

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

Transmisión del derecho patrimonial. Interpretación restrictiva. Nuevas formas de explotación. Obra plástica.

PAÍS U ORGANIZACIÓN: España

ORGANISMO: Audiencia Provincial de Madrid, Sección 28ª

FECHA: 6-3-2009

JURISDICCIÓN: Judicial (Civil)

FUENTE: Centro de Documentación Judicial (CENDOJ) del Consejo General del Poder Judicial de España, en <http://www.poderjudicial.es/jurisprudencia>. Id Cendoj: 28079370282009100033. Actualización: 21-11-2011.

OTROS DATOS: Sentencia 48/2009. Recurso 158/2008.

SUMARIO:

Las actuaciones procesales se iniciaron mediante demanda presentada ... por la representación de VISUAL ENTIDAD DE GESTIÓN ARTISTAS PLÁSTICOS (VEGAP) contra HEINEKEN ESPAÑA SA, en la que, tras exponer los hechos que estimaba de interés y alegar los fundamentos jurídicos que consideraba que apoyaban su pretensión, suplicaba lo siguiente: ... 3º.- Declare y reconozca que las utilizaciones de la obra original de Ernesto llevadas a cabo en la página web www.cruzcampo.es por parte de HEINEKEN ESPAÑA SA constituyen una infracción de los derechos de reproducción y comunicación pública que ostentan los titulares de dichos derechos ...”.

[...]

“HEINEKEN ESPAÑA SA realizó entre, al menos, enero y junio de 2005 una campaña en la página web www.cruzcampo.es en la que se utilizó en Internet la imagen del citado cartel original dibujado por Ernesto”.

[...]

“... las cesiones de derechos de explotación deben entenderse referidas a límites espaciales y temporales determinados. Por lo que el problema, a falta de prueba del contenido concreto del negocio de cesión (lo que no impide reconocer su existencia, en razón de tales circunstancias, ni negarle eficacia jurídica, pese a no constar por escrito, merced al principio de libertad de forma de los actos jurídicos) es el ámbito para el que puede entenderse conferida tal cesión, sin que el cesionario pueda pretender que se reconozca a ésta mayor alcance del que pueda naturalmente extraerse de las circunstancias del caso, salvo que, naturalmente, sea capaz de probar otra cosa ...”.

“Y a falta de constancia de la voluntad del autor la transmisión operada deberá entenderse producida en el sentido de la menor vinculación para éste, pues es lo que conlleva una menor limitación para los derechos que la ley le otorga”.

“Pues bien, aun admitiendo, dado que la obra se concibió para eso, que el artista pudiera haber cedido en su momento los derechos de reproducción y comunicación pública para las modalidades y medios de difusión entonces existentes (y nos estamos refiriendo a 1906) como medio indispensable para cumplir la finalidad del encargo recibido y aceptado por el pintor (precisamente para su uso como cartel publicitario - ..., nos resulta difícil admitir que éste hubiese podido conceder el derecho a introducir su cartel en Internet, pues este medio no existía a principios del siglo XX cuando la obra fue creada ... La introducción de tal obra plástica en la red de Internet implica, por un lado, reproducción de la misma, y por otro, su comunicación pública, siendo ambos derechos de explotación pertenecientes al autor de la obra que no nos consta que fuesen cedidos para dicho medio a la causante de la parte demandada. Podemos presumir, a partir del hecho admitido de que el cartel se creó por encargo para su empleo en publicidad, el otorgamiento de consentimiento para el uso de la obra por medios publicitarios convencionales en la época en que se dibujó, pero no para los entonces inexistentes. Téngase en cuenta, además, que las posibilidades de difusión que permite Internet son tan enormes que está más que justificado su diferenciación con respecto a otros medios más antiguos. Por lo tanto podemos concluir que habría mediado una infracción de tal derecho patrimonial del autor con la introducción en Internet de imágenes del cartel sin recabar para ello la autorización de su creador o de sus causahabientes”.

