio en el sentido de que, para el lucro cesante, la certeza del daño debe sustituirse por un juicio jurídico de probabilidad objetiva referido a las ganancias que se hubieran producido atendiendo al curso normal de las cosas y a las circunstancias especiales del caso concreto. Por ello, para acreditar que existe lucro cesante lo habitual será admitir la prueba de presunciones del art. 386.1 LEC⁸⁴.

Conviene, no obstante, aclarar la situación en aquellos casos en que autor y poseedor hayan llegado a algún tipo de acuerdo sobre la manera de ejercer el derecho de acceso, que pueda tener naturaleza contractual (*v.gr.*, conviniendo algún tipo de remuneración económica al poseedor, en función del tiempo del que podría verse privado de la obra, o de las molestias que se le puedan causar). En estos casos cabría utilizar la acción de cumplimiento por ambas partes, de modo que la contraprestación acordada, a pagar por el autor, no sería lucro cesante, sino que debería reclamarse como acción de cumplimiento. Además, a efectos de determinar el daño indemnizable al poseedor, la responsabilidad del autor se funda en el incumplimiento o cumplimiento defectuoso, y será el propósito práctico reflejado en el acuerdo el que sirva para determinar si existió incumplimiento y qué daños son exigibles por ese incumplimiento.

⁸⁴ PARRA LUCÁN, M.A., «La indemnización del lucro cesante», *RDP*, núm. 1, 2019, pp. 82 y ss.

Lo que no parece de recibo es acudir a criterios por completo ajenos al supuesto de hecho previsto en el art. 14.7.^a TRLPI, para regular el tipo de indemnización y su cuantía. Así, MARTÍNEZ ESPÍN⁸⁵ considera que el procedimiento adecuado para determinar la indemnización es, por aplicación analógica, el previsto para la expropiación en la LEF de 16 de diciembre de 1954 (arts. 108 a 119), y en el Reglamento para el desarrollo de la citada Ley, aprobado por Decreto de 26 de abril de 1957 (arts. 125 a 132), en ambos casos dentro de la regulación de la «indemnización por ocupación temporal». Este autor se refiere, en concreto, a la ocupación temporal «con objeto de llevar a cabo estudios o practicar operaciones facultativas de corta duración», etc., que prevé el art. 108.1 LEF. Personalmente no termino de ver la analogía con esta normativa administrativa, sobre todo porque sólo resulta aplicable referida a la Administración, así como a las personas o entidades que se hubieran subrogado en sus derechos, y lo que se regula es que únicamente podrán ocupar temporalmente los terrenos propiedad del particular en determinados casos. Tampoco me parece trasladable (aunque se apele a las «salvedades oportunas» o «en la medida de lo posible») el procedimiento para declarar la necesidad de ocupación de los bienes de los arts. 15 a 23 LEF (que requieren la previa declaración de utilidad pública o interés social), y mucho menos las reglas procedimentales para la determinación del justo precio (arts. 24 a 47 LEF). Creo que una lectura, incluso superficial, de estos preceptos, basta para rechazar la existencia de cualquier analogía o parecido con el derecho previsto en el art. 14.7.^o TRLPI.

En realidad, la ocupación temporal regulada en la LEF tiene naturaleza expropiatoria, y encaja en la institución genérica regulada en el art. 1 LEF, pues conlleva una expropiación provisional de la posesión de un bien inmueble⁸⁶. Ciertamente la ocupación tiene carácter instrumental, frente a la expropiación definitiva y plena, en la que la adquisición de los bienes constituye un fin en sí mismo. Pero la temporalidad resulta esencial pues, si no está garantizada, obliga a la expropiación del bien (art. 117 LEF), y además, porque el carácter temporal de la ocupación tiene una influencia decisiva en la determinación de la indemnización expropiatoria⁸⁷.

⁸⁵ MARTÍNEZ ESPÍN, P., «Comentario al art. 14», cit., pp. 254 y ss.

⁸⁶ ESCUÍN PALOP, V., *Comentarios a la Ley de Expropiación Forzosa*, 3^a ed., Thomson-Civitas, Madrid, 2008, pp. 895 y ss.; TOLÍVAR ALAS, L., «Comentario a los arts. 108 a 120», en SOSA WAGNER, F. (Dir.), *Comentarios a la Ley de Expropiación Forzosa*, 2.^a ed., Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2003, pp. 462 y ss.

