

Centro Regional para el Fomento del Libro en América Latina y el Caribe © CERLALC, 2012  
Selección y disposición de las materias y comentarios, Ricardo Antequera Parilli

## **Fotografías no creativas. Protección “*sui generis*”. Reproducción ilícita. Posibilidad de reclamar daño moral.**

**PAÍS U ORGANIZACIÓN:** España

**ORGANISMO:** Audiencia Provincial de Álava (sede Vitoria-Gasteiz), Sección 1ª

**FECHA:** 14-6-2010

**JURISDICCIÓN:** Judicial (Civil)

**FUENTE:** Texto del fallo a través del Centro de Documentación Judicial (CENDOJ) del Consejo General del Poder Judicial de España, en <http://www.poderjudicial.es/jurisprudencia>. Id Cendoj: 01059370012010100334. Actualización: 7-6-2012.

**OTROS DATOS:** Recurso 35/2010.

### **SUMARIO:**

*“El recurrente se alza contra la sentencia que estimó íntegramente la demanda de D. Pedro Miguel. Éste, aficionado a la fotografía, ha colgado en la página web Filckr (...) una fotografía de una edificación de la calle Santiago de La Puebla de Arganzón, con grandes balcones repletos de flores, de manera que su acceso es público, aunque junto a la misma con el rótulo «Información adicional», y también al clickar en el icono ampliar, figura la expresión: «© Todos los derechos reservados». Esa fotografía fue usada sin autorización por D. Juan Carlos, trabajador autónomo dedicado a la publicidad con el nombre comercial «CREATIVOS NEXUS», en un anuncio de media página publicado en la edición alavesa de «EL CORREO» el 17 de diciembre de 2007, publicitando una promoción inmobiliaria. El pie de la fotografía reza «Vista de La Puebla de Arganzón».”*

[...]

*“El art. 10.1 LPI <sup>1</sup> comienza indicando que «Son objeto de propiedad intelectual todas las creaciones originales literarias, artísticas o científicas expresadas por cualquier medio o soporte, tangible o intangible, actualmente conocido o que se invente en el futuro, comprendiéndose entre ellas: h) Las obras fotográficas y las expresadas por procedimiento análogo a la fotografía». Pero luego el Título V de la ley, rubricado «La protección de las meras fotografías», establece en el art. 128 que «Quien realice una fotografía u otra reproducción obtenida por procedimiento análogo a aquélla, cuando ni una ni otra tengan el carácter de obras protegidas en el Libro I, goza del derecho exclusivo de autorizar su reproducción, distribución y comunicación pública, en los mismos términos reconocidos en la presente Ley a los autores de obras fotográficas».”*

---

<sup>1</sup> Ley española de Propiedad Intelectual (nota del compilador).

*“Como se aprecia, la norma protege la fotografía que merezca la consideración de obra artística, caracterizada por su originalidad, pero también la «mera fotografía», por utilizar la expresión legal, que es simple reproducción de la realidad sin alcanzar la consideración de obra artística. La intensidad de la protección es distinta, menor en el caso de las meras fotografías, aunque desde luego existe”.*

[...]

*“Dejando a un lado qué consideración merezca la imagen controvertida, si obra artística o mera fotografía, pues dada la acción ejercitada por el actor la cuestión es irrelevante, el argumento del recurrente mezcla, sin fundamento, instituciones diferentes: el derecho moral del autor y el daño moral. En efecto, el derecho de autor comprende un doble haz de facultades, unas de carácter moral y otra económico ... Forman parte del «derecho moral» del autor, con carácter irrenunciable e inalienable, el derecho a decidir sobre la divulgación de la obra, el carácter con que pueda hacerse, el ser reconocido como autor, el derecho a que se respete su integridad, a modificarla, retirarla del comercio o acceder al ejemplar único o raro”.*

*“Pero tal característica del derecho de autor, aunque se denomine moral, nada tiene que ver con el «daño moral» que pueda sufrir el autor o cualquier otra persona. Esta clase de daño es un perjuicio de índole no material, derivada de padecimientos no visibles ...”.*

[...]

