

Centro Regional para el Fomento del Libro en América Latina y el Caribe © CERLALC, 2013
Selección y disposición de las materias y comentarios, Ricardo Antequera Parilli

Acciones civiles. Acción de cese de la actividad ilícita. Marco conceptual. Efectos.

PAÍS U ORGANIZACIÓN: España

ORGANISMO: Audiencia Provincial de A Coruña, Sección 4ª

FECHA: 22-3-2010

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: 15030370042010100115. Actualización: 7-6-2012.

OTROS DATOS: Recurso 690/2009.

SUMARIO:

“La acción de cesación de la actividad ilícita sí tiene carácter real y es ejercitable erga omnes, frente a todo aquel que participe en la comercialización, explotación y distribución de la obra producida con lesión de los derechos de propiedad intelectual, con independencia de la buena o mala fe en su actuación, con la única excepción del consumidor final de buena fe”.

COMENTARIO: Como lo apunta el Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, la acción de cese de la actividad ilícita o inhibitoria, *“tiene como finalidad impedir que se materialice la violación del derecho de explotación [...] cuando exista temor en que tal derecho pueda ser desconocido; o para evitar que se continúe la violación cuando ésta ya se haya producido”*¹. Aunque el mandato prohibitorio se puede solicitar por vía de acción principal (conjuntamente o no con la acción resarcitoria, por ejemplo), también es posible obtener la cesación inmediata de la actuación infractora a título de medida cautelar, cuando está acreditada la presunción del buen derecho y el peligro en la demora, pues en palabras de la Sala III de la Cámara Nacional de lo Contencioso Administrativo Federal (Argentina), *“... las medidas cautelares tienden a impedir que, durante el lapso que inevitablemente transcurre entre la iniciación del proceso y el pronunciamiento de la decisión final (en el caso, la sentencia definitiva a dictarse ante un proceso judicial aun no iniciado), sobrevenga cualquier circunstancia que imposibilite o dificulte la ejecución forzada o torne inoperantes sus efectos ...”*². Con razón, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina ha expresado que *el cese de la actividad ilícita puede alcanzarse [también] a través de medidas cautelares como la suspensión de la producción o el retiro del comercio de los ejemplares ilícitos*³³. Y a los efectos civiles no es menester la ocurrencia del dolo por parte del infractor, ya que como lo pautan numerosas legislaciones, *“siempre que la Ley no dispusiere expresamente lo contrario, es ilícita toda reproducción, comunicación,*

1 Sentencia del 1-11-2006. Expediente 2003-0284.

2 Sentencia del 17-7-2007. Asociación de Teledifusoras Argentinas y otros vs. Estado Nacional.

3 Proceso 20-IP-2007 (18-4-2007).

distribución, o cualquier otra modalidad de explotación de la obra, en forma total o parcial, que se realice sin el consentimiento previo y escrito del titular del derecho de autor". Por ello, la Corte de Distrito, D.M. Florida, con relación a la puesta a disposición no autorizada de unas fotografías en la Internet, dijo que "no se necesita la intención de infringir para fallar que hay infracción de derechos de autor. La intención o el conocimiento no es un elemento de la infracción, y por lo tanto un infractor inocente es culpable por infracción ..."⁴. © Ricardo Antequera Parilli, 2013.

TEXTO COMPLETO:

En A CORUÑA, a veintidós de Marzo de dos mil diez.

Vistos por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial, integrada por los señores que al margen se relacionan los presentes autos de juicio ORDINARIO Nº 394/09, sustanciado en el JUZGADO DE LO MERCANTIL, que ante la Audiencia Provincial pendían en grado de apelación, seguidos entre partes de una como CODEMANDANTE DON LLUIS CARRO STUDI, S. L., y como DEMANDANTE-APELANTE ENTIDAD MERCANTIL, representados en ambas instancias por la Procuradora SRA. BERMUDEZ TASENDE y defendidos por el Letrado SR. PUIGIMALET, y de otra como DEMANDADA-APELADA y CODEMANDADA INMOPUBLIC COMUNICACIÓN S. L, representada en ambas instancias por la Procuradora SRA. RODRÍGUEZ ARROYO y defendida por el Letrado SR. CASTRO DÍAZ; y como DEMANDADA-APELADA-CODEMANDADA SOCIEDAD DE IMAGEN Y PROMOCIÓN TURÍSTICA DE GALICIA, S.A. (TURGALICIA), representada en ambas instancias por la Procuradora SRA. BERMUDEZ TASENDE y defendida por el Letrado SR. TREPAT SILVA; versando los autos sobre PROPIEDAD INTELECTUAL.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Se aceptan y dan por reproducidos los antecedentes de hecho contenidos en las

resoluciones apeladas, dictadas por el JUZGADO DE LO MERCANTIL, con fecha 31.7.09 y 10.02.09. Sus partes dispositivas literalmente dicen, en cuanto a la sentencia se refiere: FALLO: Que desestimo la demanda formulada por la Procuradora Sra. Bermúdez en nombre y representación de LLUIS CARRO STUDI SL, contra EUIROPUBLIC COMUNICACIÓN SL, y contra SOCIEDAD DE IMAGEN Y PROMOCIÓN TURÍSTICA DE GALICIA SA (TURGALICIA), a las que absuelvo de los pedimentos deducidos en su contra, con imposición de las costas procesales a la parte demandante"; y en cuanto al Auto, su parte dispositiva literalmente dice: Se acuerda tener por DESISTIDA a la parte demandante, Constantino, de la prosecución del presente proceso, seguido frente a EUROPUBLIC COMUNICACIÓN, S. L. y a SOCIEDAD DE IMAGEN Y PROMOCIÓN TURISTICA DE GALICIA, S.A., procediéndose al sobreseimiento del mismo, pudiendo el actor promover otro nuevo sobre el mismo objeto. Se imponen las costas de la instancia a la parte desistida D Constantino".

SEGUNDO.- Contra la referida resolución por ENTIDAD MERCANTIL, se interpuso recurso de apelación para ante la Audiencia Provincial que le fue admitido, elevándose los autos a este Tribunal, pasando los autos a ponencia para resolución.

TERCERO.- Ha sido ponente el Illmo. Sr. Magistrado DOÑA MARÍA DEL CARMEN MARTELO PÉREZ.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

No se aceptan los de la resolución recurrida.

Primero.- Frente a la sentencia de instancia - que desestima la demanda formulada por la representación de LLUIS CARRO STUDI S.L.

⁴ Playboy Enterprises vs. Frena 839 F. Sup. 1662, 93-489-Civ-J-20 (9-12-1993).

contra EUROPUBLIC COMUNICACIÓN S.L. y contra SOCIEDAD DE IMAGEN Y PROMOCIÓN TURÍSTICA DE GALICIA S.A. (TURGALICIA), por falta de legitimación activa, absolviendo a las demandadas de los pedimentos deducidos en su contra, con imposición de costas a la actora - plantea recurso de apelación la representación de LLUIS CARRO STUDI S.L., interesando su estimación, que se deje sin efecto, y se entre en el fondo del petitum planteado, dictándose nueva sentencia conforme al suplico de la demanda. Fundamenta su recurso en las siguientes alegaciones: Vulneración de la tutela judicial efectiva -artículo 24 de la Constitución - por denegación técnica de justicia. Error en la valoración de la prueba. Que la explotación de la obra de Constantino la realiza éste bajo la denominación comercial LLUIS CARRO STUDI S.L. Que tal extremo quedó acreditado con las declaraciones de Constantino y de Tomasa (partícipes al 50% de la mercantil LLUIS CARRO STUDI S.L.).

Que con independencia del objeto social de la empresa, ello no obsta a que no integre, como así se afirma por sus dos socios, la concreta cesión de la explotación de la obra de Constantino, por lo que carece de sentido la alegada confusión acerca de la titularidad de los derechos de explotación de su obra. Que, en todo caso, ha operado una cesión de la acción para reclamar toda vez que se actúa bajo una única representación procesal, por lo que al retirarse el Sr. Constantino -desiste de la acción pero no renuncia a su derecho- constituye una expresa cesión de la acción para la otra parte, que se efectúa mediante tal acto procesal.

La representación de EUROPUBLIC COMUNICACIÓN S.L. se opuso al recurso planteado interesando su desestimación, invocando, entre otros motivos que la entidad recurrente no acreditó que don Constantino le hubiera cedido la propiedad o el uso de los derechos de autor y propiedad intelectual sobre sus obras y entre ellas las que aquí forman parte del objeto de debate. Que por la sociedad actora no se ha acreditado la existencia de la expresa cesión en exclusiva de los derechos de explotación y que por tanto de tal omisión se deriva

la falta de legitimación activa de la sociedad actora.