⁸⁷ ESCRIBANO COLLADO, P., «Ocupación temporal», *RAP*, núm. 106, 1985, p. 74.

Tampoco encaja en nuestro supuesto la regulación de los conceptos que se consideran indemnizables en las ocupaciones temporales del art. 115 LEF. Este precepto únicamente puede tomarse en consideración en la medida en que encierra un principio general de derecho referido a lo que es indemnizable (daño emergente y lucro cesante), que aparece igualmente en otras normas jurídicas⁸⁸. Y entiendo que mucho menos aplicable resulta, como propone el autor citado⁸⁹, la solución del art. 110 LEF, en el sentido de que los perjuicios que se puedan causar al poseedor de la obra se fijen por unos peritos designados por éste y el autor, aplicándose en caso de no llegar a una avenencia lo previsto en dicho precepto (que dispone que los perjuicios sean tasados «por el Alcalde o persona en quien éste hubiera delegado sus facultades»).

En realidad, salvo que el autor y el poseedor de la obra lleguen a algún tipo de acuerdo, los daños se fijarán con arreglo a los criterios generales, aplicando en su caso a la ejecución lo previsto en los arts. 712 y ss. de la LEC

8. EJERCICIO *POST MORTEM* DEL DERECHO DE ACCESO

Ya hemos visto cómo la ubicación sistemática del derecho de acceso dentro de los derechos morales de los autores es objeto de crítica por la doctrina. Además de lo anterior, la crítica se extiende al hecho de que en el art. 15 TRLPI no se mencione el derecho de acceso dentro de los derechos de posible ejercicio *post mortem*. Como destaca CAFFARENA, resulta sorprendente que no se aluda a la facultad del acceso en el art. 15 de la Ley. Parece lógico que las facultades de modificación y de retirada de la obra del comercio no sean mencionadas en dicho precepto; pero

⁸⁸ Por otro lado, el art. 115 LEF prevé que la valoración de la ocupación temporal nunca puede superar el valor real de la finca, lo que no tiene sentido en nuestro caso. Y además, los criterios para fijar las indemnizaciones tienen una peculiaridades que tampoco son trasladables a supuesto del derecho de acceso. Así, el *quantum* de la compensación no está en función ni depende del valor del terreno ocupado (o en su caso expropiado), sino que por el contrario viene determinado por las rentas que podría haber percibido de no tener lugar la ocupación (o expropiación). *Vid.*, entre otras, la STS (Sala de los Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª) 19 diciembre 2007 (RJ 2007, 581), STSJ Madrid (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª) 18 febrero 2016 (RJCA 2016, 438) y STSJ Cataluña (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.ª) 24 noviembre 2017 (RJCA 2018, 326).

⁸⁹ MARTÍNEZ ESPÍN, «Comentario al art. 14», p. 255.

que, concediéndose a las personas en él citadas la posibilidad de ejercer el derecho de divulgación, no les corresponda el ejercicio de la facultad de acceso a la obra resulta difícilmente admisible⁹⁰. Con unos u otros argumentos esta crítica es mayoritaria entre los autores⁹¹.

Desde luego, si nos atenemos a la literalidad de los arts. 15 y 16 TRLPI, el derecho de acceso no es transmisible: no se prevé expresamente en la ley un ejercicio del derecho de acceso *post mortem auctoris*. Ello no plantea especiales problemas para quienes admiten sin reservas el carácter moral del derecho de acceso, al considerar que, en cuanto derecho personalísimo, no sobrevive al autor⁹².

Pero si tenemos en cuenta el carácter instrumental que caracteriza el derecho de acceso, lo lógico es plantearse que se pueda ejercer *mortis causa* en las mismas condiciones que los otros derechos morales para los cuales la LPI sí prevé esta posibilidad. En definitiva, el carácter instrumental significa que el derecho de acceso es un medio para el ejercicio de otros derechos, tanto morales como patrimoniales. Por ello, si los derechos patrimoniales son transmisibles *mortis causa* y, cuando la obra se encuentra en manos de un tercero, el derecho de acceso es la única posibilidad de ejercitarlos, debe reconocerse el derecho de acceso a los derechohabientes.