*“Que las meras fotografías no gocen de los derechos morales que a su autor garantiza la LPI, ... no significa que si hubiera daños indemnizables por vulneración de los derechos de explotación, que sí protege el art. 128 LPI, no pueda valorarse el daño moral padecido. En definitiva, si el autor de la fotografía «goza del derecho exclusivo de autorizar su reproducción, distribución y comunicación pública», aparece inmediatamente la posibilidad de reclamar conforme al art. 140 LPI la indemnización por daños y perjuicios de toda clase, incluidos los morales ...”.*

*“...No cabe admitir, por lo tanto, que el art. 140 LPI se refiera solo a los derechos morales, pues habla de los derechos reconocidos en la ley, que comprende los de contenido económico, y también los del art. 128 LPI. Por otro lado dicho precepto no protege solo los derechos de quien se considere autor conforme al art. 5 LPI, es decir, al creador de obra literaria, artística o científica de las que desgrana el art. 10 LPI, sino a cualquier «titular del derecho infringido», concepto más amplio que permite reclamar a quien ha tomado meras fotografías de las previstas en el art. 128 LPI”.*

[...]

*“El desprecio que la actuación de quien utilizó la fotografía orillando los derechos de quien la tomó, permite concluir el menosprecio padecido por el demandante, quien no resulta perjudicado tanto por la compensación económica que podría haber pedido, como por la justificada sensación de haber sido ignorado con semejante proceder. En definitiva, que el daño moral resulta acreditado ...”.*

**COMENTARIO:** Es sabido que, según la naturaleza del patrimonio afectado, el daño puede ser incorporal, extra-patrimonial o de afección, conocido como “*daño moral*”, o por el contrario, constituir la disminución o pérdida de una cosa material o de una ganancia o beneficio que se ha dejado de obtener, denominado como “*daño patrimonial*”, sea “*daño emergente*” o bien a título de “*lucro cesante*”. Ahora bien, no debe confundirse el derecho moral del autor con el daño moral que la infracción pueda causarle; como tampoco el derecho patrimonial del autor con el daño patrimonial causado con la violación a su respectivo derecho. En efecto, partiendo de la tradicional clasificación del derecho común en cuanto al daño en moral o patrimonial, una infracción al “*derecho moral*”, no solamente puede generar un “*daño moral*”, sino también un “*daño patrimonial*”, de la misma manera que una violación al “*derecho de explotación*” (o derecho patrimonial) puede causar tanto daños morales como patrimoniales. Ahora bien, en el caso de las fotografías, cuando se trata de “*obras fotográficas*”, por revestir características de originalidad, surgen derechos de orden moral y patrimonial, como en cualquier otra creación en el dominio literario o artístico, pero si se está en presencia de una “*mera fotografía*”, o sea, no creativa, algunas leyes le reconocen al fotógrafo una protección “*sui generis*”, que solamente confiere derechos patrimoniales o de explotación. Pero ello no quiere decir que la reproducción no autorizada de una mera fotografía no pueda generar en el titular del derecho infringido un daño afectivo, espiritual o moral, independientemente del daño patrimonial causado con la infracción. Como señala Cifuentes, comentando a Zavala de González, puede haber una extensión del daño patrimonial hacia lo afectivo, hacia los sentimientos, y a la inversa, una extensión de los sentimientos hacia lo patrimonial<sup>1</sup>. En similar sentido Oliveira Ascensão acota que “*los daños no patrimoniales pueden resultar tanto de la violación de los derechos morales como de la violación de los derechos patrimoniales de autor; y lo mismo puede decirse de los daños patrimoniales. No hay ninguna correspondencia unívoca entre la calificación del derecho lesionado y la calificación del daño producido. De una violación de un derecho de explotación puede resultar para el autor un grave daño moral*”<sup>2</sup> En palabras del Tribunal Supremo español, “*... a partir de un mismo hecho, pueden producirse simultáneamente daños materiales que repercuten en el patrimonio del perjudicado y son susceptibles de evaluación patrimonial y un daño moral, relacionado o derivado de aquél que alcanza a otras realidades extra-patrimoniales, bien de naturaleza afectiva, como son los sentimientos, bien referida al aspecto social de la repercusión creadora, y también abarca, en proyección de heterogeneidad, otras situaciones motivadoras de efectivos y trascendentales daños morales*”<sup>3</sup> (se ha resaltado). © Ricardo Antequera Parilli, 2012.