La representación de SOCIEDAD DE IMAGEN Y PROMOCIÓN TURÍSTICA DE GALICIA S.A. (TURGALICIA) también se opuso al recurso planteado peticionando su desestimación, fundamentando su oposición en que el único que puede actuar en el proceso judicial en defensa de sus derechos es el Sr. Constantino toda vez que por la sociedad actora no se acreditó la cesión por el autor de los derechos de explotación de las fotografías. Que en el proceso no existe prueba alguna de esa transmisión de derechos que legitimaría la intervención de la mercantil. Que no existe cesión expresa de tales derechos. Que para el caso de que se estime la legitimación de LLUIS CARRO STUDI S.L. para reclamar la demanda debe ser desestimada por los motivos invocados en el escrito de contestación.

Segundo.- En el caso que nos ocupa, LUIS CARRO STUDI S.L. plantea demanda en ejercicio de las acciones por infracción de los derechos de propiedad intelectual previstas en los artículos 139 y 140 de la Ley de Propiedad Intelectual, frente a EUROPUBLIC COMUNICACIÓN S.L. y contra SOCIEDAD DE IMAGEN Y PROMOCIÓN TURÍSTICA DE GALICIA S.A. (TURGALICIA), por infracciones cometidas mediante actos desarrollados a escala comercial, contra las mercantiles EUROPUBLIC COMUNICACIÓN S.L. y contra la SOCIEDAD DE IMAGEN Y PROMOCIÓN TURÍSTICA DE GALICIA S.A. (TURGALICIA), interesando se condene solidariamente a ambas demandadas a cesar en la actividad ilícita consistente en el uso de fotografías y creaciones visuales propiedad de su mandante a que se alude en la demanda, sin la previa autorización de la demandante, salvo aquella expresamente pactada con EUROPUBLIC COMUNICACIÓN, con expresa prohibición de reanudarla desde la firmeza de la resolución que se interesa, la suspensión de toda su explotación, la retirada del comercio de todos los ejemplares y objetos ilícitos y su destrucción, la retirada de todos los circuitos comerciales y su inutilización de todos los elementos o soportes materiales destinados a

la reproducción de las fotografías de su mandante, la remoción en los servidores de internet de los demandados de cualquier comunicación pública o privada de la obra en cuestión, la suspensión de los derechos de explotación prestados o cedidos, gratuita u onerosamente a intermediarios o terceros. Asimismo, peticiona se condene a las demandadas a indemnizar solidariamente a la actora en la cantidad de 562.500 # en concepto de indemnización por la infracción de los derechos de reproducción y distribución, con el interés legal del dinero más dos puntos desde la fecha de la sentencia, con costas y gastos causados en la instancia.

La demandante sustenta su pretensión en que su mandante es fotógrafo profesional desarrollando su actividad artística y comercial bajo la mercantil Lluís Carro Studi S.L. Que en el año 2005 la demandada EUROPUBLIC COMUNICACIÓN S.L. le encargó la realización de la primera edición de un libro titulado "Galicia" cuya finalidad era la promoción turística de Galicia, siendo contratado para la realización del diseño, maquetación, textos, paginación y demás trabajos precisos para la primera edición del citado volumen, así como, la realización de una serie de fotografías originales que debían incluirse en la citada primera edición de ese libro.

Realizado el encargo, la demandada EUROPUBLIC COMUNICACIÓN S.L. abonó la factura que se adjunta como documento nº 1, en la que se relacionan los trabajos encargados y realizados. En dicha factura se precisa:

"Por la realización fotográfica digital AD, diseño, maquetación y textos, así como los artes finales y paginación, del libro GALICIA para su cliente TURGALICIA, durante los meses de junio, julio, agosto, septiembre y octubre de 2005.

Todo ello referido a esta primera edición de noviembre de 2005.

Se incluyen asimismo los veinticinco originales fotográficos entregados a TURGALICIA".

Que con posterioridad a la publicación y distribución del citado volumen, las fotografías, o parte de ellas, que le fueron encargadas con esa concreta explotación comercial y por EUROPUBLIC COMUNICACIÓN S.L., han venido siendo y están en la actualidad siendo explotadas comercialmente por otra sociedad, la SOCIEDAD DE IMAGEN Y PROMOCIÓN TURÍSTICA DE GALICIA S.A. (TURGALICIA), en la página web de Turgalicia, en inserciones publicitarias, en periódicos de tirada estatal, vallas publicitarias,....desconociéndose el alcance total de la explotación mercantil que pueda haberse hecho de su labor profesional. Que Constantino es el titular exclusivo y detenta los derechos de propiedad intelectual así como los derechos de explotación de esas imágenes, salvo los que de modo particular cedió a EUROPUBLIC COMUNICACIÓN S.L. con la exclusiva finalidad de su uso en la primera edición del libro, sin que, en ningún momento, hubiese cedido ni contratado con TURGALICIA la explotación comercial de las fotografías usadas.

En consecuencia, sostiene la actora la explotación comercial por terceros de la obra artística elaborada por el Sr. Constantino para la primera edición del libro Galicia de noviembre de 2005.

La explotación comercial realizada por terceros, TURGALICIA, se concreta en la explotación de las imágenes en su página web corporativa (documento nº 7 de la demanda, 14 pantallas, en 9 idiomas, reproduciendo fotografías de su representado y que en su inicial voluntad contractual de cesión tan solo eran destinadas a la primera edición del libro de Galicia y cedidas a la mercantil demandada tan solo para esa finalidad). Igualmente, una fotografía fue explotada comercialmente por TURGALICIA para la elaboración de "posavaso" (documento nº 8), así como la explotación publicitaria de fotografías en el periódico diario LA VANGUARDIA (documentos nº 9 y nº 10), varias fotografías explotadas comercialmente por TURGALICIA para su exhibición mediante un panel publicitario en el Circuito de Cataluña. Asimismo, invoca que TURGALICIA ha basado su estrategia de

promoción durante los períodos 2006-2010 en una imagen corporativa basada en la explotación de las fotografías elaboradas por su representado para la primera edición del libro referenciado (documento nº 11), y que finalmente, el libro en cuestión y sus fotografías han aparecido insertos en la página web de AEDAVE, imagen web corporativa del sistema avanzado de Agencias de Viajes Españolas.

Que la causa de la explotación comercial por parte de TURGALICIA de la creación artística de su representado obedece al contrato firmado (documento nº 15) entre las demandadas, tras el concurso que tramitó TURGALICIA y en el que resultó adjudicataria, mediante resolución de fecha 20 de mayo de 2005, la mercantil demandada EUROPUBLIC COMUNICACIÓN S.L.. Al respecto, señala la actora, que TURGALICIA tramitó mediante concurso, procedimiento negociado sin publicidad, “el diseño de un libro de estilo que guíe la promoción y comunicación turística de Turgalicia”. Que el Pliego de Condiciones que rigió dicho concurso -documento nº 16- se especificaba como elemento contractual entre ambas partes que “los contenidos de texto y gráfico pasarán a ser propiedad de Turgalicia” y que “las fotografías del libro y sus derechos serán compartidos a un 50% con el adjudicatario, de tal forma que Turgalicia podrá elegir el 50% de las fotos del Libro objeto de este concurso para su libre utilización”.

Invoca la actora que TURGALICIA se dedica a la promoción turística de Galicia y que por tanto, es conocedora de los precios del sector fotográfico -diligencia que le es exigible al contratar- por lo que le imputa una deficiente y negligente inteligencia del precio de los medios de explotación que le fueron cedidos por parte de EUROPUBLIC COMUNICACIÓN S.L. (precio irrisorio por el que adquiría los derechos de explotación que EUROPUBLIC COMUNICACIÓN le cedía de modo ilegal), y que en ejercicio de la diligencia debida, debía haber recabado, y no lo hizo, de EUROPUBLIC COMUNICACIÓN S.L. la documentación que acreditara su tenencia de los derechos de propiedad y explotación de

las fotografías de su representado, máxime la explotación y el alcance que pretendía darle era tan amplio en medios y tiempo. Que el contrato celebrado entre EUROPUBLIC COMUNICACIÓN S.L., y TURGALICIA es ilícito pues su objeto es contrario a la ley, toda vez que la primera carecía de los derechos de propiedad del objeto vendido y TURGALICIA no actuó con la diligencia debida, propia del comerciante especialista en el sector publicitario, al contratar, siendo por tanto ilícita la prestación correlativa, objeto del contrato. Que EUROPUBLIC COMUNICACIÓN S.L., ocultando tales extremos contractuales con tercero, encargó la elaboración de la primera edición de un libro, con sus fotografías, maquetación y textos, sin mención alguna al uso coetáneo o posterior que pudiera darse a su trabajo intelectual, ni a la definitiva explotación comercial que pudiera darse a su obra. Que por todo ello el aprovechamiento de la obra en cuestión por Turgalicia no está amparado por la buena fe contractual. En orden a la valoración del perjuicio causado y reclamado aporta informe emitido (documento nº 25) por el director de la Asociación de Fotógrafos profesionales de España.

