

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

Daño moral. Situación de las fotografías no originales. Desestimación. Análisis crítico.

PAÍS U ORGANIZACIÓN: España

ORGANISMO: Audiencia Provincial de Alicante, Sección 8ª

FECHA: 15-5-2008

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: 03014370082008100318. Actualización: 11-8-2012.

OTROS DATOS: Recurso 58/2008. Sentencia 194/2008.

SUMARIO:

“En la demanda que inicia este proceso se interesa la protección de dos fotografías de titularidad de la actora ante su utilización ilegítima por parte de la demandada y, en consecuencia, solicita la condena a la cesación en la utilización sin autorización y al pago de una indemnización por los daños morales y perjuicios materiales causados ...”.

“La sentencia de instancia estimó parcialmente la demanda al reconocer a la actora la titularidad en exclusiva de los derechos de explotación sobre las fotografías limitando la condena de la demandada a la cesación en la utilización no autorizada de las fotografías”.

[...]

“1.-) la actora invocó en la demanda la protección que el artículo 128 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril (en lo sucesivo, TRLPI) concede a los autores sobre las «meras fotografías» que no son equiparables a las obras fotográficas, caracterizándose aquéllas por limitarse a recoger de forma mecánica o técnica la realidad tal cual se presenta; 2.-) los derechos concedidos a los autores de las «meras fotografías» son parte de los derechos de explotación, en concreto, el derecho exclusivo de autorizar su reproducción, distribución y comunicación pública; 3.-) nunca se ha invocado la protección derivada del carácter singular o novedad del diseño de los objetos reproducidos en las dos fotografías (busto de Buda y consola Ming) ni el resarcimiento por la ejecución de actos de competencia desleal”.

[...]

“En lo concerniente al daño moral, hemos de señalar que los derechos morales del autor no

están incluidos en el ámbito de los derechos reconocidos a los titulares de las meras fotografías ni tampoco se identifica en la demanda ningún interés de naturaleza extrapatrimonial que haya resultado afectado por la infracción”.

COMENTARIO: La sentencia que se reseña parece confundir el derecho moral (como se le concibe en derecho de autor), con el daño moral, incorporal, extrapatrimonial o de afección, al señalar, como reflexión de carácter general, que “... *los derechos morales del autor no están incluidos en el ámbito de los derechos reconocidos a los titulares de las meras fotografías ...*”, una de las razones por las cuales deniega los daños morales reclamados, independientemente de que en el caso concreto los mismos hayan sido o no probados. En efecto, es cierto que conforme a la legislación española sobre propiedad intelectual y otras leyes nacionales, la protección “*sui generis*” que se le reconoce a las meras fotografías se limita a los derechos de orden patrimonial, pero ello no impide que una lesión a ese derecho exclusivo de utilización pueda tener repercusiones afectivas o emocionales en la persona del fotógrafo, pues en palabras de Oliveira Ascensão, “*de una violación de un derecho de explotación puede resultar para el autor un grave daño moral*”¹ o en las de Cifuentes, comentando a Zavala de González, que puede haber una extensión del daño patrimonial hacia lo afectivo, hacia los sentimientos, y a la inversa, una extensión de los sentimientos a lo patrimonial². Piénsese, por ejemplo, en el caso de una fotografía carente de originalidad, tomada durante un evento religioso y para su difusión en publicaciones de esa naturaleza, pero que es insertada sin autorización y con la mención del nombre del fotógrafo en una revista de tinte pornográfico, lo que podría lesionar el honor o la reputación de quien realizó la fijación fotográfica o, incluso, perturbar sus sentimientos religiosos. Puede ser que ese daño moral deba ubicarse en el marco de la responsabilidad civil extra-contractual por hecho ilícito, pero es indemnizable. En ese sentido se planteó una controversia resuelta por la Audiencia Provincial de Álava, donde el demandado y apelante de la sentencia condenatoria por el uso no autorizado de una fotografía, argumentaba la improcedencia del daño moral por tratarse de una fijación fotográfica carente de originalidad. Allí la Audiencia dijo que “... *Dejando a un lado qué consideración merezca la imagen controvertida, si obra artística o mera ... 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 ...*”³. © Ricardo Antequera Parilli, 2013.

1 OLIVEIRA ASCENSÃO: *Direito de autor e direitos conexos*, citado por MARTÍNEZ ESPÍN, Pascual: *El daño moral contractual en la Ley de Propiedad Intelectual*. Editorial Tecnos. Madrid, 1996, p. 56.