No obstante, el art. 15 TRLPI solo reconoce la legitimación para el ejercicio de determinados derechos morales tras la muerte del autor. El precepto, cuya rúbrica genérica es «Supuestos de legitimación *mortis causa*», dice literalmente:

«1. Al fallecimiento del autor, el ejercicio de los derechos mencionados en los apartados 3.º y 4.º del artículo anterior corresponde, sin límite de tiempo, a la persona natural o jurídica a la que el autor se lo haya confiado expresamente por disposición de última voluntad. En su defecto, el ejercicio de estos derechos corresponderá a los herederos.

2. Las mismas personas señaladas en el número anterior y en el mismo orden que en él se indica, podrán ejercer el derecho previsto en el apartado

⁹⁰ CAFFARENA LAPORTA, «Comentario al art. 14 LPI», cit., p. 296.

⁹¹ RAMS, «Comentario a los arts. 14 a 16», cit., pp. 343 y ss., y *Siete estudios...*, cit., pp. 79 y ss.; HUALDE, «El derecho moral...», cit., p. 60; BONDÍA, «Comentario a los arts. 14 a 19 LPI», p. 83; GONZÁLEZ LÓPEZ, *El derecho moral...*, cit., p. 223; MARÍN LÓPEZ, *El conflicto...*, cit., pp. 229 y ss.; ROGEL VIDE, «El derecho...», cit., pp. 709 y ss., y *Estudios...*, cit., pp. 83 y ss.; SERRANO GÓMEZ, «El derecho de acceso...», cit., p. 131; PLAZA PENADÉS, «Comentario a los arts. 14 a 16», cit., 144.

⁹² FERNÁNDEZ-NÓVOA RODRÍGUEZ, C, «El derecho moral de los autores», *ADI*, XII, 1987-1988, p. 21.

1.º del artículo 14, en relación con la obra no divulgada en vida de su autor y durante un plazo de setenta años desde su muerte o declaración de fallecimiento, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 40»

Son muy diversas las posiciones adoptadas en torno a la transmisibilidad del derecho moral de autor. El art. 15 TRLPI elude el término *transmisión* y habla del *ejercicio* de los derechos. En la doctrina hay autores que defienden que las facultades morales se transmiten *mortis causa*, otros que se produce un transformación del derecho de autor, otros que se extinguen y nacen nuevos derechos, o que tras su extinción se confiere a determinadas personas una especial legitimación para su ejercicio⁹³.

Pero centrados en el derecho de acceso, al discutirse su naturaleza jurídica y negar su configuración como un derecho moral, la cuestión permite un enfoque diferente. Como destaca RAMS ALBESA⁹⁴, a la hora de intentar resolver cómo se regula la transmisión *mortis causa* de los derechos recogidos en el art. 14 TRLPI, cabe plantear dos posibles posturas:

1) Los arts. 15 y 16 TRLPI se limitan a establecer una reglas particulares en cuanto a determinados derechos de los mencionados en el art. 14 (art. 14, núm. 1º, 3º y 4º), considerando que los demás se rigen por las reglas generales de la sucesión, adecuándolos a las especificidades propias de la propiedad intelectual.

2) Entender, en conexión con el art. 42 TRLPI, que los demás derechos del art. 14, que no están expresamente citados en el art. 15, se extinguen con la muerte del autor y no forman parte del haber hereditario.

Los antecedentes parlamentarios parecen inclinar la balanza hacia esta segunda postura. Así, a través de una enmienda se pretendió introducir una referencia expresa al derecho de acceso, modificando el precepto en el siguiente sentido: «Al fallecimiento del autor, el ejercicio de las facultades mencionadas en los apartados 3.º, 4.º y 7.º del artículo anterior corresponde, sin límite de tiempo, a la persona física o jurídica a la que el autor las haya encomendado expresamente en cualquiera de las formas admitidas en derecho y, en su defecto, a los herederos testamentarios o abintestato». La justificación que se ofrecía era: «Acceder al ejemplar raro o único es facultad que debe atribuirse a la persona en quien el autor confía o en sus parientes más interesados»⁹⁵.

⁹³ La cuestión excede de los límites de este trabajo. Trata ampliamente el tema CÁMARA ÁGUILA, *El derecho moral...*, cit., pp. 81 y ss.

⁹⁴ RAMS ALBESA, «Comentario a los arts. 14 a 16», cit., pp. 336 y ss.