La demandada EUROPUBLIC COMUNICACIÓN S.L. se opuso a la demanda así planteada en los siguientes términos: Falta de legitimación pasiva toda vez que no ha explotado ni hecho uso activo alguno de la obra gráfica del demandante, por lo que no siendo responsable no le es exigible indemnización alguna. Que el contrato entre EUROPUBLIC COMUNICACIÓN S.L. y TURGALICIA es anterior en el tiempo a las relaciones contractuales entre EUROPUBLIC y la demandante. Que en la demanda se especifican los concretos actos de explotación que no fueron llevados a cabo por EUROPUBLIC. Que EUROPUBLIC en fecha 24 de mayo de 2005 suscribió con TURGALICIA un contrato para el diseño de un libro de estilo que guíe la promoción y comunicación turística de TURGALICIA (precio del contrato 29.890 euros IVA incluido y se convino que las fotografías del libro y sus derechos serán compartidos en un 50% con el adjudicatario).

Que con posterioridad a la firma del referido contrato,

EUROPUBLIC encarga a don Constantino la realización de las fotografías para la edición del Libro Galicia. Que el precio pactado con TURGALICIA responde a un objetivo empresarial, aspirar a una relación continuada con TURGALICIA, motivo por el que no tuvo inconveniente en soportar mayor coste. Que el mayor precio pagado corresponde a la cesión de derechos de libre uso sobre las fotografías a favor de EUROPUBLIC y TURGALICIA. Que en el precio abonado al actor iba incluido el libre uso de la obra fotográfica incorporada al libro, de ahí el mayor precio abonado al actor (se aportan presupuestos en los que el precio, similar al pactado con el autor, incluye el libre uso de las fotografías objeto de contrato). Que nos encontramos en el ámbito de una obra colectiva (art. 8 de la LPI, por lo que salvo pacto en contrario, los derechos sobre la obra colectiva corresponderán a la persona que la edite y divulgue bajo su nombre). TURGALICIA es la contratante final, es la destinataria de los derechos, es quien edita y divulga bajo su nombre el conjunto de la obra que origina la edición del libro GALICIA. Que el Libro GALICIA es una obra colectiva donde se reúnen diversas aportaciones de diferentes autores. Que TURGALICIA en su condición de editora de una obra colectiva, ha utilizado alguna de las fotografías incluidas en el libro para campañas de promoción turística no obteniendo con ello ningún beneficio económico dado que es una sociedad con un objeto social sin ánimo de lucro. Que TURGALICIA no ha vendido, ni prestado, ni alquilado las fotografías, por lo que no estaríamos ante un supuesto de infracción de derechos a escala comercial, no existe explotación al no existir remuneración por la comunicación pública de algunas imágenes. Que el libro Galicia incorpora 120 fotografías aportadas por el actor. Que TURGALICIA es una sociedad pública, encargada de realizar una adecuada promoción de los recursos turísticos de la Comunidad Autónoma, por lo que el uso de las imágenes no conlleva un lucro económico a dicha entidad como conllevaría para una sociedad de carácter privado, circunstancia que debe ser tenida en cuenta a la hora de cuantificar, en el hipotético caso, una indemnización a favor del actor. Que al margen del contrato entre Turgalicia y Europublic, Constantino negoció con

Turgalicia la entrega de la libre cesión de uso de 25 fotografías de entre las presentadas para la edición del libro Galicia como contraprestación al pago de sus gastos de hospedaje, manutención y transporte del fotógrafo. Que el actor contactó con Turgalicia a fin de que dicha entidad corriese con los gastos de desplazamiento, transporte, hospedaje y manutención -documento nº 3 de la contestación de la demanda de EUROPUBLIC-. En dicho escrito de manera expresa don Constantino manifiesta: "El compromiso que asumo por mi parte es el de entregar a TURGALICIA un total de 25 originales para su libre uso a escoger de entre un centenar de fotos".

Turgalicia cumplió con lo convenido soportando dichos gastos y el actor entregó el libre uso de las 25 fotografías. Se aportó como documento nº 4 copia del expediente de TURGALICIA acreditativo del pacto alcanzado con Constantino así como de las facturas abonadas por TURGALICIA por cuenta del Sr. Constantino contra la cesión del libre uso de 25 fotografías. Que TURGALICIA es legítimo tenedor/propietario del libre uso de 25 fotografías de entre las realizadas y entregadas. Que Turgalicia en ejercicio del legítimo derecho que le asiste utilizó dichas fotografías para la publicidad y explotación promocional, en la Vanguardia, en posavasos, vallas publicitarias y en su web. Que no se ha vulnerado ningún derecho de autor, ya que ha sido el propio autor quien ha cedido el libre uso de las fotografías a favor de TURGALICIA que las ha usado legítimamente, por lo que no puede derivarse ningún derecho indemnizatorio a favor de la parte actora por dicho uso ajustado a derecho. Que la cesión libre de las 25 fotografías no ha sido exclusivamente para su utilización en la primera edición del libro Galicia. Que, como se reconoce de adverso, TURGALICIA Y EUROPUBLIC ya contaban con el consentimiento expreso para la utilización de todas las fotografías para la edición del Libro Galicia. Que en el hecho primero de la demanda, la actora lo reconoce, por lo que no tiene sustento que la libre cesión de 25 fotografías estuviera únicamente vinculada a su utilización en la edición del Libro de Galicia. Que la cesión de las 25 fotografías va más allá del contrato

entre EUROPUBLIC y la actora, toda vez que dicha cesión deriva de los acuerdos particulares entre TURGALICIA y la actora, siendo la consecuencia la contraprestación, al margen del precio pagado por EUROPUBLIC, por la asunción de gastos de desplazamiento y alojamiento del autor. Además ningún sentido tendría que la actora cediese el libre uso sobre 25 fotografías única y exclusivamente para la edición del Libro Galicia, si ese uso ya lo tenía cedido en virtud de lo pactado por el autor con EUROPUBLIC, es decir, esos derechos ya estaban cedidos en virtud del acuerdo entre la actora y EUROPUBLIC. En consecuencia, concedido por escrito el libre uso de las 25 fotografías sería de aplicación el artículo 43.2 de la LPI “La falta de mención del tiempo limita la transmisión a cinco años y la del ámbito territorial al país en el que se realice la cesión”, limite temporal y espacial que ha sido respetado por TURGALICIA. Que en cuanto al documento nº 11 de la demanda (acta notarial de 4 de octubre de 2007) en las páginas que se incorporan, no se hace una utilización directa de las fotografías objeto de litigio, sino que lo que se recoge en la página web son 32 fotografías del libro GALICIA, es decir, fotografías de las fotografías del libro, lo que aparece es el propio Libro publicado, dicha página informa de la publicación del libro GALICIA y como tal saca fotos del libro mostrando la edición del mismo. Que TURGALICIA al mostrar el Libro en su propia web lo hace en ejercicio legítimo de los derechos de editor de una obra colectiva. En lo que se refiere a la cuantía de la indemnización solicitada por la actora, se califica de excesiva y desproporcionada. Quien emite el informe es el director de AFE -Asociación de fotógrafos profesionales de España - que no tiene la condición de sociedad gestora de derechos de Propiedad Intelectual. La AFE es una sociedad más dentro de las numerosas existentes en España. Que el informe en cuestión se realiza tomando unas tarifas realizadas unilateralmente por dicha asociación que no han sido ni comunicadas ni aprobadas por ningún organismo oficial. Que el informe no atiende al número de imágenes efectivamente utilizadas, no atiende al precio unitario de cada foto utilizada, ni el tiempo efectivo que se dice utilizada ilegítimamente. Que tan sólo un

número muy limitado de las fotografías realizadas para la publicación de la edición del Libro Galicia han sido utilizadas en los actos de promoción que se reseñan en la demanda. Que el cálculo que se realice debe limitarse exclusivamente al número de imágenes efectivamente utilizadas y no a la totalidad de las mismas. Que la cuantificación que realiza el perito de la actora por la utilización de las imágenes en la web de TURGALICIA lo es por un período de tres años, cuando lo único que acredita, con dos actas notariales, es que en dos días concretos determinadas imágenes aparecían en la web, pero no el tiempo en que estas permanecieron expuestas. Niega la demandada que las fotografías estuvieran expuestas durante tres años.

