

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

Derecho conexo del intérprete audiovisual y derecho a su imagen. Publicidad no autorizada.

PAÍS U ORGANIZACIÓN: España

ORGANISMO: Audiencia Provincial de Madrid, Sección 10ª

FECHA: 10-1-2006

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: 28079370102006100014. Actualización: 22-11-2011.

OTROS DATOS: Sentencia 50/2006. Recurso 642/2004.

SUMARIO:

“La representación procesal acreditada de D. Marcos y D. Raúl, interpusieron demanda en la instancia reclamando a las entidades Vizcaino Lara S.A., que opera en el tráfico mercantil como Agencia de Publicidad denominada «Sra. Rushmore», junto con las entidades González Byass, S.A., y la entidad OVIDEO PUB, S.L., ... Afirmaban allí, en síntesis, que la entidad OVIDEO PUB les contrató como intérpretes en enero del año 01, para la realización de un cortometraje, ... Continuaban relatando que en ningún caso se estipuló la cesión de derechos de imagen para hacer publicidad de ningún producto, tan solo, su correspondiente distribución en salas y festivales. Pues bien, su sorpresa fue mayúscula cuando en octubre del mismo año aparecieron en las marquesinas de las paradas de los autobuses en Madrid, vallas publicitarias, igualmente un video musical, incluso, apareciendo en Internet y en algún otro inmueble entero cubriendo la fachada, carteles en los que se observaba entre la imagen de los demandantes y actores protagonistas que intervinieron en el cortometraje de una manera inequívoca asociados a la misma, la palabra -SOBERANO- que correspondía a una conocida marca de brandy y al pie del mismo en el margen derecho una botella de la misma marca ... Concluían, que se les había causado un claro supuesto comprensivo de intromisión ilegítima, pues sólo cedieron los derechos de interpretación, pero, eso sí, relativos al cortometraje y posproducción para salas y cines, nunca los de comunicación publicitaria del producto alguno con base en el elenco que participó en el corto”.

[...]

“La conclusión que alcanzamos es que la forma empleada de publicidad contraria al derecho a la propia imagen de los apelantes en contra de la LPI¹ accediendo por la vía de hecho una vez finalizado el trabajo artístico cinematográfico, la colocación de carteles

¹ Ley de Propiedad Intelectual (nota del compilador)

integrantes de una novedosa forma de publicidad asociando su imagen se quiera o no a un conocido producto de marca sin constarles o saberlo, es más, sin haber obtenido, previamente, el consentimiento de los apelantes que fueron sorprendidos en su buena fe, en suma, determina la estimación del presente recurso y la revocación de la sentencia revisada quedando pendiente por analizar los pronunciamientos relativos a la condena solidaria que incluía las pretensiones acumuladas de prohibición, retirada y cantidades interesadas en la instancia”.

COMENTARIO: El derecho a la imagen se vincula a los llamados “derechos conexos” de los artistas intérpretes o ejecutantes, cuya relación con los derechos de los autores es mucho más cercana que la que tienen otros derechos “afines” al derecho de autor, como en el caso de los productores de fonogramas o los organismos de radiodifusión, porque tanto en el derecho del autor como en el del artista, el sujeto por excelencia es siempre una persona física y, además, en ambos casos se reconocen derechos morales y patrimoniales. La vinculación del derecho de los intérpretes o ejecutantes con el derecho a la imagen se produce respecto de la fijación o reproducción de sus prestaciones artísticas, lo que generalmente conlleva la utilización de su imagen personal, pero en el entendido de que se trata de bienes jurídicos y derechos distintos: por una parte, el derecho a la imagen como tal y, por la otra, el derecho sobre la interpretación o ejecución artística. Sin embargo, pueden cometerse violaciones concurrentes como en el presente caso, donde por una parte se utilizó la fijación audiovisual de la interpretación artística para fines distintos al autorizado y, por la otra, una explotación indebida de la imagen con fines publicitarios.
© Ricardo Antequera Parilli, 2010.

TEXTO COMPLETO:

En MADRID, a diez de enero de dos mil seis.