⁹⁵ Enmienda núm. 224 del Grupo Coalición Popular. Cfr. *BOCG*, Congreso de los Diputados, Serie A, Proyectos de Ley, núm. 14-6, de 11 de febrero de 1987, p. 94.

No obstante, el argumento no es concluyente. En el discurso de rechazo a esta enmienda se afirma que la cuestión es «discutible», y que «la transmisibilidad de los derechos morales no debe hacerse alegremente, sino con un carácter serio respecto a aquellos elementos que son merecedores, sin discusión, de respeto absoluto, y que no se puede degradar ese derecho moral *haciendo que los herederos tengan unas facultades que, indudablemente, no van a necesitar en la mayoría de los casos* y que son claramente facultades de confianza de la persona individual del autor»⁹⁶. El problema es precisamente que el derecho de acceso sí se va a necesitar en la mayor parte de los casos por los herederos, o las personas a las que el autor haya confiado expresamente por disposición de última voluntad el ejercicio de sus derechos.

El realidad, el carácter instrumental del derecho de acceso, tanto para el ejercicio de derechos morales como patrimoniales, conduce a admitir su ejercicio *post mortem* por parte de los derechohabientes⁹⁷. Como destaca SERRANO GÓMEZ, la posibilidad de ejercicio del derecho de acceso tras

Se planteó igualmente otra enmienda que proyectaba ampliar la posibilidad de transmisión *mortis causa* a todos los derechos morales. Me refiero a la enmienda núm. 5 de Agrupaciones de Independientes de Canarias (Grupo Mixto). Se pretendía la completa sustitución del texto del art. 15 por el siguiente: «Al fallecimiento del autor, corresponde a sus causahabientes el ejercicio de las facultades contempladas en el artículo anterior, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 40. De no existir causahabientes, el Estado y las instituciones públicas de carácter cultural estarán legitimados para ejercer aquellas facultades». Según la justificación de esta enmienda: «Es mejor una referencia genérica al causahabiente, heredero, legatario, albacea testamentario o encargado de cumplir la última voluntad del autor, lo que se compagina mejor con el Derecho Civil común». Cfr. BOCG, Congreso de los Diputados, cit., núm. 14-6, p. 36

⁹⁶ Vid. Discurso del Sr. DEL POZO I ÁLVAREZ en *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, Comisiones, III Legislatura, Comisión de Educación y Cultura, núm. 128, correspondiente a la sesión celebrada el 12 de mayo de 1987, pp. 4826-4827. La argumentación completa dice lo siguiente: «Respecto a la parte de la enmienda 224, que ha defendido el señor Huidobro, entendemos que conviene mantener la previsión del párrafo 7.º del artículo 14 exclusivamente para el autor, puesto que el acceso al ejemplar único o raro de la obra nos parece una cuestión de confianza muy personalizada respecto al individuo autor, que debe restringirse, o no debe hacerse extensivo, a sus herederos. Evidentemente *es una apreciación discutible*, como todas, pero creemos que la transmisibilidad de los derechos morales no debe hacerse alegremente, sino con un carácter serio respecto a aquellos elementos que son merecedores, sin discusión, de respeto absoluto, y que no se puede degradar ese derecho moral *haciendo que los herederos tengan algunas facultades que, indudablemente, no van a necesitar en la mayoría de los casos* y que son, muy claramente, facultades de confianza de la persona individual del autor» [la cursiva es mía]

⁹⁷ ROGEL VIDE, «El derecho...», cit., pp. 709 y ss., y *Estudios...*, cit., pp. 83 y ss.

la muerte del autor se justifica en la medida de que se trata de un derecho instrumental dirigido a hacer efectiva la divulgación, no realizada en vida, así como los derechos patrimoniales mientras subsistan. Si los derechos patrimoniales siguen existiendo tras el fallecimiento del autor y éste no puede ejercitar el derecho de acceso que los posibilita, aquéllos quedarían anulados salvo que se reconociera a los herederos la facultad ejercerlo. Lo mismo cabría decir del derecho de paternidad o a la integridad de la obra, pues su exigibilidad y respeto, una vez muerto el autor, puede requerir el acceso material a la obra por los causahabientes para comprobar que no se están produciendo infracciones a los mismos⁹⁸.