Que no tiene en cuenta el libre uso cedido a TURGALICIA sobre 25 de las fotografías. Que el informe aportado, como documento nº 9, por EUROPUBLIC valora el valor por el uso de las concretas fotografías en 8.134 euros, emitido por Tania. Asimismo, consta como indicativo objetivo, que el autor cedió a TURGALICIA el libre uso de 25 fotografías en contraprestación por el pago, por parte de TURGALICIA, de los gastos de alojamiento y desplazamiento del autor a Galicia, siendo el importe total de dichos gastos 6.266,92 euros, si dividimos el precio total (6.266,92 euros) entre las 25 fotografías nos da un resultado unitario por fotografía de 250,67 euros IVA incluido -216,10 euros valor unitario de cada fotografía sin IVA-, cuantificación que se estima objetiva por estar calculada conforme a los propios actos del autor siendo, además, el precio que puso el autor a la cesión del libre uso de 25 fotografías (a elegir, por TURGALICIA, de entre todas), por lo que la cifra resultante, así calculada, pone de manifiesto que, la reclamada por la actora, es muy desproporcionada y excesiva. En lo que se refiere a la valoración de publicación de imágenes en internet, el informe de la actora lo cuantifica en 375.000 euros -derechos por la aparición de fotografías en internet - aporta la demandada EUROPUBLIC como documento nº 10, informe emitido por Celestina y como documento nº 11 informe valoración y utilización de imágenes fotográficas en ámbito web, emitido por don Alfredo.

A tenor de este último informe, la valoración total de las imágenes fotográficas, para los períodos comprendidos entre agosto 2006 hasta diciembre 2007, considerando el número de imágenes efectivamente empleadas y su uso en el ámbito web-internet quedaría fijada en la cantidad global de 5.264,7 euros, de lo que habría que deducir lo correspondiente a las 25 fotografías de las que TURGALICIA es titular del libre uso.

Asimismo, frente a la demanda planteada por LUIS CARRO STUDI S.L., la SOCIEDAD DE IMAGEN Y PROMOCIÓN TURÍSTICA DE GALICIA S.A. (TURGALICIA) opone: Que Turgalicia es el editor del Libro promocional sobre Galicia y titular de los derechos de uso y explotación del 50% de las fotografías (60) realizadas por Constantino para ese libro, conforme al contrato suscrito con EUROPUBLIC, y titular, asimismo, de los derechos de libre uso de otras 25 fotografías de las realizadas por el autor en el reportaje sobre Galicia, cedidas por este en concepto de contraprestación por la cobertura -alojamiento, vehículos- de los gastos necesarios para su realización. Que Turgalicia no tuvo relación alguna con CARRO STUDI S.L.

Que la utilización de las fotografías a que se refiere la demanda, por parte de Turgalicia, está plenamente amparada por su condición de editor del libro de promoción sobre Galicia, obra que puede calificarse de colectiva por la intervención de diversas personas en su ejecución y en el que figuran las fotografías que motivan la demanda, por su condición de titular de los derechos de libre uso del 50% de las fotografías utilizadas en el libro, en virtud del contrato suscrito con EUROPUBLIC y por su condición de titular de los derechos de libre uso de otros 25 originales fotográficos cedidos por el Sr. Constantino. Que en ejecución de dicho contrato Europublic entregó a Turgalicia el libro listo para su edición así como el lote de fotografías para su libre uso y explotación. Que el autor entregó a Turgalicia para su libre uso 25 fotografías de las realizadas para la confección del libro. Que las 25 fotografías así como la parte correspondiente (50%)

de las que formaban el libro, fueron entregadas a Turgalicia por EUROPUBLIC, en cumplimiento del contrato suscrito entre ambas. Que las fotografías que quedaron en poder de Turgalicia fueron las empleadas por Turgalicia en su página web y en las promociones que se indican en la demanda, ninguna otra foto. Que no existió negligencia alguna por parte de Turgalicia, ni en la determinación del precio de su contrato ni en el control de los actos de Europublic. Que la indemnización pretendida en la demanda, además de improcedente resulta puramente ficticia, desmesurada, desconectada de la realidad de los hechos y con apoyo en un informe carente de rigor, que parte de premisas que nada tienen que ver con las circunstancias específicas del caso y que establece baremos y coeficientes sin justificación no contraste posible. Que de entenderse que Turgalicia no dispuso del libre uso de la mitad de las fotografías que forman el libro editado por ella, y que se debe indemnizar a la contraparte, la responsabilidad sería en este caso de EUROPUBLIC de quien Turgalicia adquirió los derechos de 60 imágenes. Que Turgalicia abonó por las 25 fotos la cantidad 6.266,92 euros (IVA incluido) por los gastos de alojamiento y alquiler de vehículos, por lo que el precio de cada fotografía sería de 250,67 euros (con IVA). Que en todo caso, la indemnización de perjuicios está regido por el principio de equivalencia entre el daño efectivo y su coste, y siempre sujeto a su prueba efectiva por quien solicite la indemnización. El informe aportado por TURGALICIA, emitido por Nicolasa, estima que la remuneración económica del uso de 27 imágenes integrantes del libro Galicia, por su utilización en distintas aplicaciones, medios y soportes en 9.800 euros.

Tercero.- Sentado lo que antecede, la sentencia de instancia desestima la demanda formulada por la representación de LUIS CARRO STUDI S.L. contra EUROPUBLIC COMUNICACIÓN S.L. y contra SOCIEDAD DE IMAGEN Y PROMOCIÓN TURÍSTICA DE GALICIA S.A. (TURGALICIA), por falta de legitimación activa, absolviendo a las demandadas de los pedimentos deducidos en su contra, con imposición de costas a la actora -

frente a la misma plantea recurso de apelación la representación de LLUIS CARRO STUDI S.L., en los términos señalados en el Fundamento Primero de la presente resolución.

El motivo se estima.

Las demandadas niegan que la sociedad demandante posea los derechos de explotación de la obra de don Constantino. La juzgadora de instancia, desestima la demanda por falta de legitimación activa, con fundamento en que no consta la existencia de contrato escrito entre las partes, y en relación al contrato verbal celebrado con Europublic se desconoce su contenido y el carácter con el que actuó la demandante, en representación del fotógrafo o en nombre propio, y que de la prueba practicada, en relación a la demostración de que la actora sea la titular de los derechos de explotación de las fotografías realizadas por el Sr. Constantino, no puede deducirse que haya existido ninguna cesión en exclusiva de los derechos de autor que a éste corresponden, así como que la actora se limita a señalar que explota los derechos sobre las fotografías de quien es su administrador único, circunstancia, que el fotógrafo y el administrador único de la demandante sean la misma persona, genera confusión acerca de la titularidad de los derechos de explotación de la obra, sin que conste haya habido cesión exclusiva de los derechos de propiedad intelectual, limitándose la sociedad a facturar los derechos correspondientes al autor como resulta de la factura aportada con la demanda.

Así las cosas, procede señalar, con carácter previo, que la falta de legitimación que se alega lo es por no constar dicha cesión, ahora bien, los términos con que se plantea dicha excepción claramente indica que no se refiere a la legitimación ad processum, en cuanto capacidad para comparecer en juicio, sino a la legitimación ad causam, es decir, la atribución activa de la acción, en cuanto referida a aquella que atendiendo al objeto puede conducir eficazmente el proceso concreto. En definitiva, a quién puede ejercitar la pretensión deducida en la demanda. En principio, dicha legitimación sólo la

tiene el titular del derecho subjetivo, es el único a cuya voluntad queda la incoación del proceso civil, y por tanto quien tiene la facultad de acudir o no al amparo de los órganos jurisdiccionales. Como señala la Sentencia de 28 de febrero de 2.002: “La legitimación “ad causam” consiste en una posición o condición objetiva en conexión con la relación material objeto del pleito que determina una aptitud para actuar en el mismo como parte; se trata de una cualidad de la persona para hallarse en la posición que fundamenta jurídicamente el reconocimiento de la pretensión que se trata de ejercitar. La Sentencia de 31 de marzo de 1997, a la que sigue la de 28 de diciembre de 2001, hace especial hincapié en la relevancia de la coherencia jurídica entre la titularidad que se afirma y las consecuencias jurídicas que se pretenden, pues la legitimación exige una adecuación entre la titularidad jurídica afirmada (activa o pasiva) y el objeto jurídico pretendido”. De estas consideraciones se desprende que dicha legitimidad sólo puede reconocerse a quien afirma la titularidad del derecho subjetivo.