### TEXTO COMPLETO:

La Audiencia Provincial de Vitoria-Gasteiz compuesta por los Ilmos. Sres. D. Jaime Tapia Parreño, Presidente en funciones, D. Iñigo Elizburu Aguirre y D. Edmundo Rodríguez Achútegui, Magistrados, ha dictado el día catorce de junio de dos mil diez EN NOMBRE DEL REY la siguiente SENTENCIA Nº 306/10

El recurso de apelación civil Rollo de Sala nº 35/2010, procedente del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Vitoria-Gasteiz, derivado de los Autos de Juicio Verbal nº 97/09, ha sido promovido por D. Juan Carlos, asistido del letrado D. ALEJANDRO TORIBIO

FERNÁNDEZ DE PINEDO, frente a la sentencia dictada el 25 de junio de 2009. Es parte apelada D. Pedro Miguel, asistido del letrado D. MARIO SANTANDER MARTÍNEZ.

<sup>1</sup> CIFUENTES, Santos: *Delitos y otros ilícitos: Reparación del Daño*, en Seminario Nacional de la OMPI sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos para magistrados y funcionarios judiciales de la República Argentina. Documento OMPI/DA/JU/BUE/96/13. Buenos Aires, 1996. p.3.

<sup>2</sup> OLIVEIRA ASCENSÃO: *Direito de autor e direitos conexos*, citado por MARTÍNEZ ESPÍN, Pascual: *El daño moral contractual en la Ley de Propiedad Intelectual*. Ed. Tecnos. Madrid, 1996 p. 56.

<sup>3</sup> Sentencia de la Sala Civil del 3-6-1991.

Actúa como ponente el Sr. Magistrado D. Edmundo Rodríguez Achútegui.

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Por el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Vitoria-Gasteiz se dictó sentencia cuya parte dispositiva dice:

"Que, estimando la demanda presentada por D. Pedro Miguel, debo condenar y CONDENO a D. Juan Carlos al pago de la cantidad de 900 euros, que se verá incrementada con el interés legal más dos puntos desde la presente sentencia hasta el pago, condenando expresamente al demandado al pago de las costas procesales derivadas de este procedimiento".

**SEGUNDO.-** Frente a la anterior resolución, se presentó recurso de apelación por la representación de D. Juan Carlos, recurso que se tuvo por interpuesto mediante providencia de 19 de octubre de 2009, dándose el correspondiente traslado a la contraparte por diez días para alegaciones, presentando la representación de D. Pedro Miguel escrito de oposición al recurso planteado de contrario, elevándose posteriormente los autos a esta Audiencia Provincial.

**TERCERO.-** Recibidos los autos en la Secretaría de esta Sala, con fecha 26 de enero de 2010 se mandó formar el Rollo de apelación, registrándose y turnándose la ponencia al Ilmo. Sr. Magistrado D. Edmundo Rodríguez Achútegui.

**CUARTO.-** En providencia de 20 de mayo de 2010 se acordó citar para deliberación, votación y fallo el día 10 de junio siguiente.

**QUINTO.-** En la tramitación de este recurso se han observado las prescripciones legales fundamentales.

## **FUNDAMENTOS JURÍDICOS**

**PRIMERO.-** Los términos del recurso

El recurrente se alza contra la sentencia que estimó íntegramente la demanda de D. Pedro Miguel. Éste, aficionado a la fotografía, ha colgado en la página web Flickr ( DIRECCION000) una fotografía de una edificación de la calle Santiago de La Puebla de Arganzón, con grandes balcones repletos de flores, de manera que su acceso es público, aunque junto a la misma con el rótulo "Información adicional", y también al clicar en el icono ampliar, figura la expresión: "© Todos los derechos reservados". Esa fotografía fue usada sin autorización por D. Juan Carlos, trabajador autónomo dedicado a la publicidad con el nombre comercial "CREATIVOS NEXUS", en un anuncio de media página publicado en la edición alavesa de "EL CORREO" el 17 de diciembre de 2007, publicitando una promoción inmobiliaria. El pie de la fotografía reza "Vista de La Puebla de Arganzón".