La Sección Décima de la Audiencia Provincial de Madrid, compuesta por los Señores Magistrados expresados al margen, ha visto en grado de apelación los autos nº 129/02, procedentes del Juzgado de 1ª Instancia nº 70 de Madrid, seguidos entre partes, de una, como demandantes- apelantes D. Marcos Y D. Raúl, representados por la Procuradora Dª Mª Pilar Segura Sanagustín y defendidos por Letrado, y de otra como demandados- apelados vizcaino lara, s.a. agencia de publicidad "SRA. RUSHMORE", representada por la Procuradora Dª Silvia Albite Espinosa y defendido por Letrado, GONZALEZ BYASS, S.A., representada por la Procuradora Dª Victoria Brualla Gomez de la Torre y defendida por Letrado, OVIDEO PUB, S.L., representada por la Procuradora Dª Mª Eva de Guinea Ruenes y defendida por Letrado, habiendo sido parte el Ministerio Fiscal, seguidos por el trámite de juicio ordinario.

VISTO, siendo Magistrado Ponente el Ilmo.Sr. D. SANTIAGO GARCÍA FERNÁNDEZ.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *Por el Juzgado de Primera Instancia nº 70 de Madrid, en fecha 23 de enero de 2004, se dictó sentencia, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: FALLO: "Que debo desestimar y desestimo la demanda deducida por la procuradora Dª Maria del Pilar Segura Sanagustín en nombre de Marcos y Raúl contra Ovideo Pub, S.L., AG Publicidad Sra. Rushmore y González Byass, S.A. Todo ello con expresa condena en costas a los actores."*

SEGUNDO.- *Contra la anterior resolución se interpuso recurso de apelación por la parte demandante.*

Admitido el recurso de apelación en ambos efectos, se dio traslado del mismo a la parte apelada.

Elevándose los autos ante esta Sección, para resolver el recurso.

TERCERO.- *Por providencia de esta Sección, de fecha 26 de Mayo de 2005, se acordó que no era necesaria la celebración de vista pública, quedando en turno de señalamiento para la correspondiente deliberación, votación y fallo, turno que se ha cumplido el día 4 de Julio de 2005.*

CUARTO.- *En la tramitación del presente procedimiento han sido observadas en ambas instancias las prescripciones legales.*

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

No se acepta en lo esencial el fundamento jurídico ordinal segundo contenido en la sentencia apelada, debiendo completarse en todo cuanto no sea contradicho por los siguientes; y:

PRIMERO.- *La representación procesal acreditada de D. Marcos y D. Raúl, interpusieron demanda en la instancia reclamando a las entidades Vizcaino Lara S.A., que opera en el tráfico mercantil como Agencia de Publicidad denominada "Sra. Rushmore", junto con las entidades González Byass, S.A., y la entidad OVIDEO PUB, S.L., es decir, el pago de la cantidad desglosada de -12.000-€ para cada uno de los allí demandantes, esto es, la cantidad total de -24.000-€, todo ello, en concepto de indemnización por los daños y perjuicios causados. Afirmaban allí, en síntesis, que la entidad OVIDEO PUB les contrató como interpretes en enero del año 01, para la realización de un cortometraje, habiendo pactado por remuneración la contraprestación prevista ascendente a la cifra bruta de -250.000-ptas. Continuaban relatando que en ningún caso se estipuló la cesión de derechos de imagen para hacer publicidad de ningún producto, tan solo, su correspondiente distribución en salas y festivales. Pues bien, su sorpresa fue mayúscula cuando en octubre del mismo año aparecieron en las marquesinas de las paradas de los autobuses en Madrid, vallas publicitarias, igualmente un video musical, incluso, apareciendo en internet y en algún otro*

inmueble entero cubriendo la fachada, carteles en los que se observaba entre la imagen de los demandantes y actores protagonistas que intervinieron en el cortometraje de una manera inequívoca asociados a la misma, la palabra -SOBERANO- que correspondía a una conocida marca de brandy y al pie del mismo en el margen derecho una botella de la misma marca. Por lo que tras citar las normas aplicables en favor de su pretensión y la jurisprudencia aplicable. Concluían, que se les había causado un claro supuesto comprensivo de intromisión ilegítima, pues sólo cedieron los derechos de interpretación, pero, eso sí, relativos al cortometraje y posproducción para salas y cines, nunca los de comunicación publicitaria del producto alguno con base en el elenco que participó en el corto.