COMENTARIO: En primer lugar, se ha de comentar que si bien la sentencia dio por entendida la existencia de un contrato de obra por encargo aunque no constara por escrito *“merced al principio de libertad de forma de los actos jurídicos”*, es de hacer notar que conforme a muchas legislaciones todos los contratos de cesión y de licencia de derechos deben constar por escrito, aunque se discute en doctrina si tal formalidad es solamente *“ad probationem”* o también *“ab solemnitate”*. Yendo al asunto de fondo, son muchas las sentencias dictadas a partir de la última década del Siglo XX (varias de ellas reseñadas en esta compilación jurisprudencial), donde se ha declarado que las autorizaciones de uso de una obra para el entorno analógico no se extienden a su utilización en el entorno digital, incluso conforme al principio, recogido expresamente en algunos ordenamientos, por el cual la interpretación de los contratos en derecho de autor no se amplía a aquellas modalidades de explotación desconocidas al momento de su celebración. Para poner algunos ejemplos, el Tribunal de 1ª Instancia de Ámsterdam (29-9-1997) dijo que *“el editor del periódico debe obtener la autorización de los periodistas independientes antes de utilizar sus artículos en información para reproducirlos y publicarlos en forma de CD-Rom o transmitirlos en la red”*; la Corte de Apelaciones de Hamburgo (5-11-1998), que *“la autorización para reproducir fotografías en vista de la publicación de una revista, no comprende automáticamente el derecho de reproducir esas imágenes en un soporte numérico, en este caso un CD-ROM”*; la Corte de Apelaciones de Colmar (15-9-1998), que *“la comunicación por la red presenta una especificidad tecnológica: el producto no es el mismo que el del periódico, se trata de un nuevo medio de comunicación”* y la Corte de Apelaciones de Lyon (9-12-1999), que *“la edición telemática y el archivo en un servidor no pueden ser considerados como una extensión de la difusión sobre un soporte en papel”*. En épocas más recientes, la Suprema Corte de los Estados Unidos, en el célebre caso *Tasini* (*Jonathan Tasini y otros vs. New York Times Co. Inc. y otros*. 00-201. 533 U.S., 2001), ante el uso de artículos de periodistas independientes a través de la Internet expresó

que “antes de la revisión de 1976, ... los autores corrían el riesgo de perder sus derechos cuando colocaban un artículo en una obra colectiva”, pero que “la Ley de 1976 rechazó la doctrina de la indivisibilidad, reformulando el derecho de autor como un mazo de «derechos exclusivos»... , de modo que cada uno de los cuales «puede ser traspasado... y poseído separadamente» ...”, mientras que la Corte Suprema de Justicia de Canadá (12-10-2006), resolvió un asunto en el mismo sentido, respecto de periodistas independientes cuyos artículos, cedidos para su publicación “en papel” eran almacenados en bases electrónicas de datos. © **Ricardo Antequera Parilli, 2011.**

TEXTO COMPLETO:

En Madrid, a 6 de marzo de 2009.

La Sección Vigésima Octava de la Audiencia Provincial de Madrid, especializada en materia mercantil, integrada por los ilustrísimos señores magistrados D. Rafael Sarazá Jimena, D. Enrique García García y D. José Ignacio Zarzuelo Descalzo, ha visto en grado de apelación, bajo el nº de rollo 158/2008, los autos del procedimiento nº 296/2005, provenientes del Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Madrid, el cual fue promovido por VISUAL ENTIDAD DE GESTIÓN ARTISTAS PLÁSTICOS (VEGAP) contra HEINEKEN ESPAÑA SA, siendo objeto del mismo acciones en materia de propiedad intelectual.

Han actuado en representación y defensa de las partes, la Procuradora Dña. Sofía Pereda Gil y el Letrado D. Miguel Roig Serrano por VISUAL ENTIDAD DE GESTIÓN ARTISTAS PLÁSTICOS (VEGAP) y la Procuradora Dña. María Granizo Palomeque y el Letrado D. Rafael Jiménez Díaz por HEINEKEN ESPAÑA SA.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Las actuaciones procesales se iniciaron mediante demanda presentada con fecha 29 de julio de 2005 por la representación de VISUAL ENTIDAD DE GESTIÓN ARTISTAS PLÁSTICOS (VEGAP) contra HEINEKEN ESPAÑA SA, en la que, tras exponer los hechos que estimaba de interés y alegar los fundamentos jurídicos que consideraba que apoyaban su pretensión, suplicaba lo siguiente:

1º.- Declare y reconozca que la utilización efectiva y continuada en el tiempo, por parte de HEINEKEN ESPAÑA SA, de la creación original de Ernesto con fines publicitarios y como signo distintivo, constituye una infracción de los derechos patrimoniales y morales del autor, sin amparo en ninguno de los límites previstos en la Ley de Propiedad Intelectual y sin título legitimador para ello.