Considerando indebido y no autorizado el uso de la fotografía, la sentencia recurrida condena a la petición de la actora, es decir, una indemnización de 900 euros fundada en el art. 140 del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 abril 1996, que aprueba el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (LPI). Frente a tal resolución el apelante considera incorrectamente valorada la prueba, porque a su juicio ni existe ni se ha probado perjuicio económico, no hay prueba del daño moral ni tampoco de su valoración, por lo que solicita la estimación del recurso, revocando la sentencia por otra desestimatoria de la demanda.

**SEGUNDO.-** La protección de la "mera fotografía"

Niega el recurrente que la fotografía controvertida sea susceptible de protección conforme al art. 10 LPI. En su opinión esta fotografía, realizada por un aficionado que no se dedica profesionalmente a esta actividad, no merece el amparo de la norma, sobre todo en lo relativo a la posibilidad de exigir indemnización por daño moral. El art. 10.1 LPI comienza indicando que "Son objeto de propiedad intelectual todas las

creaciones originales literarias, artísticas o científicas expresadas por cualquier medio o soporte, tangible o intangible, actualmente conocido o que se invente en el futuro, comprendiéndose entre ellas: h) Las obras fotográficas y las expresadas por procedimiento análogo a la fotografía". Pero luego el Título V de la ley, rubricado "La protección de las meras fotografías", establece en el art. 128 que "Quien realice una fotografía u otra reproducción obtenida por procedimiento análogo a aquélla, cuando ni una ni otra tengan el carácter de obras protegidas en el Libro I, goza del derecho exclusivo de autorizar su reproducción, distribución y comunicación pública, en los mismos términos reconocidos en la presente Ley a los autores de obras fotográficas".

Como se aprecia, la norma protege la fotografía que merezca la consideración de obra artística, caracterizada por su originalidad, pero también la "mera fotografía", por utilizar la expresión legal, que es simple reproducción de la realidad sin alcanzar la consideración de obra artística. La intensidad de la protección es distinta, menor en el caso de las meras fotografías, aunque desde luego existe.

Según el recurrente la fotografía de autos no merece la calificación de obra artística, sino de mera fotografía, por lo que no puede ampararse en el art. 140.2.a) LPI, relativo a la indemnización por daños morales, ya que el demandante optó en su reclamación por ceñirse a la derivada del daño moral, y las meras fotografías no tienen reconocidos derechos morales.

Dejando a un lado qué consideración merezca la imagen controvertida, si obra artística o mera fotografía, pues dada la acción ejercitada por el actor la cuestión es irrelevante, el argumento del recurrente mezcla, sin fundamento, instituciones diferentes: el derecho moral del autor y el daño moral. En efecto, el derecho de autor comprende un doble haz de facultades, unas de carácter moral y otra económico, como refleja el Capítulo II del Título II del Libro I

LPI, que dedica su Sección 1ª (arts. 14 a 16), al "Derecho Moral", y la Sección 2ª (arts. 17 a 23), a los "Derechos de Explotación". Forman parte del "derecho moral" del autor, con carácter irrenunciable e inalienable, el derecho a decidir sobre la divulgación de la obra, el carácter con que pueda hacerse, el ser reconocido como autor, el derecho a que se respete su integridad, a modificarla, retirarla del comercio o acceder al ejemplar único o raro.

Pero tal característica del derecho de autor, aunque se denomine moral, nada tiene que ver con el "daño moral" que pueda sufrir el autor o cualquier otra persona. Esta clase de daño es un perjuicio de índole no material, derivada de padecimientos no visibles, como ha dicho la STS de 28 de febrero 2008, RJ 2008\ 5212 al indicar que "Los daños morales afectan a intereses espirituales del ser humano, es el daño no económico, que puede afectar a la dignidad de la persona (sentencias de 17 de febrero de 2005 [ RJ 2005\ 1679 ] y 28 de marzo de 2005 [RJ 2005\ 2614]) o al dolor físico o anímico (pretium doloris)". Es por lo tanto un concepto diverso de los tradicionales daño emergente y lucro cesante previstos en el art. 1.106 del Código Civil (CCv).

