

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

## **El daño moral. Elementos para su apreciación.**

**PAÍS U ORGANIZACIÓN:** España

**ORGANISMO:** Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15ª

**FECHA:** 10-10-2003

**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: 08019370152003100158. Actualización: 13-6-2012.

**OTROS DATOS:** Recurso 654/2001.

### **SUMARIO:**

*“Constituye doctrina pacífica la tesis que sostiene que existen una serie de daños que, dado su carácter inmaterial, han de considerarse ex re ipsa, teniendo derecho el perjudicado a que el público tenga conocimiento de la usurpación de que ha sido objeto y de que le sean convenientemente reparados”.*

*“De ahí que el segundo párrafo del artículo 135 de la Ley de Propiedad Intelectual determine que procede la indemnización del daño moral, aún cuando no se haya probado la existencia de perjuicio económico, ofreciendo a renglón seguido tres referencias, no ya para el éxito de la pretensión que se ejerza en tal sentido, sino para la concreción numeraria del mismo, y que resultan referidas a «las circunstancias de la infracción cometida, la gravedad de la lesión causada y el grado de difusión ilícita de la obra».”*

**COMENTARIO:** El dispositivo analizado en el fallo (hoy artículo 140 de la LPI), contiene tres elementos a tomar en cuenta por el Juzgador para evaluar la cuantía del resarcimiento por el daño moral causado por la violación a uno cualquiera de los derechos del autor, pero no parece ser una enumeración taxativa, de modo que podrían considerarse también otros factores, de acuerdo a las características del caso concreto. En la doctrina, Cifuentes, aunque admite que es dificultosa la valoración del daño moral en materia de derecho de autor no es imposible, y que el Juez debe valorar las expresiones del espíritu y sus valores traducidos en dinero para la indemnización justa, y se pregunta, por ejemplo, cuánto vale un cuadro plástico, una actuación profesional de abogado, de médico, de arquitecto, un escrito científico, y en orden del derecho moral, desprendido de su faz material, la personalidad de su autor, la creación de su espíritu, etc., y a los efectos del resarcitorio del daño moral, pone algunos elementos de referencia, entre ellos, los siguientes: a) El tipo de obra; b) Las condiciones del lesionado, entre ellas su dedicación, pues padece más quien vive de su arte o de su ciencia, que aquel que ha creado como al pasar, sin que la creación sea el fin de su existir; c) La extensión o repercusión del hecho violador, porque, comenta textualmente: “es más insoportable la difusión en los mass media, en los carteles publicitarios, por televisión, que en vidrieras o afiches aislados”; d) La calidad de la obra y sus ofertas en otros bienes personalísimos,

como el honor, también herido; e) La imagen personal puesta en la calle; f) En fin –concluye-, “siempre tendrá el juez elementos diferenciadores acumulados: *identificadores del dolor, de la trayectoria vital invadida. A ellos debe acudir*”<sup>1</sup>. La jurisprudencia en la Argentina se ha ocupado varias veces del tema de la valoración del daño moral en materia de derecho de autor, al resolver por ejemplo que “a fin de cuantificar el daño moral, debe efectuarse una razonable ponderación de las circunstancias de la infracción, la gravedad de la lesión, el grado de difusión ilícita de la obra, así como la indefensión del titular para custodiar el objeto de su derecho, como consecuencia de la inmaterialidad de la obra que impide su custodia física por su dueño y a los medios tecnológicos que facilitan su apropiación, de modo que los titulares queden adecuadamente compensados y constituya un medio disuasivo eficaz con respecto al infractor”<sup>2</sup>. Y también que “... el daño moral no tiene por qué fijarse en relación con el daño patrimonial, pues consiste en el ataque a bienes jurídicos extrapatrimoniales del damnificado y debe ser plenamente resarcido”<sup>3</sup>. En Brasil, con relación al plagio, se ha sentenciado que “el daño moral es un fenómeno subjetivo, imposible de medirse empíricamente (por medios ordinarios de prueba), de manera que el grado del plagio sugiere la misma extensión del daño, que ciertamente no es el mismo en el caso del plagio de una pequeña parte o de la totalidad de la obra”<sup>4</sup>. © Ricardo Antequera Parilli, 2012.

