

**COMENTARIO DE LA SENTENCIA
DEL TRIBUNAL SUPREMO
DE 8 DE MAYO DE 2014 (2226/2014)**

**Derecho a la propia imagen.
Intromisión ilegítima en su modalidad
de apropiación publicitaria del nombre e imagen**

Comentario a cargo de:
Carmen Muñoz García

Doctora en Derecho. Profesora de Derecho civil UCM
Codirectora Grupo de Investigación UCM:
“Derecho de la contratación. Derecho de Daños”

**SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO
DE 8 DE MAYO DE 2014**

ID CENDOJ: 28079119912014100007

PONENTE: *EXCMO. SR. DON JOSÉ ANTONIO SEIJAS QUINTANA*

VOTO PARTICULAR: *DON ANTONIO SALAS CARCELLER*

Asunto: La Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 8 de mayo de 2014 casa en parte la Sentencia de fecha 20-01-2011 dictada por la Sección 2ª de la AP de Almería, y tras posicionarse con la doctrina tradicional por la que distingue la vertiente patrimonial del derecho a la propia imagen del derecho consagrado en el art. 18 de la Constitución, declara que la utilización publicitaria de la imagen y el nombre del artista-demandante, cuya imagen fue utilizada sin su consentimiento en la campaña de lanzamiento de un nuevo periódico, constituye intromisión y origina un derecho al resarcimiento a su favor. El voto particular estima que el derecho constitucional a la propia imagen no es de carácter patrimonial, sino de carácter moral, y por tanto, su vulneración genera un perjuicio de esta entidad, que no había sido reclamado.

Sumario: 1. Resumen de los hechos. 2. Soluciones dadas en primera instancia. 3. Soluciones dadas en apelación. 4. Los motivos de casación alegados. 5. Doctrina del Tribunal Supremo: 5.1. Vertiente personalísima y vertiente patrimonial del derecho a la propia imagen. 5.2. El derecho a la propia imagen como límite a la libertad de expresión. 5.3. Derecho a la propia imagen, ¿De quién?. 5.4. La valoración del “quantum”, cuestión de hecho y competencia de instancia. 5.5. Acerca del beneficio obtenido o evitar el enriquecimiento injusto. 5.6. Sobre el voto particular. 5.7. Conclusión. 6. Bibliografía utilizada.

1. Resumen de los hechos

Luis Alberto –cantante–, y la entidad Indalo Música, SL., entidad que gestiona y explota comercialmente los derechos derivados del nombre y la imagen del citado artista, presenta demanda frente a las entidades Editorial Almeriense de Publicaciones, editora del periódico *Almería Actualidad* y contra Federico Joly y Cía. S.A., que tiene encomendada la campaña de promoción de la nueva publicación. En la reclamación alegaban vulneración del derecho a la propia imagen del artista Luis Alberto, en su modalidad de apropiación publicitaria y/o comercial del nombre y la imagen, por haber utilizado el nombre y la imagen del mismo en el seno de una campaña de publicidad para la promoción del periódico *Almería Actualidad*, sin mediar consentimiento ni autorización por parte del artista. Con base en los hechos alegados y probados, reclaman la condena solidaria de las demandadas al pago de una indemnización de 145.000 euros por los daños causados y la cesación en un futuro de la imagen del demandante.

2. Soluciones dadas en primera instancia

La Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Almería de fecha 4 de junio de 2009, estimó parcialmente la demanda formulada por D. Luis Alberto y por la entidad Indalo Música SL, declarando que las demandadas habían llevado a cabo una intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen del artista por la campaña publicitaria del periódico *Almería Actualidad*, sin que hubiese mediado consentimiento, ni autorización de D. Luis Alberto o de la entidad mercantil Indalo Música SL, gestora de la explotación de los derechos de imagen del cantante, condenando a las entidades demandadas: (i) a abonar solidariamente a los actores la cantidad de cincuenta y cinco mil euros en concepto de indemnización, más intereses legales; (ii) y a mantener para la campaña objeto de este procedimiento, y para el futuro, eliminada de la campaña publicitaria del periódico la imagen y el nombre del demandante.