En este sentido se puede constatar entre los diferentes autores que, a pesar de que se mantenga un criterio diferente en cuanto al ejercicio *post mortem* de los derechos morales, o de determinados derechos morales (dentro de los que recoge el art. 14 TRLPI), se termina admitiendo al menos que el derecho de acceso es susceptible de ser ejercitado *mortis causa* en las mismas condiciones que los derechos morales para los que se prevé legalmente tal posibilidad. Así, ALBALADEJO y BERCOVITZ, en cuanto a los derechos de divulgación y explotación de la obra, consideran que debe admitirse el acceso cuando ello sea razonable para el ejercicio de los mencionados derechos, de manera que estarán legitimados para solicitar el acceso al ejemplar único quienes lo estén para el ejercicio de los derechos de divulgación (arts. 15 y 16 TRLPI), o los que sean titulares del derecho de explotación tras la muerte del autor⁹⁹.

Lleva razón MARÍN LÓPEZ cuando, refiriéndose al derecho de divulgación, afirma que no se puede negar el ejercicio *post mortem* del derecho de acceso. Cuando el interés de los legitimados de los arts. 15 y 16 consiste en divulgar la obra inédita del autor, esa pretensión de divulgación prevalece sobre el interés puramente patrimonial del propietario¹⁰⁰. Esto es lo que ocurrió con los diarios de Manuel Azaña que sus herederos pretendían publicar. Sin entrar en el debate en torno a la propiedad de

⁹⁸ SERRANO GÓMEZ, «El derecho de acceso...», cit., p. 132.

⁹⁹ ALBALADEJO y BERCOVITZ «Comentario a los arts. 15 y 16», en BERCOVITZ (Dir.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 1ª ed., Tecnos, Madrid, 1989, p. 318. En parecido sentido, CÁMARA ÁGUILA, *El derecho moral...*, cit., p. 46; y MARÍN LÓPEZ, *El conflicto...*, cit., pp. 230 y ss. Para PLAZA PENADÉS, Comentario a los arts. 14 a 16», cit., p. 142, el derecho de acceso, como derecho personalísimo, se extingue con la muerte, pero el mismo derecho de acceso tienen los herederos o la autoridad pública, aunque sólo cuando pretenden divulgar una obra inédita y en virtud de lo dispuesto en los arts. 15.2 y 40 TRLPI (que son concreción del derecho de acceso a la cultura del art. 44 CE).

¹⁰⁰ MARÍN LÓPEZ, *El conflicto...*, cit., p. 231.

los mismos, en el Dictamen de los Servicios Jurídicos del Estado se llega a la conclusión de que la propiedad material debe reputarse a favor del Estado, pero se añade: «Junto a ello se han reconocido los derechos de propiedad intelectual de los herederos de don M. A. y, por tanto, si éstos reclaman esos derechos, deberán otorgárseles. Para ello deberá arbitrarse cualquier fórmula que permita el ejercicio de estos derechos de propiedad intelectual por su parte, manteniendo la propiedad material de los diarios por parte del Estado. Así, podría ser una fórmula plenamente acorde con todos los derechos en juego la reproducción de los diarios, para que los herederos pudieran utilizar todos los derechos derivados de la propiedad intelectual que les corresponden»¹⁰¹.

Es decir se reconoce el derecho de acceso en favor de los herederos del autor (con un alcance mayor que el previsto en la LPI). Y además se menciona la forma en que se va a materializar el derecho de acceso: no al ejemplar original manuscrito, sino a una reproducción del mismo.

Teniendo en cuenta la amplitud con la que estamos enfocando el derecho de acceso, una última cuestión es si puede ejercitarse el derecho de acceso una vez que la obra ha caído en el dominio público. La respuesta debe ser claramente negativa, ya que no tendría sentido el acceso a un ejemplar raro o único por cualquiera que pretendiera la utilización de la obra¹⁰².

9. BIBLIOGRAFÍA

ALBALADEJO GARCÍA, Manuel – BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, «Comentario a los arts. 15 y 16», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (Dir.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 1ª ed., Tecnos, Madrid, 1989, pp. 298-319.

ÁLVAREZ ALARCÓN, Arturo, *Las diligencias preliminares del proceso civil*, J.M. Bosch Editor, Barcelona, 1997.