2º.- Declare y reconozca que dicha utilización de la obra de Ernesto con fines publicitarios y como signo distintivo, llevada a cabo por HEINEKEN ESPAÑA SA constituye, además, una infracción de los derechos morales que al autor se reconocen en los números 3º y 4º del artículo 14 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, en cuanto esa efectiva explotación de una obra protegida se ha venido llevando a cabo con omisión de la identidad del autor, y alterando sustancialmente la creación original.

3º.- Declare y reconozca que las utilizaciones de la obra original de Ernesto llevadas a cabo en la página web www.cruzcampo.es por parte de HEINEKEN ESPAÑA SA constituyen una infracción de los derechos de reproducción y comunicación pública que ostentan los titulares de dichos derechos, así como una infracción del derecho moral reconocido en el número 3º del artículo 14 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, en cuanto esas modalidades de explotación de una obra protegida se han venido llevando a cabo con omisión de la identidad del autor.

4º.- Condene a la demandada a cesar en la actividad ilícita consistente en la utilización de las creaciones visuales mentadas sin la previa autorización por la Entidad, con expresa

prohibición a la demandada de reanudar dicha actividad desde la firmeza de la sentencia.

5º.- Condene a la demandada a estar y pasar por las declaraciones contenidas en los apartados 1º y 2º de este Suplico y, en consecuencia, a satisfacer a VEGAP una indemnización por tales infracciones, en cuantía a determinar según lo que resulte de lo actuado en el procedimiento, y de acuerdo con el superior criterio del juzgador de instancia, a la vista de los criterios que se recogen en el artículo 140 de la Ley de Propiedad Intelectual.

6º.- Condene a la entidad demandada a estar y pasar por las declaraciones contenidas en el apartado

3º del Suplico de este Libro escrito y, en su consecuencia, a satisfacer a VEGAP:

6.1.- CINCUENTA Y SIETE MIL SEISCIENTOS (57.600,00) EUROS, más sus intereses legales, en concepto de indemnización por la infracción de los derechos de reproducción y comunicación pública de una obra del repertorio de VEGAP.

6.2 CINCUENTA Y SIETE MIL SEISCIENTOS (57.600,00) EUROS más sus intereses legales, en concepto de gravamen equivalente al 100% de la cantidad expresada en el apartado anterior por el incumplimiento de las obligaciones establecidas en las tarifas oficiales de V.E.G.A.P debidamente aprobadas por el Ministerio de Cultura de conformidad con la legislación vigente.

6.3 CINCUENTA Y SIETE MIL SEISCIENTOS (57.600,00) EUROS más sus intereses legales, en concepto de indemnización por la infracción del derecho moral del autor a exigir el reconocimiento de su condición de tal; con sujeción en todo caso al superior criterio del Juzgador de instancia y a sus facultades moderadoras, teniendo en cuenta los criterios establecidos en el artículo 140 de dicho texto legal.

7º.- Al pago de las costas del juicio".

SEGUNDO.- *Tras seguirse el juicio por sus trámites correspondientes el Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Madrid se dictó sentencia, con fecha 6 de julio de 2007, cuyo fallo era el siguiente:*

"Que desestimando la demanda formulada por VISUAL ENTIDAD DE GESTIÓN ARTISTAS PLÁSTICOS (VEGAP) contra HEINEKEN ESPAÑA SA debo absolver y absuelvo a esta última de los pedimentos en aquella contenidos. Todo ello con especial imposición a dicha parte demandante de las costas originadas en el proceso."

TERCERO.- *Publicada y notificada dicha resolución a las partes litigantes, por la representación de VISUAL ENTIDAD DE GESTIÓN ARTISTAS PLÁSTICOS (VEGAP) se interpuso recurso de apelación que, admitido por el mencionado juzgado y tramitado en legal forma, con oposición al mismo por la representación de HEINEKEN ESPAÑA SA, ha dado lugar a la formación del presente rollo ante esta sección de la Audiencia Provincial de Madrid, que se ha seguido con arreglo a los trámites de los de su clase. La deliberación y votación para el fallo del asunto se realizó con fecha 5 de marzo de 2009.*

Ha actuado como ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. Enrique García García, que expresa el parecer del tribunal.