En orden a lo expuesto, discrepa la Sala del criterio seguido por la juzgadora de instancia, toda vez que conforme a los arts. 1 y 2 del TRLPI, la propiedad intelectual de una obra literaria, artística o científica corresponde al autor por el solo hecho de su creación y está integrada por derechos de carácter personal y patrimonial que atribuyen al autor la plena disposición y el derecho exclusivo a la explotación de la obra sin más limitaciones que las establecidas en la ley. Los derechos de carácter personal son los denominados derechos morales a que se contrae el art. 14, que se califican de inalienables e irrenunciables. Los derechos de carácter patrimonial comprenden los derechos de explotación de su obra en cualquier forma y, en especial, los derechos de reproducción, distribución, comunicación pública y transformación, que no podrán ser realizadas sin su autorización, salvo en los casos previstos en la presente ley y se refieren a ellos los arts. 17 y ss. de la Ley.

La parte actora afirma que dicha legitimidad deviene de que el fotógrafo profesional desarrolla

su actividad artística y comercial bajo la mercantil LLUIS CARRO STUDI S.L., sociedad que explota la obra del creador (como resulta del contrato celebrado entre la referida sociedad y Europublic sobre la obra de la persona física), que la reclamación que se plantea afecta exclusivamente a los derechos de explotación derivados de la obra de Constantino (gestionados directamente por CARRO STUDI S.L.) y no a los derechos morales que continúan perteneciendo al autor persona física y sobre los que no se plantea acción alguna.

Pues bien, en el caso que nos ocupa, constan en los autos: La factura remitida, por la actora CARRO STUDI S.L., a la demandada Europublic en relación con las fotografías objeto de litigio (documento nº 1 de la demanda) y abonada por ésta última; la carta aportada por la actora en la que la demandada Europublic contesta a Carro Studi S.L. (folios 64 y 65) el requerimiento realizado por Carro Studi S.L., en noviembre de 2006 (documento nº 2 de la demanda) por la utilización de las fotografías propiedad de don Constantino, a que se refiere la factura nº 332 de fecha 8 de noviembre de 2005, base del litigio que se resuelve.

Asimismo, además de lo señalado, el propio autor, Sr. Constantino, en el acto del juicio, reconoce que la sociedad actora es quien gestiona los derechos de explotación de las fotografías, lo que también es reconocido por doña Tomasa (partícipe al 50% de la mercantil LLUIS CARRO STUDI S.L., al igual que el Sr. Constantino), es decir, los dos únicos socios, entre ellos el propio autor, admiten que la explotación de la obra de don Constantino se realiza bajo la denominación comercial LLUIS CARRO STUDI S.L., todo lo cual resulta más que suficiente para reconocer legitimación a la actora, esto es, para considerar justificada la legitimación de LUIS CARRO STUDI S.L. respecto de las fotografías objeto de litigio, siendo evidente, que se dan los requisitos para la legitimación de la actora en la deducción de la acción que ejercita en base a los derechos de autor de que se trata, su legitimidad proviene por habérsela cedido el propio autor. Con la documental obrante en autos y con la

ratificación en el acto de la vista por parte del autor – reconocimiento explícito de que la explotación de la obra de Constantino la realiza bajo la denominación comercial LLUIS CARRO STUDI S.L.- que determina, a la postre, la capacidad legitimadora de la actora, se puede entender que se ha acreditado suficientemente la legitimidad de la entidad actora. Procede por tanto desestimar la excepción que en su momento propusieron las demandadas y que fue estimada en la sentencia recurrida, y entrar a analizar la sustantividad de la pretensión deducida en la demanda en relación con los derechos de autor que defiende la demandante.

Cuarto.- Resuelto lo anterior, procede entrar en el fondo del asunto, para lo cual partiendo de lo que la actora invoca en la demanda - que en el año 2005 la demandada EUROPUBLIC COMUNICACIÓN S.L. le encargó la realización de la primera edición de un libro titulado “Galicia” cuya finalidad era la promoción turística de Galicia, siendo contratado para la realización del diseño, maquetación, textos, paginación y demás trabajos precisos para la primera edición del citado volumen, así como, de modo principal y dada la profesión de su mandante, la realización de una serie de fotografías originales que debían incluirse en la citada primera edición de ese libro - pasamos a señalar, lo que tras el examen de lo actuado y del resultado de las pruebas practicadas, ha quedado acreditado. En este sentido consta:

1. Que a tenor del documento nº 1 (factura emitida por CARRO STUDI en fecha 8 de noviembre de 2005) los trabajos encargados por la demandada EUROPUBLIC COMUNICACIÓN y por los que se factura, son los que se relacionan en la misma. En dicha factura se realiza la siguiente descripción: “Por la realización fotográfica digital AD, diseño, maquetación y textos, así como los artes finales y paginación, del libro GALICIA para su cliente TURGALICIA, durante los meses de junio, julio, agosto, septiembre y octubre de 2005. Todo ello referido a esta primera edición de noviembre de 2005.

Se incluyen asimismo los veinticinco originales fotográficos entregados a TURGALICIA”.

El importe total de dicha factura es de 44.660 euros (IVA incluido).

2. Que con anterioridad al encargo y realización del trabajo a que se refiere la referida factura de 8 de noviembre de 2005, EUROPUBLIC COMUNICACIÓN S.L. y TURGALICIA, en fecha 24 de mayo de 2005 suscribieron un contrato para el diseño de un libro de estilo que guíe la promoción y comunicación turística de Turgalicia (documento nº 15 de la demanda), por el precio de 29.890 euros (IVA incluido), acordándose que “los contenidos de texto y gráfico pasarán a ser propiedad de Turgalicia” y que “Las fotografías del libro y sus derechos serán compartidos a un 50% con el adjudicatario, de tal forma que Turgalicia podrá elegir el 50% de las fotos del Libro objeto de este concurso para su libre utilización” (documento nº 16 Pliego de Condiciones).

El referido contrato obedece a que la mercantil demandada EUROPUBLIC COMUNICACIÓN S.L. resultó ser la adjudicataria, mediante resolución de fecha 20 de mayo de 2005, de un concurso tramitado por TURGALICIA.

3. Que al resultar EUROPUBLIC adjudicataria en el referido concurso es cuando encarga la realización de las fotografías para la edición del Libro Galicia, sin que Europublic ponga en conocimiento de la actora los términos y condiciones del acuerdo alcanzado con Turgalicia.

4. Asimismo, es un hecho no discutido, que don Constantino (autor de las fotografías) negoció con Turgalicia la entrega de la libre cesión de uso de 25 fotografías como contraprestación al pago de sus gastos de desplazamiento, hospedaje, manutención y transporte, así consta que el Sr. Constantino contactó con Turgalicia a fin de que dicha entidad corriese con tales gastos -documento nº 4 de la contestación a la demanda de TURGALICIA- escrito, en el que de manera expresa, don Constantino

manifiesta: “El compromiso que asumo por mi parte es el de entregar a TURGALICIA un total de 25 originales para su libre uso a escoger de entre un centenar de fotos”.

TURGALICIA asumió dichos gastos que ascendieron a 6.266,92 euros y el autor cedió el libre uso de las 25 fotografías.

Ninguna duda existe ni del pacto alcanzado entre TURGALICIA y don Constantino ni de las facturas abonadas por TURGALICIA por cuenta del Sr. Constantino contra la cesión del libre uso de 25 fotografías, lo que implica que a TURGALICIA le pertenece el libre uso de esas 25 fotografías, sin olvidar que ha sido el propio autor quien lo ha cedido a TURGALICIA.

La cesión libre de las 25 fotografías, conlleva que al ser de libre uso por parte de Turgalicia, no tienen que ser destinadas exclusivamente para su utilización en la primera edición del libro Galicia, toda vez que la cesión, de los 25 originales para libre uso a escoger entre un centenar de fotos, deriva de los acuerdos particulares entre TURGALICIA y el Sr. Constantino, que no de lo acordado entre la actora y EUROPUBLIC, siendo la contraprestación (al margen del precio pagado por EUROPUBLIC por los trabajos encargados y por los que se factura en fecha 8 de noviembre de 2005) el abono, por parte de Turgalicia, de los gastos de desplazamiento y alojamiento del autor.