¹⁰¹ *Vid.* Dictamen de la Dirección del Servicio Jurídico del Estado de 22 de enero de 1997 (G. 1/97). Ponente: Don José Manuel Gutiérrez Delgado. Subdirector General del Gabinete de Estudios. El Dictamen se puede consultar en https://www.boe.es/buscar/anales_abogacia/ANALES_97_0034.pdf (fecha de consulta 30-5-2019). Los Diarios se publicaron en 1997, por la Editorial Crítica, bajo el título «Diarios, 1932-1933. Los cuadernos robados».

¹⁰² CÁMARA ÁGUILA, *El derecho moral...*, cit., p. 47; SERRANO GÓMEZ, «El derecho de acceso...», cit., p. 33. En contra ROGEL VIDE, «El derecho...», cit., p. 710, y *Estudios...*, cit., p. 84.

- ANGUITA VILLANUEVA, Luis Antonio, *El derecho de propiedad privada en los bienes de interés cultural*, Dykinson, Madrid, 2001.
- BANACLOCHE PALAO, Julio, *Las diligencias preliminares*, Thomson Civitas, Madrid 2003.
- BAYLOS CORROZA, Hermenegildo, *Tratado de Derecho Industrial. Propiedad Industrial. Propiedad Intelectual. Derecho de la competencia económica. Disciplina de la competencia desleal*, 2ª ed., Civitas, Madrid, 1993.
- BERCOVITZ ÁLVAREZ, Germán, *Obra plástica y derechos patrimoniales de su autor*, Tecnos, Madrid, 1997.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., «Comentario a la STS de 20 de febrero de 1998. Derechos sobre boceto original de escultura; derecho de propiedad sobre el soporte material; derechos de autor de explotación; derecho moral de autor sobre la divulgación. ejercicio del mismo *post mortem auctoris*», *CCJC*, núm. 46, 1998, pp. 415-436.
- BONDÍA ROMÁN, Fernando, «Comentario a los arts. 14 a 19 LPI», en RODRÍGUEZ TAPIA, José Miguel – BONDÍA ROMÁN, Fernando, *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Civitas, Madrid, 1997, pp. 67-108.
- CAFFARENA LAPORTA, Jorge, «Comentario al art. 14 LPI», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (Dir.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 1ª ed., Tecnos, Madrid, 1989, pp. 265-297.
- CÁMARA ÁGUILA, María del Pilar, *El derecho moral del autor (con especial referencia a su configuración, y ejercicio tras la muerte del autor)*, Comares, Granada, 1998.
- CASTILLA BAREA, Margarita, «Notas sobre los derechos del compositor de la letra y la música flamenca: sus derechos morales y patrimoniales y la tensión entre ellos. Ejercicio de los derechos después de la muerte del autor», en CASTILLA BAREA, M. (Coord.), *El flamenco y los derechos de autor*, Reus, Madrid, 2010. pp. 77-142.
- CASTRILLO SANTAMARÍA, Rebeca, *La preparación del proceso civil: las diligencias preliminares*, Bosch Editor, Barcelona, 2018.
- CLEMENTE MEORO, Mario, «Contenido activo de las servidumbres: uso *civiliter*, facultades accesorias, obras necesarias», en CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, Guillermo (Dir.), *Tratado de servidumbres*, La Ley – Wolters Kluwer, Madrid, 2015, pp. 641-700.
- CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ, José Luis, «Los derechos del autor sobre la obra plástica», en VV.AA., *La protección de la propiedad intelectual*, Cuadernos de Derecho Judicial, XIII-2001, CGPJ, Madrid, 2001, pp. 35-82.
- DELGADO PORRAS, Antonio, «La nueva Ley española de propiedad intelectual», *Revue Internationale de Droit d'Auteur*, núm. 138, 1988, pp. 199-285.
- DÍAZ MARTÍNEZ, Manuel, «Comentario a los arts. 256 a 263 LEC», en GIMENO SENDRA, Vicente (Dir.), *Proceso civil práctico, II, vol. 2º (arts. 248 a 396)*, Thomson Reuters – Aranzadi, Cizur Menor, 2018, pp. 603-669.
- DIETZ, Adolf, *El derecho de autor en España y Portugal*, Colección Análisis y Documentos, núm. 1, Ministerio de Cultura, Madrid, 1992.