- En el acto del Juicio la actora ratificó su demanda interesando la condena solidaria de las entidades allí demandadas una vez ampliada la misma tras oponer la entidad OVIDEO PUB la oportuna excepción de falta de litisconsorcio-pasivo necesario, alegando, en síntesis, concretamente la entidad OVIDEO PUB, que procedía su desestimación, pues ella se limitó a realizar el encargo que le encomendó la entidad publicitaria, es decir, Vizcaino Lara, habiendo ascendido el coste del corto a unos -50.000.000-ptas. En todo caso, quién se encargó de la publicidad del producto fue, concretamente, la entidad González Byass, como anunciante que encargó el contrato con la otra entidad co-demandada ya citada. Por lo que en todo caso quienes serían las únicas responsables de abonar la cifra solicitada por los demandantes serían estas dos últimas citadas no ella. Y, en cualquier caso, los actores conocían de sobra que se iba a destinar el corto a la publicidad del producto, pues a lo largo del mismo se mencionaba la palabra -SOBERANO- y no podían alegar desconocimiento alguno. La parte co-demandada, concretamente, Vizcaino Lara, mantenía la tesis desestimatoria alegando que de la lectura de los contratos suscritos entre las partes aportados en el escrito de demanda, se deducía claramente que los, allí demandantes, aceptaron la más amplia cesión de derechos, incluidos, los de publicidad del producto. Y,

subsidiariamente, para el caso de desestimar su pretensión desestimatoria, tan sólo, procedía la indemnización de -2.400-€, frente a la cantidad solicitada en la demanda, era más, la calificaba totalmente desmedida. Mientras por su parte la entidad González Byass, sostenía que ella se limitó a contratar la idea y comercialización del producto que incluía lógicamente su publicidad, no habiendo contratado con los allí demandantes. Por lo que procedía su desestimación no habiéndose acreditado relación extra-contractual alguna que podría solo en ese único caso condenarla, es más, del todo punto excesivas las cantidades interesadas de contrario. Y, por último, el MF en su informe preceptivo, mantuvo que la demanda debía desestimarse en el presente caso, por entender que los contratos suscritos por los actores, concretamente, el examen de la cláusulas ordinales octava y novena, se desprendía que no solo cedieron los derechos de imagen a la -Productora- y en los que lógicamente se incluían los propios de interpretación, también en el presente supuesto los de comunicación pública y postproducción, así como, los de publicidad del producto. Concluyendo, que no había supuesto alguno de intromisión ilegítima. La Juzgadora -a quo- tras haber practicado las diferentes pruebas allí admitidas, dictó sentencia desestimando la demanda contemplando en el F.J. ordinal segundo, según los estrictos términos del recurso que analizaremos más tarde, tras centrar la controversia mantenida allí por las partes y la cita de la LO 1/1982 que asume esta Sala junto con determinada jurisprudencia, concretamente, que de las pruebas practicadas se desprendía que los actores conocían el guión y, por tanto, que en el mismo se consumía el Brandy Soberano, conociendo los carteles de promoción del corto, por tanto, había de entenderse que conocían que el corto estaba patrocinado por la marca Soberano, y la marca y corona que pendían sobre la misma. Por lo tanto, el consentimiento, en el presente supuesto analizado, alcanzaba a la aparición de su imagen a los carteles anunciadores del corto y desestimaba, en definitiva, la demanda basada en la intromisión de los derechos de imagen.