CUARTO.- *En la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales.*

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Los hechos relevantes para la resolución de la presente contienda son los siguientes:*

1º) En el año 1906 el artista plástico Ernesto pintó, por encargo de la sociedad colectiva española T. y R. Osborne, un cartel publicitario para promocionar la cerveza de esta entidad. El citado cartel incluía un personaje conocido como "Gambrinus", que aparecía apoyado

sobre un barril y empuñaba una jarra, y al pie constaba la leyenda “Cervezas La cruz del campo, Sevilla”.

2º) En 1946 LA CRUZ DEL CAMPO SA, cuya antecesora era la indicada T. y R. Osborne, solicitó el registro como marca mixta, nº 178.189, del logotipo del personaje “Gambrinus”, apoyado sobre un barril y empuñando una jarra, y con la leyenda La cruz del campo- Sevilla, que obtuvo el 1 de julio de 1948, que ha ido renovando y está en vigor. A ello le ha ido sucediendo el registro de una pluralidad de signos con esa imagen asociados con “La cruz del campo” o con “Cruzcampo” para diversos productos y servicios.

3º) La entidad demandada HEINEKEN ESPAÑA SA procede de la fusión por absorción llevada a cabo en el año 2000 entre Sociedad Anónima El Águila y GRUPO CRUZCAMPO SA, por lo que es la sucesora de las relaciones de este último, que a su vez lo es por absorción de LA CRUZ DEL CAMPO SA.

4º) HEINEKEN ESPAÑA SA realizó entre, al menos, enero y junio de 2005 una campaña en la página web www.cruzcampo.es en la que se utilizó en Internet la imagen del citado cartel original dibujado por Ernesto.

La razón de ser del litigio planteado por la entidad de gestión VEGAP, que esgrime su convenio de representación con su homóloga francesa gestora de derechos de artistas plásticos, que a su vez dispone además de mandato de los sucesores del citado pintor, estriba en un doble fundamento: a) se considera por la actora que la parte demandada sería responsable de una infracción continuada en el tiempo por haber utilizado la obra de Ernesto como signo distintivo y publicitario sin autorización para ello del citado autor; y b) se entiende por la demandante que las concretas utilizaciones que la demandada ha hecho de la obra original de Ernesto en Internet supondrían asimismo una infracción de derechos de autor que debería tener además unas consecuencias separables de las anteriores.

SEGUNDO.- Este tribunal cree preciso efectuar dos precisiones en materia de Derecho aplicable, tanto en el aspecto espacial como en el intertemporal.

Respecto al primero, aunque la entidad de gestión demandante invoca los derechos conferidos por la homóloga francesa que lo hace por los herederos de un pintor afincado en ese país, puesto que se trata de la protección de derechos de propiedad intelectual dentro del territorio español procede aplicar, conforme al artículo 10.4 del Código Civil, la ley española, sin perjuicio de lo establecido por los convenios y tratados internacionales en los que España sea parte. Y respecto a estos últimos, podemos citar, para llegar también a la misma solución apuntada, el Convenio de Berna de 9 de septiembre de 1886 - artículo 5-, la Convención Universal de Ginebra, de 6 de septiembre de 1952, sobre los derechos de autor, los Acuerdos ADPIC y el Tratado de 1880 con Francia que recogía el principio de reciprocidad en esta materia.

No obstante, la ley francesa tiene indiscutible trascendencia en este litigio en el aspecto sucesorio, según el artículo 9.1 del C Civil; y podría tenerla en el ámbito de lo contractual, conforme al nº 5 del artículo 10 del C Civil, si bien en este último aspecto su relevancia va a resultar menor dado el desconocimiento de la casi totalidad de los términos en que se otorgó la cesión de derechos y dónde pudo ser convenida ésta, lo que nos llevaría, a falta de prueba de otra normativa, a acudir, en cualquier caso, a la española.

En el aspecto intertemporal, debemos reseñar que no hay duda que la regulación de las acciones de protección de los derechos de propiedad intelectual y de los procedimientos a través de los cuales han de articularse ha de venir dada por la normativa legal vigente cuando se interpuso la demanda.