Que las meras fotografías no gocen de los derechos morales que a su autor garantiza la LPI, como han afirmado las SAP Barcelona 29 julio 2005, AC 2006\ 45641, SAP Alicante 19 junio 2006, AC 2006\1759 y SAP Madrid 28 enero 2008, AC 2008\ 1103, con criterio discutido por alguna doctrina, no significa que si hubiera daños indemnizables por vulneración de los derechos de explotación, que sí protege el art. 128 LPI, no pueda valorarse el daño moral padecido. En definitiva, si el autor de la fotografía "goza del derecho exclusivo de autorizar su reproducción, distribución y comunicación pública", aparece inmediatamente la posibilidad de reclamar conforme al art. 140 LPI la indemnización por daños y perjuicios de toda clase, incluidos los morales, que además están expresamente previstos en el tan citado art. 140.2.a) LPI.

*Este art. 140 está situado en el Libro III LPI, "De la protección de los derechos reconocidos en esta ley", bajo cuya rúbrica regula el derecho a solicitar indemnización por el "titular del derecho infringido" (art. 140.1 LPI). No cabe admitir, por lo tanto, que el art. 140 LPI se refiera solo a los derechos morales, pues habla de los derechos reconocidos en la ley, que comprende los de contenido económico, y también los del art. 128 LPI. Por otro lado dicho precepto no protege solo los derechos de quien se considere autor conforme al art. 5 LPI, es decir, al creador de obra literaria, artística o científica de las que desgrana el art. 10 LPI, sino a cualquier "titular del derecho infringido", concepto más amplio que permite reclamar a quien ha tomado meras fotografías de las previstas en el art. 128 LPI. Éste puede, por ello, solicitar indemnización con fundamento en el art. 140 LPI, y en particular en su apartado 2 letra a), de modo que decaen las razones expuestas en el recurso sobre este particular.*

**TERCERO.-** *Sobre la existencia del daño moral*

*La segunda razón en que se sostiene el recurso es la inexistencia de daño moral. Éste ha de ser cumplidamente acreditado, como sostiene la jurisprudencia ( STS 31 mayo 2000, RJ 2000\ 5089, 11 noviembre 2003, RJ 2003\ 8289, 12 junio 2007). Según el apelante no hay prueba de tal daño, lo que niega el apelado. Recuérdese que la dicción del segundo párrafo del art. 140.2 a) LPI es "en el caso de daño moral procederá su indemnización, aun no probada la existencia de perjuicio económico. Para su valoración se atenderá a las circunstancias de la infracción, gravedad de la lesión y grado de difusión ilícita de la obra".*

*Como se desprende de la norma, el actor tiene que probar el daño moral, aún si no acreditara perjuicio económico. Al respecto consta que la fotografía estaba colgada en la web con al menos dos advertencias del tenor "© Todos los derechos reservados". Se ha acreditado que no hubo ningún intento de*

*contactar con el autor de la fotografía, que se tomó sin autorización. La fotografía se publica en un medio de comunicación de amplia difusión en Álava, sin explicitar su origen. Finalmente, no consta si hubo compensación económica por utilizarla. De todos esos datos se desprende el daño moral padecido por quien hizo la fotografía indebidamente utilizada. Éste no ha sabido del uso de la misma hasta que ve la publicación en el periódico, no ha habido petición de autorización para su difusión, no se reconoce su origen y no se le ofrece, ni percibe, compensación económica de clase alguna. Padece por lo tanto en lo patrimonial, pero, sobre todo, por ser inadvertido por quien utilizó sus fotografías, obviando elementales reglas que habían de respetarse ante los avisos que se hacían en la web.*

*El desprecio que la actuación de quien utilizó la fotografía orillando los derechos de quien la tomó, permite concluir el menosprecio padecido por el demandante, quien no resulta perjudicado tanto por la compensación económica que podría haber pedido, como por la justificada sensación de haber sido ignorado con semejante proceder. En definitiva, que el daño moral resulta acreditado, por lo que también estas razones del recurso serán apartadas.*