### TEXTO COMPLETO:

En la ciudad de Barcelona, a diez de octubre de dos mil tres.

Vistos en grado de apelación, ante la Sección Quince de esta Audiencia Provincial, los presentes autos de Juicio Ordinario, número 91/01 seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 23 de Barcelona, a instancia de D. Jose Ignacio representado por la Procuradora de los Tribunales D<sup>a</sup>. Elisabeth Hernández Vilagrasa y asistido de su letrada D<sup>a</sup>. Sonia Villa González, contra EDICIONES EL JUEVES, S.A representada por el Procurador de los Tribunales D. Alfredo Martínez Sánchez y asistida de su letrado D. Jordi Plana Aznar; los cuales penden ante esta Superioridad en virtud de recurso apelación interpuesto por ambos litigantes contra sentencia dictada la

en los mismos el día 18 de julio de 2.001, por la Ilma. Sra. Magistrada- Juez de dicho Juzgado.

### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** La parte dispositiva de la sentencia apelada es del tenor siguiente: "FALLO: Que estimando parcialmente la demanda interpuesta por D. Jose Ignacio , representado por el Procurador Elisabeth Hernández Vilagrasa y defendida por el letrado Doña Sonia Villa González, contra Ediciones el Jueves, S.A representada por el Procurador Don Alfredo Martínez Sánchez y defendido por el letrado Don Jordi Plana Aznar, condeno al demandado a abonar la cantidad de CIENTO VEINTICINCO MIL PESETAS (125.000 Ptas) y costas del procedimiento".

**SEGUNDO.-** Contra la anterior sentencia se interpuso recurso de apelación por las representaciones de D. Jose Ignacio y de EDICIONES EL JUEVES, S.A y, admitido el mismo en ambos efectos, se elevaron los autos a esta Superioridad, previo emplazamiento de las partes, y

<sup>1</sup> CIFUENTES, Santos: *Daños. Cómo evaluar el resarcimiento por la utilización no autorizada de las obras. Su incidencia en la jurisprudencia (desde la perspectiva del magistrado)*, en el libro memorias del V Congreso Internacional sobre la Protección de los Derechos Intelectuales. Buenos Aires, 1990, pp. 307-308.

<sup>2</sup> Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala A. Fallo del 5-2-1996.

<sup>3</sup> Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala A. Fallo del 24-4-1985.

<sup>4</sup> Novena Cámara Civil del Tribunal de Justicia del Estado de Rio Grande Do Sul. Sentencia del 10-8-2011.

comparecidas las mismas se siguieron los trámites legales y tuvo lugar la celebración de la vista pública el día 6 de octubre de 2.003, con el resultado que obra en la precedente diligencia.

**TERCERO.-** En el presente juicio se han observado y cumplido las prescripciones legales.

VISTO, siendo Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. JOSÉ LUIS CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ.

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO.-** El actor, profesional de la fotografía y autor de toda la obra fotográfica del reportaje titulado "Las Bárdenas Reales", que aparece en las páginas 54 a 62 del número 182 de la Revista DIRECCION000, correspondiente al mes de mayo de 1.998, denunció en su escrito de demanda que en la revista "El Jueves" publicada el día 2 de junio de 1.998 fue insertada sin su consentimiento una de las fotografías del mismo, concretamente, la referida a un zorro (para cuya obtención afirma que hubo de hacer guardia durante veintiocho días) y que, al servir para ilustrar la parodia de un personaje público y aparecer en un contexto que denomina "vulgar", menoscaba su reputación.