Ahora bien, dado que tenemos entre manos la regulación sustantiva de unas relaciones jurídicas que se remontan al año 1906 es preciso efectuar ciertas precisiones. Si los derechos de autor nacieron con la creación por el pintor del cartel en esa época hay que tener

en cuenta las normas de Derecho intertemporal en materia de propiedad intelectual para conocer su régimen y el de transmisión de los mismos. Conforme a lo que resulta del artículo 2.3 del Código Civil y de las disposiciones transitorias de la Ley de Propiedad Intelectual de 1987 y del texto refundido de 1996 (y en este sentido se pronuncia la Sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 24 de enero de 2000), los actos y contratos celebrados antes de la entrada en vigor de esta última ley, y por tanto bajo el régimen de la Ley de 10 de enero de 1879 sobre Propiedad Intelectual, surtirán todos sus efectos de conformidad con esta última ley, si bien lo dispuesto en los artículos 14 a 16 de la Ley de Propiedad Intelectual de 1987 y del texto refundido de 1996, que regulan el derecho moral del autor (Disposición Transitoria 6ª), será de aplicación a los autores de las obras creadas antes de la entrada en vigor de la citada Ley de Propiedad Intelectual de 1987. Los derechos que para el actor nacieron de la creación de sus obras y para la demandada del negocio jurídico celebrado con aquél, se rigen por la normativa anterior, salvo, a partir de la entrada en vigor de la Ley de Propiedad Intelectual de 1987, en lo relativo a los derechos morales regulados en los artículos 14 y siguientes de dicha ley y del texto refundido actualmente vigente. Asimismo, el régimen de protección de tales derechos por vulneraciones acaecidas durante la vigencia de la Ley de Propiedad Intelectual de 1987 (y posteriormente de su texto refundido de 1996, reformado en varias ocasiones) se regirá por las normas vigentes en el momento en que se produjo la vulneración. Concretamente, en lo que se refiere a las medidas de protección de sus derechos y resarcimiento de los daños y perjuicios derivados de una vulneración que el titular de los derechos de propiedad intelectual justifica que acaecieron en el año 2005, se aplicará lo dispuesto en los artículos 138 y siguientes del citado Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual.

Además, la regulación de las cuestiones controvertidas objeto de este litigio en la antigua Ley de Propiedad Intelectual de 1879 y en los artículos 428 y 429 del Código Civil es muy incompleta, por lo que ha de resolverse la

cuestión aplicando, además de dichas normas, la regulación general de la propiedad y de las obligaciones y contratos del Código Civil, si bien teniendo muy en cuenta las especiales características de los derechos de autor, los principios generales del Derecho y la jurisprudencia, siendo así que la solución de tales cuestiones controvertidas conforme a la normativa anterior no ha de diferir en mucho de la solución que habría de darse conforme a la legislación vigente.

TERCERO.- Respecto a los reparos opuestos por la parte demandada en materia de legitimación este tribunal no puede sino ratificar los acertados razonamientos que llevaron al juzgador a quo a su desestimación.

La autoría de la obra no la estimamos cuestionable, puesto que el cartel original "La cruz del campo, Sevilla", que motiva el litigio, es atribuible al pintor afincado en Francia, Ernesto, como resulta de una certificación emitida por la conservadora del Museo de la publicidad en París en la que reseña, acompañando la página correspondiente, que está inventariado en la colección de dicha institución y en la que se mencionan otras fidedignas referencias al mismo en obras impresas, como la crítica efectuado al respecto en el año 1906 (folios 420 a 425 de autos). Por otro lado, el citado cartel aparece incluido en el libro de Luis Angel titulado "The posters of Ernesto" (documento nº 3 de la demanda) que refleja la obra del citado artista, lo que abunda en el mismo sentido.

La cadena sucesoria desde el citado pintor, fallecido en 1942 (folios nº 43 a 46 de autos), pasando por su esposa y descendientes, está documentada en autos mediante documentación expedida al respecto por notarios franceses (folios nº 113 a 133), por lo que huelga ulterior discusión al respecto. Figura asimismo en las actuaciones la documentación referida al convenio de representación recíproca suscrito entre VEGAP y la entidad francesa ADAGP (Société des Auteurs dans les Arts Graphiques et Plastiques – folios n 60 a 66), a la condición de miembro de la misma del Sr. Ernesto (folio nº 67) y al

mandato conferido a la entidad gestora por los sucesores del pintor (folios nº 112 y 426 de autos).