Se entendía, pues, la intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen, por no mediar consentimiento o autorización del cantante, o de la per-

sona física o jurídica que ostenta sus derechos de explotación comercial del nombre e imagen.

3. Soluciones dadas en apelación

Los demandados recurrieron en apelación contra la sentencia de Primera Instancia. La Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Almería, dictó sentencia con fecha 20 de enero de 2011, desestimando el recurso de apelación interpuesto por los demandados y apelantes, y confirmando la sentencia de primera instancia, estimando entre otras cuestiones, que hubo un uso publicitario de la imagen del cantante sin el consentimiento de este, por lo que, acreditada la intromisión ilegítima el perjuicio se presume, y la indemnización fijada en primera instancia (55.000 euros) resulta adecuada y proporcionada.

4. Los motivos de casación alegados

El recurso de casación se basaba en tres motivos, con base todos ellos en la infracción del art. 18.1 de la Constitución Española, que establece: «Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen». Y así, esta infracción del art. 18.1 CE se pone en relación con los siguiente: 1.- Con el art. 1 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, que refiere en su apartado Uno: «El Derecho Fundamental al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen, garantizado en el artículo 18 de la Constitución, será protegido civilmente frente a todo género de intromisiones ilegítimas, de acuerdo con lo establecido en la presente Ley Orgánica»; también en relación a la doctrina emanada del Tribunal Constitucional y Tribunal Supremo, en cuanto solo podrán ser objeto de este tipo de procedimientos el derecho personalísimo a la propia imagen pero no la imagen como elemento patrimonial. 2.- Con el art. 7.6 y 8.2 LO 1/1982 y doctrina emanada del TC y TS en cuanto no se ha producido tal intromisión ilegítima en el derecho fundamental a la propia imagen de los demandantes. 3.- También en relación con el art. 9.3 LO 1/1982 en cuanto al cálculo de la indemnización concedida.

El primer y segundo motivo, por estar relacionados entre sí, se estudian y resuelven conjuntamente. En el recurso se precisa que únicamente será objeto de este tipo de procedimientos el derecho personalísimo a la propia imagen como elemento de la esfera personal individual y autónoma, pero nunca la propia imagen como elemento patrimonial.

5. Doctrina del Tribunal Supremo

5.1. *Vertiente personalísima y vertiente patrimonial del derecho a la propia imagen*

La forma de plantear la cuestión del derecho a la propia imagen pasa por señalar las diferencias normativas en el texto constitucional y en la Ley orgánica 1/1982.

En la Constitución española se reconoce en el art. 18.1, en el contexto de los derechos fundamentales, en relación con la dignidad de la persona, el derecho a la imagen como “un derecho de la personalidad derivado de la dignidad humana y dirigido a proteger la dimensión moral de las personas, que atribuye a su titular un derecho a determinar la información gráfica generada por sus rasgos físicos personales que pueda tener dimensión pública”, para añadir a continuación, que “La facultad otorgada por este derecho fundamental, consiste en esencia en impedir la obtención, reproducción o publicación de la propia imagen por parte de un tercero, sea cual sea la finalidad –informativa, comercial, científica, cultural, etc.–, perseguida por quien la capta o difunde” (SSTC 81/2001, de 26 de marzo, 14/2003, de 28 de enero y 127/2003, de 30 de junio).

Por lo que en su **dimensión constitucional**, como derecho fundamental, podemos afirmar, al igual que se hace respecto de los otros derechos de la personalidad, que hay una *vertiente negativa* en cuanto facultad de exclusión de intromisión frente a los demás, que le faculta a impedir la difusión de su imagen por un tercero, a lo que hay que añadir una *dimensión positiva* en cuanto facultad exclusiva y propia de su titular de difundir, publicar e incluso autorizar el uso de su propia imagen.