La sentencia dictada en la 1ª Instancia acogió los argumentos vertidos en el escrito rector del procedimiento, pero valoró el resarcimiento impetrado por el actor de modo diverso al interesado por él, toda vez que cifró el daño moral en la suma de 100.000 pesetas y el patrimonial en 25.000, pese a que se pedían tres millones por ambos conceptos.

Contra dicha solución recurrieron ambos litigantes, el demandado para reiterar los argumentos vertidos en su escrito de contestación relativos a la falta de necesidad de obtener el previo consentimiento del autor para publicar la fotografía litigiosa al ilustrar la misma una parodia, y ello con base en lo

dispuesto en el artículo 39 de la Ley de Propiedad Intelectual, y el demandante para combatir la indemnización otorgada por la Ilma. Sra. Juez.

**SEGUNDO.-** El artículo 39 del Real Decreto Legislativo 1/1.996, de 12 de abril, por el que se aprueba el citado Texto Refundido, establece que "no será considerada transformación que exija consentimiento del autor la parodia de la obra divulgada, mientras no implique riesgo de confusión con la misma ni se infiera un daño a la obra original o a su autor". De este modo la parodia representa un límite a la exigencia contenida en el artículo 21, relativa a la autorización que el autor de la obra original ha de librar para que la misma pueda traducirse, adaptarse o modificarse de cualquier otro modo en su forma y para que el titular de la obra objeto de la transformación pueda explotarla mediante su "reproducción, distribución, comunicación pública o nueva transformación".

Ahora bien, no toda representación (o por mejor decir, recreación) de una obra ajena resulta susceptible de incardinarse en el concepto citado, pues, únicamente cabe predicar el mismo de aquél que consista en la reproducción de una obra muy conocida e introduzca en ella un cambio de actitud tendente a su ridiculización, bien por incorporar un acusado elemento cómico a lo que es serio o por dotar de fingida seriedad a lo que es, por esencia, jocoso.

Por ello, más que un afán de crítica, al parodista le guía un ánimo de caricaturizar y de mofarse de aquello que es objeto de su sátira o pantomima y aunque ha de existir cierto grado de identificación entre la obra original y aquella que la parodia (para conseguir que el observador tenga la primera in mente al tiempo de presenciar ésta y se produzca así el deseado efecto de contraste), uno de los requisitos que determina el artículo 39 para que pueda operar el límite a los derechos de autor es que no exista riesgo de confusión entre la parodia y la obra parodiada.

**TERCERO.-** Dicha doctrina, vertida ya, bajo la misma ponencia, en nuestra sentencia de 24 de abril de 2.002, determina el rechazo de las tesis de la demandada, puesto que la utilización que se hace de la obra protegida no tiene como fin parodiar a ésta, como permite en determinadas circunstancias el artículo 39 TRLPI, sino ridiculizar algo ajeno a la misma (en este caso, a una Ministra del Gobierno de España o a una conducta protagonizada por ésta), bien que utilizando la fotografía en que consistía aquélla para conseguirlo o para dar una mayor fuerza a la pretendida ironía.

**CUARTO.-** Por lo que respecta al recurso articulado por la actora, y que tiene su justificación en la diferencia cuantitativa existente entre sus pretensiones y las apreciaciones de la Juzgadora de instancia a la hora de valorar el perjuicio material y moral padecido a consecuencia de la lesión sufrida en su derecho de autor, es preciso deslindar las dos manifestaciones de perjuicio cuya reparación se interesa.

En primer término, el daño material, representado por el sufrimiento real y tangible sufrido por quien ve lesionados los derechos que ostenta sobre una obra intelectual, no viene expresado sino por la lesión crematística sufrida a consecuencia de la conducta enjuiciada y que en el supuesto que nos ocupa aparece conformada por la suma que el recurrente habría podido obtener por la venta o disposición de la fotografía que fue publicada sin su consentimiento, y que fue valorada por la sentencia impugnada en la suma de 25.000 pesetas, en resolución que procede confirmar, habida cuenta de las propias manifestaciones vertidas por la parte actora en el acto del juicio y admitidas, aunque matizadas, en la vista del recurso.