2 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.

3 Sentencia de la Sección 1ª (14-6-2010).

TEXTO COMPLETO:

Ilmos.:

Presidente: Don Enrique García Chamón Cervera.

Magistrado: Don Luis Antonio Soler Pascual.

Magistrado: Don Francisco José Soriano Guzmán.

En la ciudad de Alicante, a quince de mayo de dos mil ocho.

La Sección Octava de la Audiencia Provincial de Alicante, integrada por los Ilmos. Sres. Expresados al margen, actuando como Sección especializada en materia mercantil, ha visto los autos de Juicio Ordinario número 543/07, sobre propiedad intelectual, seguidos en el Juzgado de lo Mercantil Núm. 1 de Alicante, de los que conoce en grado de apelación en virtud del recurso entablado por la parte actora, “Suzka Internacional, S.L.”, representada por la Procuradora Doña Carolina Martí Sáez, con la dirección de la Letrada Doña Rosario Pérez Lloret.

La demandada, “Asia Home Art, S.L.”, fue declarada en situación de rebeldía.

I - ANTECEDENTES DE HECHO.

PRIMERO.- *En los autos de Juicio Ordinario número 543/07 del Juzgado de lo Mercantil Núm. 1 de Alicante, se dictó Sentencia de fecha veintinueve de enero de dos mil ocho, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: “Que estimando parcialmente la demanda interpuesta por SUZKA INTERNACIONAL SL contra ASIA HOME ART SL debo declarar que la mercantil SUZKA INTERNACIONAL SL es titular en exclusiva de los derechos de explotación sobre las fotografías identificadas en el soporte digital aportado como doc num 4 ilegítimamente utilizadas por la demandada y debo condenar a la demandada a cesar en la utilización sin autorización de las mismas. Cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad.”*

SEGUNDO.- *Contra dicha Sentencia se preparó recurso de apelación por la parte actora y; tras tenerlo por preparado, presentó el escrito de interposición*

del recurso, del que no se dio traslado a la demandada al hallarse en situación de rebeldía.

Seguidamente, tras emplazar a la apelante, se elevaron los autos a este Tribunal donde fue formado el Rollo número 169- M58/08, en el que se señaló para la deliberación, votación y fallo el día trece de mayo, en el que tuvo lugar.

TERCERO.- *En la tramitación de esta instancia, en el presente proceso, se han observado las normas y formalidades legales.*

VISTO, siendo Ponente el Ilmo. Sr. D. Enrique García Chamón Cervera.

II - FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *En la demanda que inicia este proceso se interesa la protección de dos fotografías de titularidad de la actora ante su utilización ilegítima por parte de la demandada y, en consecuencia, solicita la condena a la cesación en la utilización sin autorización y al pago de una indemnización por los daños morales y perjuicios materiales causados que cifra en 20.000.- €.*

La Sentencia de instancia estimó parcialmente la demanda al reconocer a la actora la titularidad en exclusiva de los derechos de explotación sobre las fotografías limitando la condena de la demandada a la cesación en la utilización no autorizada de las fotografías.

En el recurso se impugna la desestimación de la pretensión indemnizatoria alegando que la simple infracción declarada en la Sentencia ya causa un daño resarcible que ha sido objeto de suficiente actividad probatoria y que la cuantía indemnizatoria solicitada es adecuada a la gravedad de la infracción.

Hemos de dejar sentadas las siguientes premisas para delimitar el ámbito del objeto de protección:

1.-) la actora invocó en la demanda la protección

que el artículo 128 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril (en lo sucesivo, TRLPI) concede a los autores sobre las “meras fotografías” que no son equiparables a las obras fotográficas, caracterizándose aquéllas por limitarse a recoger de forma mecánica o técnica la realidad tal cual se presenta; 2.-) los derechos concedidos a los autores de las “meras fotografías” son parte de los derechos de explotación, en concreto, el derecho exclusivo de autorizar su reproducción, distribución y comunicación pública; 3.-) nunca se ha invocado la protección derivada del carácter singular o novedad del diseño de los objetos reproducidos en las dos fotografías (busto de Buda y consola Ming) ni el resarcimiento por la ejecución de actos de competencia desleal.

La acción indemnizatoria reconocida al autor en el caso de la infracción de sus derechos viene regulada en el artículo 140 TRLPI, cuyo contenido ha sido objeto de nueva redacción tras la reforma operada por el artículo Segundo-cuatro de la Ley 19/2006, de 5 de junio.