- ESCRIBANO COLLADO, Pedro, «Ocupación temporal», *Revista de Administración Pública*, núm. 106, 1985, pp. 57-96.
- ESCUÍN PALOP, Vicente, *Comentarios a la Ley de Expropiación Forzosa*, 3ª ed., Thomson-Civitas, Madrid, 2008.
- ESPÍN CÁNOVAS, Diego, *Las facultades del derecho moral de los autores y artistas*, Civitas, Madrid, 1991.
- FERNÁNDEZ-NÓVOA RODRÍGUEZ, Carlos, «El derecho moral de los autores», *Actas de Derecho Industrial*, XII, 1987-1988, pp. 17-36.
- GALÁN CORONA, Eduardo, «Comentario al art. 3», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Dir.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 4ª ed., Tecnos, Madrid, 2017, pp. 38-67.
- GARBERÍ LLOBREGAT, José, *Las diligencias preliminares en la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Bosch, Barcelona, 2009.
- GARCÍA RUBIO, María Paz, «El concepto de obra audiovisual en el artículo 86 y concordantes de la Ley de Propiedad Intelectual», en ROGEL VIDE, Carlos (Coord.), *Creaciones audiovisuales y Propiedad Intelectual. Cuestiones puntuales.*, Aisge-Reus, Madrid, 2001, pp. 17-29.
- GONZÁLEZ GOZALO, Alfonso, *La propiedad intelectual sobre la obra audiovisual*, Comares, Granada, 2001.
- GONZÁLEZ LÓPEZ, Marisela, *El derecho moral de autor en la Ley española de propiedad intelectual*, Marcial Pons, Madrid, 1993.
- HUALDE SÁNCHEZ, José Javier, «El derecho moral del artista plástico», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Alberto (Coord.), *Derechos del artista plástico*, Aranzadi, Pamplona, 1996, pp. 19-65.
- «Comentario al art. 56», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Dir.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 4ª ed., Tecnos, Madrid, 2017, pp. 987-995.
- MARÍN LÓPEZ, Juan José, *El conflicto entre el derecho moral del autor del artista plástico y el derecho de propiedad sobre la obra*, Thomson – Aranzadi, Cizur Menor, 2006.
- MARTÍNEZ ESPÍN, Pascual, «Comentario al art. 14», », en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 4ª ed., Tecnos, Madrid, 2017, pp. 227-256.
- MAYOR DEL HOYO, María Victoria, *El derecho de autor sobre las obras cinematográficas en el Derecho español*, Colex, Madrid, 2002.
- NAVAS NAVARRO, Susana, «Comentario al art. 543 CC», en DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés, *Comentarios al Código civil*, Lex Nova, Valladolid, 2010, pp. 670-671.
- ORTEGA DOMÉNECH, Jorge, *Obra plástica y derechos de autor*, Reus, Madrid, 2000.
- PARRA LUCÁN, María Ángeles, «La indemnización del lucro cesante» *Revista de Derecho Privado*, núm. 1, 2019, pp. 75-104.
- PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, Manuel, «Comentario a los arts. 428 y 429 CC», en ALBALADEJO GARCÍA, M. (Dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, V-2º, Edersa, Madrid, 1985, pp. 711-849.