**QUINTO.-** Valoración diversa merece el llamado daño moral, objeto siempre de una mayor complejidad a la hora de cuantificarlo.

Constituye doctrina pacífica la tesis que sostiene que existen una serie de daños

que, dado su carácter inmaterial, han de considerarse *ex re ipsa*, teniendo derecho el perjudicado a que el público tenga conocimiento de la usurpación de que ha sido objeto y de que le sean convenientemente reparados.

De ahí que el segundo párrafo del artículo 135 de la Ley de Propiedad Intelectual determine que procede la indemnización del daño moral, aún cuando no se haya probado la existencia de perjuicio económico, ofreciendo a renglón seguido tres referencias, no ya para el éxito de la pretensión que se ejerza en tal sentido, sino para la concreción numeraria del mismo, y que resultan referidas a "las circunstancias de la infracción cometida, la gravedad de la lesión causada y el grado de difusión ilícita de la obra".

Los dos primeros extremos quedaron sentados desde el momento inicial del litigio, al venir conformados por circunstancias pacíficas del relato fáctico del escrito que dio origen al mismo (y que hay que resumir en la quiebra de determinados derechos morales de autor, tales como el de paternidad de la obra o el de integridad de la misma, al haber omitido la publicación denunciada la mención de quien resultaba ser su autor y haber manipulado la fotografía, que no aparecía tal y como fue concebida y alumbrada por aquél), mientras que el tercero, aparece representado por la importancia del medio en el que se efectuó la difusión (la revista JUEVES), cuya tradición y asentamiento en el mercado determina que la obra cuyos derechos se infringieron fuese puesta a disposición de un gran número de lectores.

Ello provoca, que estimemos prudente situar el quantum resarcitorio de ambos conceptos en la suma de 500.000 pesetas (3.005'06 Euros), con lo que, al tiempo que rechazamos en cuanto a su objeto principal el recurso interpuesto por la demandada, acogemos en parte el opuesto por la actora.



**SEXTO.-** Si es preciso acoger el recurso interpuesto por la demandada en cuanto a la imposición de las costas de la primera instancia que se hace en la sentencia dictada en la misma. Estimadas en parte las pretensiones de la demandante (que valoró el resarcimiento padecido en la cantidad de tres millones de pesetas de los que le fueron reconocidas ciento veinticinco mil) y no existiendo circunstancia alguna que permita quebrar el principio del vencimiento objetivo que inspira la regulación legal de esta materia, procedía no haber hecho especial imposición de las mismas a ninguno de los litigantes, como tampoco hacemos de las causadas en la presente alzada.

**FALLAMOS**

Que con parcial estimación del recurso de apelación interpuesto por la representación de **EDICIONES EL JUEVES, S.A** y acogiendo íntegramente el interpuesto por la de **D. Jose Ignacio** contra la sentencia dictada con fecha 18 de julio de 2.001 por el Juzgado de 1ª Instancia nº 23 de los de Barcelona, cuya parte dispositiva obra

transcrita en los antecedentes de la presente resolución, debemos **REVOCAR Y REVOCAMOS** la misma en los extremos relativos a la cuantía de la indemnización por ella acordada, que deberá situarse en la suma de 3.005'06 Euros (500.000 pesetas) y en el de la condena en costas que efectúa, que se deja sin efecto, no imponiendo las ocasionadas en ninguna de las dos instancias a ninguno de los litigantes, y manteniendo el resto de los pronunciamientos de la misma.

Y firme que sea esta resolución, devuélvase los autos originales al Juzgado de su procedencia, con testimonio de la misma para su cumplimiento.

Así por ésta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación al rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

**PUBLICACIÓN.-** Leída y publicada ha sido la anterior sentencia en el mismo día de su fecha, por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente, celebrando audiencia pública. **DOY FE.**