5. Que el libro Galicia incorpora 120 fotografías de don Constantino, que son las fotografías a las que se refiere la factura en cuestión y sobre las que las demandadas, EUROPUBLIC COMUNICACIÓN S.L. y TURGALICIA, en fecha 24 de mayo de 2005, acordaron que las fotografías del libro y sus derechos serían compartidos a un 50% con el adjudicatario (EUROPUBLIC COMUNICACIÓN S.L.), de tal forma que TURGALICIA podría elegir el 50% de las fotos del Libro objeto del concurso para su libre utilización, es decir, podía elegir 60 fotografías del libro en cuestión. Así debe ser entendido, toda vez que, como queda dicho, TURGALICIA ya tenía,

en virtud del acuerdo a que se hizo referencia, el libre uso de 25 fotografías, entregadas al margen de las 120 realizadas para el libro. Entenderlo de otro modo, es decir, que las 25 fotografías de libre uso forman parte de las 120 fotografías del libro, carece de sentido, porque si Turgalicia ya tenía 25 originales fotográficos para su libre uso, en virtud del acuerdo alcanzado con el autor, por el que asume, como contraprestación, el pago de los gastos de desplazamiento y alojamiento del Sr. Constantino en Galicia, sería absurdo que TURGALICIA, tras el acuerdo alcanzado con el autor, acordase con EUROPUBLIC que podía elegir el 50% de las fotos del Libro objeto de este concurso (60 fotografías del libro) para su libre utilización y que el acuerdo versase, a su vez, sobre aquello de lo que ya era titular, tal acuerdo, no puede entenderse de otro modo más que referido a las 120 fotografías del libro y al margen de las 25 fotografías de libre uso de las que ya era titular TURGALICIA, y en consecuencia, al margen de la factura abonada por EUROPUBLIC a la actora, de ahí que existan dos acuerdos - a parte del existente entre EUROPUBLIC y la actora - uno, el contrato entre Turgalicia y Europublic en relación con las 120 fotografías del libro Galicia, y otro, el acuerdo alcanzado entre Turgalicia y el Sr. Constantino sobre la cesión, por parte del autor a Turgalicia, de 25 fotografías para su libre uso.

La conclusión expuesta, resulta también admitida por Turgalicia en su contestación a la demanda, al invocar, en el hecho tercero, que la utilización de las fotografías a las que se refiere la demanda está amparada : “por su condición de editor del libro de promoción sobre Galicia; por su condición de titular de los derechos de libre uso del 50% (60 originales) de las fotografías utilizadas en el libro, en virtud del contrato suscrito con EUROPUBLIC, y por su condición de titular de los derechos de libre uso de otras 25 originales fotográficos cedidos por el Sr. Constantino como contraprestación por la cobertura, por parte de Turgalicia, de la infraestructura necesaria para la realización de las fotos en Galicia (alojamiento, vehículos), es decir, Turgalicia basa su defensa en que adquirió de Europublic los derechos de 60 imágenes (50% de las fotografías

del libro) y en que adquirió del autor los derechos de otras 25, lo que viene a corroborar la conclusión que se alcanza de que en las fotografías del libro no estaban incluidas las 25 de libre uso.

6. Que, como consecuencia, del contrato de fecha 24 de mayo de 2005, EUROPUBLIC entregó a TURGALICIA el libro para su edición así como el lote de fotografías del libro (50%) que conforme a lo pactado le correspondía para su libre uso y explotación (hecho cuarto de la contestación a la demanda de Turgalicia).

Alega Turgalicia que las fotografías que quedaron en su poder fueron las empleadas en su página web y en las promociones que se indican en la demanda, ninguna otra foto.

En consecuencia, de lo hasta aquí expuesto, resulta:

a) Lo que fue objeto de encargo por parte de Europublic a la actora: La realización fotográfica digital AD, diseño, maquetación y textos, así como los artes finales y paginación, del libro GALICIA para TURGALICIA (cliente de Europublic), todo ello referido a la primera edición del libro de noviembre de 2005.

b) Que Europublic además de entregar el referido libro para su edición a Turgalicia, dispone, sin conocimiento y autorización de la actora, de las fotografías realizadas por el Sr. Constantino para el libro en cuestión, y cede a Turgalicia el 50%, para su libre utilización, de las fotografías del referido libro, reservándose, Europublic, el otro 50%, añadiéndose en el contrato que “En caso de requerir con posterioridad alguna foto que no sea de la propiedad de Turgalicia la solicitará a la empresa adjudicataria (Europublic), quien debe comprometerse a estipular un canon de uso de acuerdo a las condiciones usuales de mercado tomando como referencia los precios definidos por las principales compañías de alquiler de derechos fotográficos “ (Pliego de Condiciones del contrato entre Europublic y Turgalicia). En consecuencia, la cesión realizada por Europublic a Turgalicia va

mucho más allá de la cesión que la actora había realizado a Europublic, cesión que, como queda dicho, quedaba limitada a la cesión de las fotografías para la primera edición del libro de noviembre de 2005.

EUROPUBLIC COMUNICACIÓN S.L. estaba autorizada para ceder a TURGALICIA, las 120 fotografías realizadas por el autor para un fin “la primera edición del libro de noviembre de 2005”, es decir, estaba autorizada hasta los límites de esa cesión, pero a nada más, siendo, en consecuencia, intransmisible, cualquier otra cesión no pactada previamente con el cedente.

c) Que, con posterioridad a la cesión operada por Europublic a Turgalicia ésta utilizó 52 fotografías de las 120 que habían sido cedidas para la primera edición del libro Galicia, en su página web, en la elaboración de posavazos, vallas publicitarias y en el periódico diario La Vanguardia. En concreto, la explotación, por parte de TURGALICIA, lo es en su página web corporativa (documento nº 7 de la demanda, 14 pantallas, en 9 idiomas), una fotografía para la elaboración de “posavazos” (documento nº 8 de la demanda), la explotación publicitaria de fotografías en el periódico diario LA VANGUARDIA (documentos nº 9 y nº 10 de la demanda), fotografías para su exhibición mediante un panel publicitario en el Circuito de Cataluña (documentos 17 y 18 de la demanda) y como estrategia de promoción durante los períodos 2006-2010 en una imagen corporativa basada en la explotación de las fotografías (documento nº 11 de la demanda).

d) Que el uso realizado por Turgalicia no está amparado ni por el contrato alcanzado entre la actora y Europublic ni por el celebrado entre Europublic y Turgalicia, por lo que sí se ha producido extralimitación por las demandadas en el uso de las fotografías en cuestión.

e) Que de las 120 fotografías pertenecientes al libro Galicia se utilizan un total de 52 en distintas aplicaciones.

f) Que el uso por Turgalicia de las citadas fotografías precisaba de la autorización de la actora; en ausencia de tal autorización la utilización de las mismas en distintas aplicaciones constituye un supuesto de utilización ilícita que da lugar a indemnización de los daños y perjuicios causados conforme al artículo 140 LPI. Las cesiones de derechos de explotación deben entenderse referidas a límites espaciales y temporales determinados, lo que ha quedado concretado a la primera edición del Libro Galicia de noviembre de 2005. Sabido es que a falta de prueba del contenido concreto del negocio de cesión, 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) lo que aquí no ha acontecido. Y sabido es que la falta de constancia de esa voluntad, la transmisión operada deberá entenderse producida en el sentido de la menor vinculación para el autor, pues es lo que conlleva una menor limitación para los derechos que la ley le otorga.

Se invoca que Turgalicia editó el libro en tanto que Europublic lo realizó (el contrato de edición es definido en el art. 58 de la Ley de Propiedad Intelectual como aquel por el que el autor o sus derechohabientes ceden al editor, mediante compensación económica, el derecho a reproducir su obra y el de distribuirla, obligándose el editor a realizar estas operaciones por su cuenta y riesgo en las condiciones pactadas y con sujeción a lo dispuesto en la propia Ley; el art. 59 señala que el encargo de una obra no es objeto del contrato de edición; contrato formal, arts. 60 y 61 de la misma Ley, pues han de constar por escrito, bilateral y oneroso, con contenido de derecho imperativo, arts. 60, 62 y 63, con referencia a los arts. 55, 57, 60 y 61), además de lo señalado, frente a tal alegación recordar que quien así alega, olvida que el trabajo realizado se limitó a las 120 fotografías para su uso en la primera edición del libro Galicia, siendo la factura la que delimita el uso para el que se produjo la cesión: “primera edición del libro”, sin que se

especifique en la misma ni haya sido acreditada cualquier otra explotación distinta de la así acordada.