- PERA VERDAGUER, Francisco, *Expropiación forzosa*, 3ª ed., Bosch, Barcelona, 1987.
- PÉREZ DE CASTRO, Nazareth, *Las obras audiovisuales: panorámica jurídica*, Reus, Madrid, 2001.
- PLAZA PENADÉS, Javier, «Titularidad de los derechos de autor sobre la obra y del derecho de propiedad sobre el soporte. Comentario a la Sentencia del TS de 20 febrero 1998 (RJ 1998, 971)», *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 1, 1998 pp. 531-534.
- «Comentario a los arts. 14 a 16», en RODRÍGUEZ TAPIA, José Miguel (Dir.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Thomson – Civitas, Cizur Menor, 2007, pp. 123-147.
- «Comentario al art. 3 LPI», en PALAU RAMÍREZ, Felipe – PALAU MORENO, Guillermo (Dir.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 95-112.
- RAMS ALBESA, Joaquín, «Comentario a los arts. 14 a 16», en ALBALADEJO GARCÍA, Manuel – DÍAZ ALABART, Silvia (Dir.), *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, Tomo V, vol. 4º-A, Edersa, Madrid, 1994, pp. 302-351.
- *Siete estudios sobre el derecho de autor y la propiedad intelectual*, Reus, Madrid, 2010.
- RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco, «Reproducción de la obra plástica propiedad de museos y colecciones privadas», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 662, 1994, pp. 1149-1198.
- ROBERT GUILLÉN, Santiago, *Alta cocina y derecho de autor*, Reus, Madrid, 2017.
- ROCA JUAN, Juan, «Comentario a los arts. 530 a 608», en ALBALADEJO GARCÍA, Manuel (Dir.), *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, VII-2º, 2ª ed., Edersa, Madrid, 1990, pp. 1-278.
- RODRÍGUEZ TAPIA, José Miguel, «Siete derechos en busca de autor. La nueva Ley de Propiedad Intelectual de 11 de noviembre de 1987», *Anuario de Derecho Civil*, vol. 41, 1988, pp. 233-326.
- «Comentario al art. 56», en RODRÍGUEZ TAPIA, J.M. (Dir.), *Comentarios a Ley de Propiedad Intelectual*, Thomson-Civitas, Madrid, 2007, pp. 405-410.
- ROGEL VIDE, Carlos, «Derechos de autor y propiedad de la cosa material a que está incorporada la creación intelectual. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Primera) de 5 de febrero 1998», *Revista de Derecho Privado*, 2000, pp. 81-89.
- «El derecho de acceso del autor a su obra», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 4, 2010, pp. 695-716.
- *Estudios completos de propiedad intelectual*, Volumen cuarto, Reus, Madrid, 2013.
- SERRANO GÓMEZ, Eduardo, «El derecho de acceso al ejemplar único y raro», en ANGUITA VILLANUEVA, Luis Antonio (Coord.), *Tensiones entre la propiedad intelectual y la propiedad ordinaria*, Reus, Madrid, 2016, pp. 119-134.
- SOLER MASOTA, Paz, «Fotografía y derecho de autor», *Anuario de Derecho Civil*, 1999, pp. 60-205.

- STORCH DE GRACIA Y ASENSIO, José Gabriel, «Derecho a la producción y creación intelectual, derecho de autor y derecho de propiedad sobre la obra concreta. Reflexiones para una construcción jurídica de dichos conceptos», *La Ley*, 1986-2, pp. 1177-1181.
- TOLIVAR ALAS, Leopoldo, «Comentario a los arts. 108 a 120», en SOSA WAGNER, Francisco (Dir.), *Comentarios a la Ley de Expropiación Forzosa*, 2.^a ed., Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2003, pp. 461-478.
- TORIBIOS FUENTES, Fernando, *Averiguación de bienes en la ejecución civil. Manual para la práctica de la investigación patrimonial del deudor*, La Ley – Wolters Kluwer, Madrid, 2013.
- TORIBIOS FUENTES, Fernando – DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés – SABATER SABATÉ, Josep María, *El apremio*, Thomson Reuters – Aranzadi, Cizur Menor, 2019.
- VALERO MARTÍN, Eva, *Obras fotográficas y meras fotografías*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.
- VALLÉS RODRÍGUEZ, M., «Comentario al art. 3», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Dir.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 1.^a ed., Tecnos, Madrid, 1989, pp. 44 y ss.
- VEGA VEGA, José Antonio, *Derecho de autor*, Tecnos, Madrid, 1990.
- VENDRELL CERVANTES, Carles, «Comentario a los arts. 14 a 16», en PALAU RAMÍREZ, Felipe – PALAO MORENO, Guillermo (Dir.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 274-315.
- VENTURA VENTURA, José Manuel, «Comentario al art. 3», en RODRÍGUEZ TAPIA, J.M. (Dir.), *Comentarios a la ley de Propiedad Intelectual*, Thomson – Civitas, Cizur Menor, 2007, pp. 53-63.
- VICENT LÓPEZ, Cristina, *Derechos de autor sobre la obra plástica enajenada*, Ed. Revista General de Derecho, Valencia, 1999.
- YZQUIERDO TOLSADA, Mariano – ARIAS MÁIZ, Vicente, *Daños y perjuicios en la propiedad intelectual*, Fundación Arte y Derecho, Trama Editorial, Madrid, 2006.