CUARTO.- Las pretensiones que la apelante parece seguir suscitando en esta segunda instancia que perseguían obtener resarcimiento económico por la utilización por HEINEKEN ESPAÑA SA de signos distintivos que incluyen como logotipo la figura de “Gambrinus” dibujada por el pintor Ernesto, que se sustentan, sin embargo, en marcas registradas obtenidas hace años por antecesores de la parte demandada, carecen de posibilidad alguna de prosperar, tal como con suma corrección y acierto se expone en la resolución recurrida. Es cierto que estando consolidados los derechos marcarios de la parte demandada desde los años sesenta, y no habiendo la parte demandante tratado siquiera de ejercitar la acción de nulidad contra dichos títulos de propiedad industrial, opera la dimensión positiva del derecho sobre la marca (el de poder usar el signo distintivo en el tráfico económico), que ya se reconocía por la jurisprudencia bajo la vigencia del Estatuto de la Propiedad Industrial de 1929 (sentencia del TS de 31 de marzo de 1989) y que se recogió luego en la Ley de Marcas de 1988 (artículo 30) y en la vigente Ley 17/2001 (artículo 34.1). La utilización de las mismas, que permite a su titular servirse de la marca para identificar los productos o servicios para los que fue concedida y emplearla a efectos publicitarios, es lícita y no puede entrañar violación de derecho de autor ajeno conforme el aforismo “qui suo iure utitur neminem laedit”. Esa dimensión positiva es la que permite al titular de la marca poner en práctica políticas de intenso uso comercial y publicitario de la misma para dotarle de notoriedad e incluso renombre y supone que se cumpla la carga legal de usarla para eludir las sanciones que conllevaría no hacerlo.

El uso intenso de la marca desde hace años por la parte demandada no resulta discutible, desconociéndose por qué durante tanto tiempo la parte actora no ha reaccionado ante ello si entendía que colisionaba con un derecho propio de propiedad intelectual. Tampoco lo ha

intentado en el presente caso del único modo en que podría atacar por este flanco a la demandante, que lo sería mediante el ejercicio de la acción de nulidad de las marcas, si es que a estas alturas tuviera posibilidad de hacerlo, cuestión ésta que resulta ajena al objeto de este litigio y nos impide sentar conclusiones al respecto.

Hacemos nuestros pues, para no incurrir en reiteraciones, los acertados razonamientos de la sentencia en lo que se refiere a los puntos primero y segundo del suplico de la demanda, y a los derivados de ellos, que no podían, por tanto, prosperar, ya que la parte demandada disponía de la cobertura de su derecho marcario.

QUINTO.- Sin embargo, consideramos que el punto tercero del suplico de la demanda, y los de él derivados, merecían una consideración diferente, fruto no sólo de su separada petición, sino de que se sustentaban en una fundamentación bien distinta de los precedentes, que ya se remarcaba en la propia demanda y ha sido reiterada en esta apelación. Porque la conclusión no puede ser la misma cuando lo que la entidad demandada ha usado en determinados casos en Internet no ha sido propiamente su marca registrada para la publicidad de su cerveza, sino que, aunque también persiguiera ese fin publicitario, ha optado por introducir en la red, tal cual, la imagen enmarcada del cartel original del personaje “Gambrinus” dibujado por Ernesto - tal como se constata a través del contenido de las actas notariales que obran a los folios nº 51, 52 y 57 de autos. El pintor dispone (y luego sus causahabientes) como autor del cartel, que es una obra protegida por el derecho de propiedad intelectual, de los derechos inherentes a su autoría, tanto en su vertiente patrimonial como moral, cuyas consecuencias jurídicas no pueden ser obviadas.

El artículo 9 de la Ley de Propiedad Intelectual de 1879 preveía un régimen similar al del artículo 56.1 de la actual LPI al establecer que “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, los cuales permanecen reservados al autor ó a su derechohabiente". Ahora bien, el hecho de tratarse de un cartel destinado a la publicidad permitiría presumir que medió tal pacto pues resulta consustancial a tal actividad. No obstante, las cesiones de derechos de explotación deben entenderse referidas a límites espaciales y temporales determinados. Por lo que el problema, a falta de prueba del contenido concreto del negocio de cesión (lo que no impide reconocer su existencia, en razón de tales circunstancias, ni negarle eficacia jurídica, pese a no constar por escrito, merced al principio de libertad de forma de los actos jurídicos) es el ámbito para el que puede entenderse conferida tal cesión, sin que el cesionario pueda pretender que se reconozca a ésta mayor alcance del que pueda naturalmente extraerse de las circunstancias del caso, salvo que, naturalmente, sea capaz de probar otra cosa (artículo 217. 3 de la LEC).