Efectivamente, no existe duda que Turgalicia edita el libro pero quien coordina y dirige no es Turgalicia.

Turgalicia recibe de Europublic el libro listo para su edición, por lo que no concurren los requisitos para adquirir los derechos de explotación al no adquirirse los mismos con la simple edición, pues, está probado que “Europublic” encargó a la actora la realización de las fotografías que se integrarían en el libro Galicia y que a su vez Turgalicia adjudicó a Europublic el diseño de un libro de estilo que guíe la promoción y comunicación turística de Turgalicia que le sería entregado para su edición, por lo tanto no podemos hablar de un contrato de edición.

No desconoce la Sala que por la demandada Europublic se opuso falta de legitimación pasiva con fundamento en que no había explotado ni hecho uso activo alguno de la obra gráfica del demandante, más su responsabilidad lo es por la cesión ilegal de los derechos de explotación de las fotografías, por no estar autorizada más que para la cesión de los derechos de explotación para la primera edición de un libro, de manera que, Europublic transmite a Turgalicia algo que no tiene porque no se lo han cedido, además la conducta omisiva o simplemente pasiva no es razón para excluir de responsabilidad a Europublic, por lo que Europublic viene perfectamente legitimada, ad causam, para soportar la pretensión de la actora en cuanto productora de unos daños. Asimismo, no actúa Turgalicia con la diligencia debida, al menos por culpa in eligendo, al no asegurarse que Europublic tenía los derechos de explotación que le cedía ni tan siquiera se asegura que concurra la autorización del autor (art. 43), extremos que, a mayor abundamiento, ni se contemplan en el contrato celebrado entre Europublic y Turgalicia ni en el Pliego de condiciones cuando se aborda la cuestión relativa al porcentaje de fotografías que para su libre explotación adjudica Europublic a Turgalicia, sin que por el hecho de adjudicar a Europublic el diseño del libro Galicia y que aquella

haya contratado a tal fin con la actora, le libere de responsabilidad.

Asimismo, se alega que se trata de una obra colectiva, lo que no es de recibo, toda vez que no entra en la definición del artículo 8 TRLPI, pues claramente excede de la simple reunión de aportaciones de diferentes autores cuya contribución personal se funda en una creación única y autónoma, para la cual haya sido concebida, sin que sea posible atribuir separadamente a cualquiera de ellos un derecho sobre el conjunto de la obra realizada, pues estamos ante fotografías que se explotan con usos autónomos e independientes, mientras que la obra colectiva se funde en una creación única y autónoma, no siendo susceptible de una explotación independiente y separada. Las fotografías no se realizaron como una creación autónoma e independiente sino para formar parte del libro Galicia a que iban a ser destinadas.

Lo así expuesto supone, primero, una actividad ilícita que debe cesar en los términos del artículo 139 TRLPI y, en segundo lugar, la infracción de los derechos de explotación que corresponden a la actora, por lo que procede el derecho a ser compensada económicamente.

En la demanda que da origen al procedimiento se ejercitan acumuladamente una serie de acciones en materia de propiedad intelectual.

La primera persigue la cesación en la actividad ilícita consistente en el uso de las fotografías y creaciones visuales del Sr. Constantino a que se alude en la demanda, sin la previa autorización de la demandante, salvo aquella expresamente pactada con EUROPUBLIC COMUNICACIÓN, con expresa prohibición de reanudarla desde la firmeza de la resolución que se interesa, la suspensión de toda su explotación, la retirada del comercio de todos los ejemplares y objetos ilícitos y su destrucción, la retirada de todos los circuitos comerciales y su inutilización de todos los elementos o soportes materiales destinados a la reproducción de las fotografías en cuestión, la remoción en

los servidores de internet de las demandadas de cualquier comunicación pública o privada de las fotografías, la suspensión de los derechos de explotación prestados o cedidos, gratuita u onerosamente a intermediarios o terceros, y la segunda la indemnización en la suma de 562.500 euros por los daños patrimoniales causados.

La acción de cesación de la actividad ilícita sí tiene carácter real y es ejercitable erga omnes, frente a todo aquel que participe en la comercialización, explotación y distribución de la obra producida con lesión de los derechos de propiedad intelectual, con independencia de la buena o mala fe en su actuación, con la única excepción del consumidor final de buena fe (artículo 139.4 TRLPI).

Procede acordar el cese en la actividad ilícita consistente en el uso de las fotografías y creaciones visuales, sin la previa autorización de la actora, salvo la expresamente pactada con EUROPUBLIC COMUNICACIÓN, con prohibición de reanudarla desde la firmeza de la presente resolución, así como la suspensión de la explotación de dichas fotografías, la retirada del comercio de las mismas y la de los objetos ilícitos y su destrucción, la retirada de todos los circuitos comerciales y la inutilización de todos los elementos o soportes materiales destinados a la reproducción de las fotografías en cuestión, la remoción en los servidores de internet de las demandadas de cualquier comunicación pública o privada de las referidas fotografías, y la suspensión de los derechos de explotación de las mismas prestados o cedidos, gratuita u onerosamente a intermediarios o terceros, todo ello conforme a lo dispuesto en el art. 139 de la LPI, medidas adecuadas para evitar se produzca cualquier tipo de comercialización o secuela del atentado a las fotografías objeto de litigio.

Sentado lo que antecede, la actora solicita que la indemnización por daños y perjuicios se fije en la cantidad que como remuneración hubiera percibido el perjudicado si el infractor hubiera pedido autorización para utilizar el derecho de propiedad intelectual en cuestión (art. 140.2.b TRLPI) interesando la

aplicación de las tarifas de la ASOCIACIÓN DE FOTÓGRAFOS PROFESIONALES DE ESPAÑA para determinar la remuneración, extremo - cuantía de la indemnización solicitada por la actora por importe de 562.500 euros - que las demandadas califican de excesiva y desproporcionada.

Sólo cabe por tanto definir los derechos económicos que puede generar el uso de las fotografías, sin autorización. Tales derechos sólo pueden ser los que deriven de determinados derechos de explotación sin autorización, y desde luego no puede afirmarse que carezca de ellos la actora ya que no consta que hiciera cesión de sus derechos más allá del uso de las mismas para el libro Galicia. Dicho de otro modo, no consta que cediera la actora sus derechos sobre las fotografías de manera extensiva y para todos aquellos usos susceptibles de ser cedidos, lo que desde luego no se puede presumir, al punto que el TRLPI -art.45- requiere de formalización escrita, señalando el artículo 43-1 que los derechos de explotación de la obra transmitida por actos inter-vivos, queda limitada a cesión del derecho o derechos concretamente cedidos, a las modalidades de explotación expresamente previstas y por el tiempo y ámbito territorial que se determinen, estableciéndose en el párrafo segundo de ese precepto las presunciones en defecto de pacto expreso.

En autos figuran varios informes, uno aportado por la actora confeccionado a su instancia que parte de la utilización de la totalidad de las fotografías y aplica las tarifas fijadas unilateralmente por la asociación en cuestión, y los practicados a instancia de las demandadas. El informe aportado por la actora (documento nº 25) emitido por el director de la Asociación de Fotógrafos profesionales de España, no atiende al número de imágenes efectivamente utilizadas, ni atiende al precio unitario de cada fotografía utilizada, ni el tiempo efectivo que se dice utilizada ilegítimamente.

Frente al informe de la actora, tenemos la factura de fecha 8 de noviembre de 2005 emitida por Carro Studi, factura que engloba otros aspectos distintos

del trabajo fotográfico que tras ser cuantificados, por la propia actora, fija en 30.000 euros el honorario base para las 120 fotografías del libro Galicia, y conocemos que el propio autor cuantifica en 6.266,92 euros el precio de 25 fotografías para libre uso cedidas a Turgalicia, datos, especialmente el último, que nos lleva a dar prevalencia a los propios actos del autor, de manera que si calculamos el precio unitario de las 120 fotografías, tomando como base los actos del autor, nos da 250,67€/unidad, por lo que estando identificadas las fotografías utilizadas (52) aplicamos aquel precio supone un importe total de 13.035 €. Compensación que entendemos, debe fijarse en esa cantidad atendiendo al precio fijado por el autor para 25 fotografías para libre uso, lo que nos permite advertir, siguiendo el criterio del art.140 TRLPI, que difícilmente, la autorización de la actora para la explotación llevada a cabo por Turgalicia, hubiera superado la cifra que hemos fijado.