SEGUNDO. - Contra lo resuelto en la sentencia revisada, se alzan los allí demandantes alegando en el escrito motivador de su recurso en esta alzada, discrepando del FJ ordinal segundo que contemplaba refiriéndose a los, hoy apelantes, la tesis mantenida en la instancia frente al alegato en estos supuestos afirmando que el consentimiento debía ser expreso, a su entender, erraba la sentencia, pues SS^a entendía que lo dieron tácitamente por el conocimiento del guión o implícitamente por conocer los carteles y al Patrocinador. Pero ello no era cierto, pues se reclamó en la instancia a las entidades demandadas, concretamente, por el uso de la imagen de ellos en carteles publicitarios con la maca SOBERANO unido al consumo de la bebida, aprovechando la intervención de los mismos en el corto y errando en la valoración de la prueba. Por lo que tras relatar los medios de prueba practicados en la instancia, incluidos, los interrogatorios de contrario y la diferencia del denominado contrato de patrocinio. Concluían interesando de esta Sala, la revocación de la sentencia y se condenara a las entidades demandadas a lo solicitado en primera instancia y la condena de las costas causadas si se opusieran al recurso.

- Recurso que fue impugnado por la entidad Vizcaino Lara mostrando su total conformidad con el fallo desestimatorio alcanzado en la instancia, reiterando en esta alzada que no existía una específica cesión de los derechos de imagen para hacer publicidad de productos diferentes de los cortometrajes, era más, eran perfectamente concedores de la campaña publicitaria novedosa habiéndose comercializado la obra audiovisual correctamente por medio de carteles, pero no utilizándose la imagen de los actores para la venta del coñac, esto es, sino la propia comercialización del corto. Por su parte la entidad Gonzalez Byass, resaltaba el conocimiento de los propios demandantes de la finalidad publicitaria de su trabajo. Y, por último, la entidad Ovidio Pub, igualmente, en síntesis, interesaba su íntegra confirmación con la imposición expresa de las costas causadas en esta alzada a los apelantes.

TERCERO.- Pues bien, de cuanto llevamos expuesto, habrá de convenirse, que los allí demandantes, hoy apelantes, para el éxito de la pretensión deducida en la demanda, lo único que tenían que probar para que prosperara, recordemos, basada en la declaración en una intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen, concretamente, por haberse utilizado su imagen y nombre sin su consentimiento con fines publicitarios los carteles aparecidos en octubre del año 01. Suficientemente acreditar de forma plena, que no, por meros indicios o sospechas, lo afirmado en el escrito de demanda como premisa, previa, esto es, su contratación para el video audiovisual o corto denominado "SOBERANO EL REY CANALLA" con base en los documentos que obran al folio 9 y ss donde se contemplan en las cláusulas ordinales octava y novena libremente pactadas los derechos de propiedad intelectual y de imagen cedidos al -Productor- de la película que incluían los típicos aspectos de estas operaciones al uso o práctica común. Así, A) LOS DE FIJACIÓN, contemplando literalmente que se entendían por tal la impresión en cualquier material o soporte, que permitiera su reproducción, comunicación pública y distribución. Añadiendo, en los apartados B) C) y D), es decir, los de reproducción por copias en cualquier soporte, los de distribución referidos a originales o copias y los de doblaje y subtítulo.

- Sentado lo anterior, revisadas las actuaciones obrantes en autos, incluido, el visionado de la cinta videográfica al efecto. Una primera conclusión debemos dejar concluyentemente acreditada discrepando por consiguiente de la fundamentación desestimatoria que contempla la sentencia revisada. Según el resultado del interrogatorio del representante legal de la entidad González Byass, (10h:26m), su Cía. se limitó a contratar un cortometraje que se difundiría en diversos medios para dar publicidad a uno de los productos y calificaba de novedosa la campaña ideada por la entidad Vizcaíno Lara ignorando los demás extremos.