Y a falta de constancia de la voluntad del autor la transmisión operada deberá entenderse producida en el sentido de la menor vinculación para éste, pues es lo que conlleva una menor limitación para los derechos que la ley le otorga.

Pues bien, aun admitiendo, dado que la obra se concibió para eso, que el artista pudiera haber cedido en su momento los derechos de reproducción y comunicación pública para las modalidades y medios de difusión entonces existentes (y nos estamos refiriendo a 1906) como medio indispensable para cumplir la finalidad del encargo recibido y aceptado por el pintor (precisamente para su uso como cartel publicitario - citamos, en este sentido, a efectos meramente interpretativos el artículo 23.2 de la vigente Ley General de Publicidad), nos resulta difícil admitir que éste hubiese podido conceder el derecho a introducir su cartel en Internet, pues este medio no existía a principios del siglo XX cuando la obra fue creada (se trata de una limitación lógica que ha recogido además nuestro legislador en el artículo 43.5 del TR de la LPI, que también citamos con la finalidad interpretativa que recomienda el artículo 3.1 del C. Civil). La introducción de tal obra plástica en

la red de Internet implica, por un lado, reproducción de la misma, y por otro, su comunicación pública, siendo ambos derechos de explotación pertenecientes al autor de la obra que no nos consta que fuesen cedidos para dicho medio a la causante de la parte demandada. Podemos presumir, a partir del hecho admitido de que el cartel se creó por encargo para su empleo en publicidad, el otorgamiento de consentimiento para el uso de la obra por medios publicitarios convencionales en la época en que se dibujó, pero no para los entonces inexistentes. Téngase en cuenta, además, que las posibilidades de difusión que permite Internet son tan enormes que está más que justificado su diferenciación con respecto a otros medios más antiguos. Por lo tanto podemos concluir que habría mediado una infracción de tal derecho patrimonial del autor con la introducción en Internet de imágenes del cartel sin recabar para ello la autorización de su creador o de sus causahabientes. Las consecuencias jurídicas para tal infracción son el derecho del titular a imponer la cesación de tal conducta, prohibir que vuelva a producirse y obtener un resarcimiento económico por ello (artículos 138 y 139 del TR de la LPI).

Para fijar el justo resarcimiento que merece el autor (o sus causahabientes) podemos calcular la indemnización, conforme al artículo 140 del TR de la LPI, por lo que éste hubiera debido percibir de haber autorizado la explotación, aplicando como referencia las tarifas de VEGAP, que es una válida referencia del valor de mercado de dichos derechos. Conforme a ellos operaríamos a razón de 1.800 euros mensuales por una única obra afectada, aunque lo haya sido en varias ocasiones, durante seis meses (los de enero a junio de 2005, que son los comprendidos en las actas notariales - folios nº 48 y 55 de las actuaciones- que dan constancia de la infracción) que constituye el período en el que tenemos debidamente constatada la comisión de la infracción, lo que supone (1.800 x 6) un total 10.800 euros.

No procede aplicar la penalización adicional que reclama VEGAP por tratarse de un uso inconsciente, ya que entendemos que la misma

puede tener razón de ser ante actuaciones en las que se desprecian completamente los derechos del autor, mas no en supuestos como el presente en que mediaba una autorización para el uso publicitario del cartel y lo que se ha producido ha sido un uso en exceso del mismo para un nuevo medio de difusión surgido del progreso técnico. No es lo mismo este comportamiento del que simplemente infringe el derecho ajeno sin justificación alguna para su proceder.