**CUARTO.-** *El importe del daño moral*

*Finalmente se cuestiona en el recurso el importe del daño moral fijado en la sentencia recurrida, que los concreta en 900 euros. Aunque el recurrente se centra en desmentir los argumentos de la demanda, en lugar de los de la sentencia, al haber acogido esta última los primeros pueden predicarse de la resolución cuestionada.*

*La sentencia entiende procedentes 900 euros por la falta de consentimiento de que la fotografía se utilizara, la falta de comunicación de que se fuera a hacer, la utilización de la misma con fines comerciales y su publicación en el medio de comunicación de más difusión de la*

provincia. El apelante puede discrepar de ese parecer y su cuantificación, pero no se comparte que no se hayan dado razones para justificar la determinación del importe del daño moral padecido.

Sobre esta materia el párrafo 2º del art. 140.2 a) LPI ordena tener en cuenta para su valoración la infracción, gravedad de la lesión y grado difusión ilícita de la obra. La primera debe considerarse grave, porque el demandado trabaja en el mundo de la publicidad y hay que presumir que tenga algún conocimiento, siquiera elemental, de la protección de imágenes. Y aunque no los tuviera, cuando accede a la fotografía tiene hasta dos avisos sobre la existencia de derechos protegidos, que ignora consecutivamente. No se pone en contacto con el demandante, no le comunica que va a utilizarla ni le solicita autorización. Cuando se presenta reclamación no le ofrece ninguna satisfacción, propiciando este litigio. Todo ello permite concluir que la infracción fue de alguna intensidad.

Quizá deba considerarse menor la gravedad de la lesión, en tanto que el apelado no se dedica profesionalmente a la fotografía. Pero que no sea de un grado elevado no significa que no exista, pues incluso los aficionados tienen derechos que la ley garantiza. Además, como indica la sentencia recurrida, se utilizó con fines comerciales, no autorizados por el titular del derecho infringido. Por último, debe ponderarse como importante el grado de difusión ilícita, porque el anuncio se difunde en EL CORREO, el medio de comunicación escrito de mayor tirada de este territorio histórico.

Con tales mimbres la apreciación de la sentencia de instancia sobre el importe del daño moral padecido, que recoge la pretensión de la parte actora, debe calificarse como moderada y prudente. No lo entiende así el apelante, que asegura que por ese anuncio percibió 4,4. Su afirmación se basa en prorratear la factura por inserciones publicitarias en el periódico que acompaña como doc. nº 1 de su

contestación, folios 105 y ss. Tal documento, sin embargo, es poco explicativo, pues lo que factura el demandado a su cliente alcanza 414,06 euros, mientras que de la factura del periódico no se desprende el coste del anuncio, dado que no se aclara cual de las más de 125 inserciones publicitarias es la de autos.

Frente al cálculo subjetivo del apelante, la apreciación de la sentencia impugnada es bien modesta.

Dada la gran difusión dada a la fotografía, junto a la deliberada omisión de cualquier contacto con su creador, sólo puede entenderse como muy ajustada la cantidad fijada en la sentencia, por lo que se desestima el recurso también en este aspecto y se confirma íntegramente la misma.

#### **QUINTO.- Costas**

Conforme al art. 398.1 LEC, por remisión al art. 394.1, se imponen las costas al recurrente.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación

#### **FALLAMOS**

1.- DESESTIMAR el recurso de apelación formulado por D. Juan Carlos, frente a la sentencia de 25 de junio de 2009 dictada en los autos de procedimiento de juicio verbal nº 97/2009 por el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Vitoria-Gasteiz.

2.- CONDENAR al pago de las costas a D. Juan Carlos.

**MODO DE IMPUGNACIÓN:** Frente a esta resolución no cabe interponer recurso ordinario de ninguna clase.

Con certificación de esta resolución y carta orden remítase los autos originales al Juzgado de procedencia para su conocimiento y ejecución.

*Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.*

*PUBLICACIÓN.- Dada y pronunciada fue la anterior Sentencia por los Ilmos. Sres.*

*Magistrados que la firman y leída por el Ilmo. Magistrado Ponente en el mismo día de su fecha, de lo que yo la Secretario Judicial doy fe.*