Pues bien los actores mantienen que la publicidad en internet, videos, vallas y fundamentalmente los carteles en las

marquesinas no fueron pactados y discrepaban de la sentencia desestimatoria que estimaba, al menos, se desprendía su conocimiento tácito. Argumento que convence a este Tribunal y, en consecuencia, estimarse el recurso, parcialmente, por las razones que expondremos a continuación. Así, en primer término, el resultado del testimonio de la representante artística de los apelantes (10h:46m), María Teresa, rotunda contestando que sólo estipulamos la comercialización para Salas y TV los derechos de interpretación cedidos, nunca para marquesinas ni carteles publicitarios con el nombre e imagen del producto. Si a esto añadimos, que los contratos para nada del examen de su articulado reflejan dato alguno que quedara incluido conforme preveía el art. 20 Texto articulado LPI al tiempo de producirse los hechos, concretamente, la publicidad cediendo igualmente a su vez los derechos de imagen por aparecer sus imágenes y rostro unidos al producto, que es lo que realmente figura a grandes caracteres junto la botella en las fotografías obrantes a los folios 33 y ss. Discrepamos de la valoración que contempla la sentencia deduciéndose obtenido tácitamente al conocer el nombre del patrocinador. Lo cierto, es que por la labor de interpretación en el corto no se deduce implícito, y, lo que resulta un dato determinante y significativo en el presente supuesto que se nos somete a nuestra consideración, concretamente, examinada la contestación de OVIDIO PUB, folio 185 y ss, se aportó el anexo al contrato pactado con Jaime, también integrante del elenco no demandante en la instancia, en donde sí está prevista expresamente la posibilidad de fiestas y promociones con posters y material promocional cediendo éste los correspondientes derechos de imagen.

Se podrá argumentar que solo era para promocionar exclusivamente el corto, folio 215, pero examinado el mismo no figura para nada la botella en ningún pie de página siendo lo destacado y eje central del mismo, esto es, la propia imagen del actor. Si a esto añadimos, la prueba documental aportada por los demandantes junto su escrito de demanda, folios 144 y ss, consistente en la Convección

de Soberano cuyo objetivo era conseguir determinadas ventas basados entre otros objetivos en la campaña exterior mediante el uso de marquesinas de una manera notoria para el año 02, empleando para ello códigos cinematográficos y fundamentalmente -agresiva-. En consecuencia, debió advertírseles, previamente, a los apelantes, conformes nos enseña la lógica y las reglas de la buena fe en toda contratación que se utilizaría su imagen con el producto; por lo que al no haber acontecido en el presente caso dado el resultado de las pruebas ya analizadas, ni se propuso al Director del mismo para que desvirtuara que así lo comunicó e hizo saber a los demandantes. La conclusión que alcanzamos es que la forma empleada de publicidad contraria al derecho a la propia imagen de los apelantes en contra de la LPI accediendo por la vía de hecho una vez finalizado el trabajo artístico cinematográfico, la colocación de carteles integrantes de una novedosa forma de publicidad asociando su imagen se quiera o no a un conocido producto de marca sin constarles o saberlo, es más, sin haber obtenido, previamente, el consentimiento de los apelantes que fueron sorprendidos en su buena fe, en suma, determina la estimación del presente recurso y la revocación de la sentencia revisada quedando pendiente por analizar los pronunciamientos relativos a la condena solidaria que incluía las pretensiones acumuladas de prohibición, retirada y cantidades interesadas en la instancia.

CUARTO.- Por lo que se refiere a la primera de las cuestiones apuntadas, esto es, la condena solidaria como excepción que no la mancomunada de las entidades co-demandadas, apeladas en esta alzada. Al respecto, deben desestimarse en su integridad no convenciendo los argumentos desestimatorios mantenidos por las entidades González Byass, y, la entidad OVIDEO PUB. Así, en primer término, respecto del argumento alegado por la primera de las citadas, esto es, concretamente, que no contrató con los actores demandantes limitándose a pagar el proyecto ideado. No se sostiene, la postura de dar marcha a la colocación de los carteles, se quiera o no determina que aceptaba las

consecuencias de todo ello en las que cabe incluirse lógicamente que obtendría el consentimiento de los interpretes en el corto o video y la trascendencia de la campaña agresiva que iba a implantar tras su terminación aprovechando la imagen personal de los mismos que incluye a la entidad VIZCAINO LARA por ser la autora original de la idea publicitaria no advirtiéndole que sería necesario el consentimiento expreso de los interpretes. Y, por lo que se refiere a la segunda, OVIDEO PUB, por constar en los contratos como productora que negoció los derechos de cesión. Debiendo extenderse a, todas ellas, las medidas solicitadas de la retirada total de cuantos soportes tuvieran en su poder y se abstengan a partir de la presente de utilizar la imagen de los demandantes en cualquier campaña publicitaria con el nombre o la marca del producto -Soberano-.