No obstante, procede hacer algunas consideraciones, en cuanto a la determinación de cual hubiera sido la remuneración que habría obtenido la actora de haber autorizado la explotación (carga probatoria que corresponde a la parte actora). Este Tribunal, tras el examen de la abundante prueba practicada, estima, que resolver como interesa la actora, efectivamente se muestra excesivo y claramente desproporcionado, máxime, teniendo en cuenta que lo peticionado, se contradice con los propios actos del autor, pues, como queda dicho, consta acreditado, y no es objeto de discusión, que el autor cedió a TURGALICIA el “libre uso” de 25 fotografías en contraprestación por el pago, por parte de TURGALICIA, de los gastos de alojamiento y desplazamiento del autor a Galicia, siendo el importe total de dichos gastos 6.266,92 euros, lo que constituye un dato objetivo que en modo alguno puede desconocerse, máxime siendo un dato relacionado con lo que es objeto de demanda, como tampoco puede desconocerse que no existe justificación alguna para considerar que dichas 25 fotografías para libre uso tengan características diferentes de las 120 que fueron cedidas para su inclusión en el Libro Galicia, ninguna prueba se practicó sobre este extremo (no se ha aportado informe pericial alguno

que ilustre a la Sala sobre las peculiaridades de la fotografías realizadas para el libro Galicia frente a las fotografías cedidas a Turgalicia para libre uso) de manera que permitiese llegar a la conclusión de que el precio de las fotografías cedidas para libre uso y las empleadas en el libro fuese diferente por ser “especiales” éstas últimas, la explicación que se emite por el Sr. Constantino, es que se realizaron fotografías para el contenido del libro y “postalillas” que son las cedidas a Turgalicia para libre uso, diferencia que no se alcanza a comprender, toda vez que, además de no constar en los autos las 25 fotografías cedidas para libre uso, lo cierto es que, ni en los autos, ni en la propia factura, relativa al trabajo realizado con destino al libro, se emplea el término de “postalillas”, al contrario, cuando se alude en la factura, a lo que había sido objeto de entrega a Turgalicia, expresamente se indica “veinticinco originales fotográficos”, lo que lleva a la conclusión que, todas ellas -las destinadas al libro y las 25 cedidas de libre uso- son fotografías sin que conste acreditada la diferencia que pudiera existir entre unas y otras. En consecuencia, para fijar el justo resarcimiento que merece la actora calculamos la indemnización, conforme al artículo 140 del TRLPI, por lo que hubiera debido percibir de haber autorizado la explotación, aplicando como referencia el precio unitario que para el libre uso ha sido fijado por el propio autor, que es la mejor referencia del valor de dichos derechos.

Las consideraciones expuestas, unidas a que el autor es asociado de la Asociación que emite el informe aportado con la demanda, informe en el que se emplean tarifas fijadas unilateralmente por dicha Asociación y que atiende a la información facilitada únicamente por la actora, que no tiene en cuenta el número de imágenes efectivamente utilizadas, ni atiende al precio unitario de cada fotografía utilizada, ni al tiempo efectivo que se dice utilizada ilegítimamente, lleva a que disponiendo de datos objetivos, como se dispone, deban ser tenidos en cuenta, de ahí que se estime como más real tomar en consideración el precio (6.266,92 euros) que Turgalicia abonó por los 25 originales fotográficos para libre uso, modo por el que conocemos el precio

unitario por fotografía para libre uso, siendo éste de 250,67 euros, cuantificación que estimamos objetiva por estar calculada conforme a los propios actos del autor, es decir, el precio que éste puso a la cesión del libre uso de 25 fotografías a elegir por TURGALICIA de entre un centenar.

En este orden de cosas, también hacer otra consideración, en cuanto al número de imágenes que constan como utilizadas por Turgalicia (52) de manera que no se realiza el cálculo sobre la totalidad de las mismas (120). La Sala, se inclina por hacer el cálculo sobre las 52 fotografías utilizadas que no sobre la totalidad, de una parte, porque si bien puede ser cierta la dificultad invocada por la actora en cuanto a la averiguación sobre el alcance total de la explotación que pueda haberse hecho de las fotografías al margen de las que detalla en la demanda (periódico La Vanguardia, vallas publicitarias, internet, posavasos), también lo es que consta el resultado de las diligencias preliminares practicadas recabando información de Turgalicia sobre el alcance total de la explotación que había realizado de las fotografías objeto de la demanda, y que Turgalicia limitó dicha explotación a las que precisa la actora, sin que exista razón alguna para entender que la explotación haya ido más allá de lo que se precisa en la demanda, máxime a la vista de que dichas diligencias sirvieron, de una parte, para que, por Turgalicia, se aportase el contrato celebrado por Turgalicia con Europublic sin conocimiento y autorización de la demandante, y de otra, porque, como ya queda dicho, en el referido contrato Europublic dispone de la totalidad de las fotografías que iban destinadas exclusivamente al libro, pero la cesión a TURGALICIA queda limitada a la libre utilización de 60 fotografías del libro Galicia, atribuyéndose EUROPUBLIC la titularidad de las 60 restantes que quedaban en su poder, dato que permite concluir que la utilización por parte de Turgalicia se limitó a la de las fotografías que le fueron cedidas por Europublic y no más, y que de esas 60 fotografías cedidas utilizó 52 por lo que esa es la razón de que la indemnización que corresponde a la actora sea calculada sobre 52 que no sobre el resto hasta 120 respecto del que no

consta ningún acto de explotación.

Finalmente, indicar que en modo alguno puede entenderse, como sostienen las demandadas, que entre esas 52 fotografías explotadas se encuentran las 25 de libre uso cedidas a TURGALICIA, pues, no constan en los autos ni se han identificado las 25 fotografías para libre uso que permitiese obtener la conclusión que las mismas eran las fotografías a que se refiere la demanda, nada se acreditó sobre este extremo, falta de prueba que solo a ellas debe perjudicar, máxime si efectivamente son, como sostiene Turgalicia, las que viene utilizando.

Quinto.- Procede imponer 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 de la LEC, desde la fecha de la misma.

Sexto.- En cuanto a las costas procesales, la estimación del recurso supone que no proceda efectuar expresa imposición de las costas derivadas del mismo, tal como establece el núm. 2 del artículo 398 de la LEC.

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

Vistos los preceptos legales citados y demás de pertinente y general aplicación al caso

Fallamos

Que estimamos el recurso de apelación interpuesto por la representación de LLUIS CARRO STUDI, S.L. contra la sentencia dictada el 31 de julio de 2009 por el Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de A Coruña en autos de procedimiento ordinario núm. 394/2008, por lo que debemos revocar y revocamos dicha resolución y en su virtud estimamos parcialmente la demanda planteada por la representación de LLUIS CARRO STUDI,

S.L. contra EUROPUBLIC COMUNICACIÓN S.L. y SOCIEDAD DE IMAGEN Y PROMOCIÓN TURÍSTICA DE GALICIA S.A. (TURGALICIA) a las que condenamos solidariamente, en primer lugar, a cesar en la actividad ilícita consistente en el uso de las fotografías de don Constantino incluidas en la primera edición del libro GALICIA a que se refiere la demanda y creaciones visuales, sin la previa autorización de la actora, salvo la expresamente pactada con EUROPUBLIC COMUNICACIÓN, con prohibición de reanudarla desde la firmeza de la presente resolución, así como a la suspensión de la explotación de dichas fotografías, a la retirada del comercio de las mismas y la de los objetos ilícitos y su destrucción, a la retirada de todos los circuitos comerciales y la inutilización de todos los elementos o soportes materiales destinados a la reproducción de las fotografías en cuestión, a la remoción en los servidores de internet de las demandadas de cualquier comunicación pública o privada de las referidas fotografías, y a la suspensión de los derechos de explotación de las mismas prestados o cedidos, gratuita u onerosamente a intermediarios o terceros, y, en segundo lugar, a indemnizar a la actora en la cuantía de trece mil treinta y cinco euros (13.035 euros #) cifra ésta que se incrementará con el interés calculado al tipo legal aumentado en dos puntos desde la fecha de la presente resolución; sin efectuar expresa imposición de las costas derivadas de ambas instancias.

Y al Juzgado de procedencia, líbrese la certificación correspondiente con devolución de los autos que remitió.

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

PUBLICACION.- Dada y pronunciada fue 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.

PUBLICACIÓN: En la misma fecha fue leída y

publicada la anterior resolución por el Ilmo. Sr/a. Magistrado que la dictó, celebrando Audiencia Pública. Doy fe.

DILIGENCIA: Seguidamente se procede a cumplimentar la notificación de la anterior resolución. Doy fe.