Los conceptos indemnizables se reseñan en el hecho quinto de la demanda: a) gastos de investigación en los que ha incurrido el autor para obtener pruebas razonables de la comisión de la infracción; b) daño moral al vulnerarse las garantías de exclusividad de los productos ofertados por la actora a sus clientes y el grado de difusión ilícita al reproducirse ilícitamente las fotografías en una revista de tirada nacional; c) respecto de los daños y perjuicios, la actora optó por el criterio fijado en el apartado 2.b del artículo 140 TRLPI, esto es, la cantidad que como remuneración hubiera percibido el perjudicado, si el infractor hubiera pedido autorización para utilizar el derecho de propiedad en cuestión.

La cuantía indemnizatoria solicitada por los tres conceptos, sin distinguir cada uno de ellos, es de 20.000.- €.

En relación con el primer concepto apuntado, no se ha practicado prueba alguna, ni siquiera docu-

mental, sobre los gastos de investigación de la investigación (por ejemplo, factura de honorarios del Notario que levantó el acta notarial aportada como documento número 3 de la demanda, factura de honorarios por la actuación extrajudicial realizada por el Abogado de la actora, etc.). Esa falta de prueba sólo puede perjudicar a la parte actora pues la acreditación del daño constituye un hecho constitutivo de su pretensión resarcitoria (artículo 217.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) cuya carga probatoria corresponde a la actora.

En lo concerniente al daño moral, hemos de señalar que los derechos morales del autor no están incluidos en el ámbito de los derechos reconocidos a los titulares de las meras fotografías ni tampoco se identifica en la demanda ningún interés de naturaleza extrapatrimonial que haya resultado afectado por la infracción. La vulneración de la garantía de la exclusividad de los productos ofertados por la actora a sus clientes que se menciona en la demanda como criterio modulador del daño moral está fuera de la protección de los derechos de autor y encuentra un mejor encaje en la protección dispensada al diseño o en la Ley de Competencia Desleal, protección que nunca fue solicitada en la demanda.

Por último, respecto del criterio de la llamada “regalía hipotética” que se utiliza en la demanda para fijar los daños y perjuicios no existe en la demanda la más mínima referencia ni tampoco la posibilidad de realizar un cálculo por aproximación acerca de la remuneración que puede percibir un perjudicado cuando se difunden sin autorización dos fotografías en una revista de características similares a la aportada como documento número 2 de la demanda. Es decir, la actora opta por un determinado criterio indemnizatorio y después olvida alegar y probar los parámetros que permiten cuantificar la indemnización.

En conclusión, se confirma la desestimación de la pretensión indemnizatoria deducida en la demanda.

SEGUNDO.- No procede modificar el pronunciamiento sobre las costas causadas en la instancia

toda vez que la desestimación íntegra de la pretensión resarcitoria cifrada en 20.000.- € impide considerar que se haya producido una estimación ni siquiera sustancial de la demanda, por lo que resulta aplicable el criterio establecido en el artículo 394.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil para los casos de estimación parcial de la demanda.

TERCERO.- *No se hace especial pronunciamiento sobre las costas causadas en esta alzada al haber sido declarada rebelde la demandada, la cual no se ha personado en ningún momento en las actuaciones.*

VISTAS las disposiciones citadas y demás de general y pertinente aplicación.

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el Pueblo Español.

III - PARTE DISPOSITIVA

FALLAMOS: *Con desestimación del recurso de apelación deducido contra la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Alicante de fecha veintinueve de enero de dos mil ocho, en las actuaciones de que dimana el presente Rollo, debemos CONFIRMAR Y CONFIRMAMOS la mencionada resolución, sin efectuar especial imposición a ninguna de las partes de las costas causadas en esta alzada.*

Notifíquese esta Sentencia en forma legal y, en su momento, devuélvanse los autos originales junto con un archivador que contiene la documental aportada por la actora, al Juzgado de procedencia, de los que se servirá acusar recibo, acompañados de certificación literal de la presente resolución a los oportunos efectos de ejecución de lo acordado, uniéndose otra al Rollo de apelación.

Así, por esta nuestra Sentencia definitiva que, fallando en grado de apelación, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION.- *En el mismo día ha sido leída y*

publicada la anterior resolución por el Ilmo. Sr. Ponente que la suscribe, hallándose la Sala celebrando Audiencia Pública. Doy fe.-