- Mientras que por lo que respeta a las cantidades solicitadas ascendente a -12.000-€ respectivamente para cada uno de los apelantes, es decir, un total de -24.000-€. En el presente caso, revisadas las actuaciones y analizando los argumentos opuestos por las entidades apeladas, co-demandadas en la instancia, bien calificando de desmedida o excesiva, o bien el escaso caché o fama profesional de los actores allí demandantes, o la aplicación de baremos mínimos para el gremio de los modelos. Lo cierto, es la existencia de un dato objetivo se quiera o no como lo demuestra en el presente caso examinada la documental obrante al folio 214, la retribución por postproducción abonada a Jaime, que, recordemos, ascendió incluyendo sesiones en televisión, revistas publicidad exterior, radio, internet etc; un total sin iva presupuestado ascendente a -1.644.500-ptas. Luego una primera conclusión deviene concluyente, sí estaba presupuestada esa cantidad para el actor principal del corto, el resto que intervinieron y aparecen como secundarios en los carteles prestando su imagen al producto o bebida de la marca, será sobre esta cantidad o módulo la que tener en cuenta para resarcir a los apelantes, pues a falta de otros perjuicios no acreditados ni alegados en la demanda solicitados por indemnización siendo alzada la cifra solicitada

de -12.000-€ para cada uno. Pues bien, con arreglo al anterior dato estimamos adecuada y correcta en este caso que analizamos la cifraalzada de -1.000.000- ptas equivalentes a - 6.010,12-€ iva incluido para cada uno de ellos, esto es, la cantidad total de - 12.020,24-€.

QUINTO.- En definitiva, estimando, parcialmente, el recurso de apelación y de conformidad con lo dispuesto en el art. 398 de la LEC, no procede hacer expresa condena en el pago de las costas causadas en esta alzada por la resolución del presente recurso. Mientras que las causadas en primera instancia se ha de distinguir, al ser nuestro pronunciamiento revocatorio en esta alzada estimatorio, parcial, de la demanda frente a las pretensiones acumuladas por los hoy apelantes, conlleva que no proceda mención expresa respecto de las costas causadas en primera instancia a ninguna de ellas debiendo cada parte sufragarse las originadas a su instancia, y, para el caso de existir comunes, por mitad. Todo ello, conforme establece el art. 394 de la LEC.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación.

III.- F A L L A M O S

Que, estimando, parcialmente, el recurso interpuesto por la representación procesal acreditada de D. Marcos y D. Raúl, habiéndose opuesto la representación procesal acreditada

de las entidades VIZCAINO LARA, S.A., GONZÁLEZ BYASS, S.A., y OVIDEO PUB S.L., contra la sentencia dictada en fecha 23-1-04, por el Juzgado de Primera Instancia nº 70 de los de Madrid, en los Autos de Juicio Ordinario nº 120/02, allí seguidos por las partes y a los que el presente Rollo se contrae. En consecuencia, debemos ESTIMAR y ESTIMAMOS, parcialmente, la demanda interpuesta por los allí demandantes contra las entidades anteriormente citadas, debiendo retirar del mercado cuantos soportes tuvieran en su poder y se abstengan de utilizar la imagen de los demandantes en cualquier campaña publicitaria con el nombre o la marca del producto denominado -Soberano-. Igualmente, deberán indemnizar a los demandantes con carácter solidario en la cifra de -12.000-€ a cada uno de ellos equivalentes a - 6.010,12-€, esto es, la cantidad total de - 12.020,24-€. Todo ello, sin mención expresa de las costas causadas en ambas instancias.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación literal al Rollo de Sala nº 627/04, y se notificará a las partes conforme preceptúa el artículo 208.4 de la vigente LEC, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Firmada la anterior resolución es entregada en esta Secretaría para su notificación, dándose publicidad en legal forma, y se expide certificación literal de la misma para su unión al rollo. Certifico.