SEXTO.- *Por otro lado, al autor del cartel también la corresponden derechos morales y entre ellos el de que conste su paternidad sobre él. Con anterioridad a la Ley de Propiedad Intelectual de 1987 ya se venían considerando los derechos morales del autor sobre su obra como personalísimos (así lo considera la Sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 2 de marzo de 1992 en relación con la regulación de la propiedad intelectual en la legislación anterior a la Ley de Propiedad Intelectual de 1987) y, por tanto, intransmisibles. Además, conforme a la Disposición Transitoria 6ª del texto refundido de 1996, es de aplicación la regulación contenida en los artículos 14 a 16 de la vigente Ley de Propiedad Intelectual, de la que resulta el carácter irrenunciable e inalienable de tales derechos morales. Ello implica el derecho a exigir que conste su nombre junto a su obra, lo que no se hizo constar de modo específico en la introducción y utilización que se ha hecho de la misma en Internet (es más, la parte demandada ha cuestionado la autoría en este litigio). Sin embargo, lo cierto es que el ejemplar original del cartel, que es el que se ha utilizado, sí incorporaba la firma de Ernesto, lo que puede ser uno de los modos de atribuirle la paternidad y en cualquier caso, puesto que al autor le corresponde decidir sobre el modo razonable en el que debe hacerse patente su autoría, al menos atenuaría los efectos de la infracción al contribuir a la identificación del artífice de la pintura aunque no se hiciera constar expresamente el nombre del autor junto a su obra. Además, en la demanda no se exige que se imponga a la demandada que haga pública tal paternidad de determinado modo sino que simplemente se reclama una*

indemnización económica por no haberla hecho constar expresamente, cuando la infracción del derecho de paternidad sobre la obra no entraña ineludiblemente ni la producción de un daño patrimonial, que debería haberse demostrado, ni necesariamente un daño moral (sentencias del TS de 19 de julio de 1989 y 14 de diciembre de 1993), que tampoco advertimos que se produjera en el presente caso, en razón de las circunstancias antes explicadas. Por lo que no ha lugar a adicionar a la cantidad antes calculada ninguna cifra por este concepto.

SÉPTIMO.- *Procede imponer a la parte demandada el pago del interés procesal, el cual se calculará sobre el montante de la indemnización impuesta en esta sentencia, al amparo de lo previsto en el artículo 576.2 de la LEC, desde la fecha de la misma.*

OCTAVO.- *No procede efectuar expresa imposición de las costas ocasionadas a las partes en la primera instancia, al amparo del nº 2 del artículo 394 de la LEC, ya que la demanda resulta parcialmente estimada.*

NOVENO.- *La parcial estimación del recurso supone que no proceda efectuar expresa imposición de las costas derivadas del mismo, tal como establece el nº 2 del artículo 398 de la LEC.*

Vistos los preceptos citados y demás concordantes de general y pertinente aplicación al caso, este tribunal emite el siguiente.

F A L L O

Estimamos en parte el recurso de apelación interpuesto por la representación de VISUAL ENTIDAD DE GESTIÓN ARTISTAS PLÁSTICOS (VEGAP) contra la sentencia dictada el 6 de julio de 2007 por el Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Madrid en el juicio ordinario nº 296/2005, por lo que revocamos dicha resolución y en su lugar disponemos los siguientes pronunciamientos:

1.- declaramos que las utilizaciones de la obra plástica original del pintor Ernesto, consistente

en un cartel del personaje "Gambrinus" con la leyenda "Cervezas La cruz del campo, Sevilla", que han sido llevadas a cabo en la página web www.cruzcampo.es por parte de HEINEKEN ESPAÑA SA, al menos entre enero y junio de 2005, constituyen una infracción de los derechos del autor de dicha obra, por lo que prohibimos a dicha entidad volver a incurrir en dicha actuación, si no obtiene previa autorización para ello;

2.- condenamos a HEINEKEN ESPAÑA SA a indemnizar a la parte demandante en 10.800 euros, cifra ésta que se incrementará con el interés calculado al tipo legal aumentado en dos puntos desde la fecha de la presente resolución.

3.- desestimamos en sus restantes pretensiones la demanda interpuesta por VEGAP contra HEINEKEN ESPAÑA SA; y

4.- no efectuamos expresa imposición de las costas derivadas de ambas instancias.

Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos los ilustrísimos señores magistrados integrantes de este tribunal.

PUBLICACION.- Dada y pronunciada fué la anterior Sentencia por los Ilmos. Sres. Magistrados que la firman y leída por el/la Ilmo. Magistrado Ponente en el mismo día de su fecha, de lo que yo el/la Secretario certifico.