En este sentido, en línea con la ya clásica doctrina según la cual la vertiente patrimonial del derecho a la propia imagen queda al margen del contenido constitucional del derecho, la Sala reitera que “debe distinguirse el derecho a la imagen, como derecho de la personalidad, esfera moral, relacionada con la dignidad humana”, y por otro lado, “como derecho patrimonial, protegido por el Derecho pero ajeno a la faceta constitucional como derecho fundamental”. O como refieren entre otras, las SSTC 81/2001, de 26 de marzo, FJ 2 y 156/2001, de 2 de julio, FJ 6: «el derecho a la propia imagen, en su dimensión constitucional, se configura como un derecho de la personalidad, que atribuye a su titular la facultad de disponer de la representación de su aspecto físico que permita su identificación, lo que conlleva tanto el derecho a determinar la información gráfica generada por los rasgos físicos que le hagan reconocible que puede ser captada o tener difusión pública, como el derecho a impedir la obtención, reproducción o publicación de su propia imagen por un tercero no autorizado».

Pues bien, **a pesar de ello**, a pesar de admitir que únicamente **será objeto de este tipo de procedimiento especial por razón de la materia** el derecho personalísimo a la propia imagen, pero nunca la propia imagen como elemento patrimonial, en línea con la relevante STS de 26 de febrero de 2006, **la Sala estima en parte el recurso de casación** contra la sentencia dictada el 20 de enero de 2011 por la Sección 2ª de la AP de Almería, pero lo hace **en el único sentido** de que formulada la demanda conjuntamente por el artista y por Indalo Música (gestora de la explotación de los derechos de imagen del primero), en la que ambas partes interesaban “la condena indemnizatoria de las demandadas en beneficio de ambos por el uso no consentido de la imagen del primero”, la entidad mercantil Indalo Música no puede defender su pretensión por la vía de la protección jurisdiccional de derechos personalísimos al ser la explotación comercial de la imagen algo ajeno a lo contenido en el art. 18 CE.

Diré por lo pronto que está implícito en la sentencia el reconocimiento de esa doble vertiente a la que nos hemos referido antes:

- (i) por un lado, la que constituye su dimensión positiva, en cuanto facultad exclusiva del interesado difundir o publicar su propia imagen;
- (ii) y por otro, una dimensión negativa, en cuanto sólo al titular –en este caso, al artista– le corresponde la facultad de evitar su publicación o reproducción, en tanto que se trata de un derecho de la personalidad, cuya reproducción no autorizada origina un derecho al resarcimiento.

Dicho lo cual, es por tanto el derecho a la propia imagen como bien jurídico protegido, el que merece su **corrección por distintas vías de protección y tutela** hasta el punto de que lo dañado, ha de ser reparado –sin olvidar las medidas cautelares previstas en el art. 9.2 LO–, y sin que quepa hacer extensible iguales mecanismos a la sociedad que explota los derechos de imagen del cantante. Fijando la sentencia que en tanto intromisión ilegítima del derecho de la personalidad, origina un derecho de resarcimiento (*ex* art. 9.3 LO 1/1982) a quien siendo titular podría haber consentido la intromisión, nunca a favor de la sociedad que tenía encomendada la explotación comercial de la imagen del artista. Ciertamente, este vínculo contractual que une a los demandantes (artista y sociedad), es ajeno al contenido del derecho fundamental consagrado en el artículo 18.1 de la CE, en el que se reconoce “el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen”· como elementos configuradores de la esfera propia del individuo, con entidad y autonomías propias.

En esta diferenciación, **la Ley Orgánica 1/1982**, constituye la **Protección Civil de estos Derechos Fundamentales**, no sólo a la propia imagen, también al honor e intimidad personal y familiar, frente a todo género de intromisiones ilegítimas. Reconociéndoles el carácter de irrenunciables, inalterables e imprescriptibles (art. 1.3 LO), y para cuya protección permite al juzgador la cau-

telosa y prudente determinación de la protección en función de circunstancias variables según los tiempos y las personas.

Por lo que en este caso, se califica como intromisión ilegítima la “utilización del nombre, de la voz o de la imagen de una persona para fines publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga” (art. 7.6 LO), pero también lo es “La captación, reproducción o publicación por fotografía, filme, o cualquier otro procedimiento, de la imagen de una persona en lugares o momentos de su vida privada o fuera de ellos” (art. 7.5 LO), lo que en un caso u otro, permite la identificación objetiva del individuo. Ahora bien, la propia Ley Orgánica, admite que existen causas que eliminan dicha ilicitud, en concreto, cuando estuviere expresamente autorizada por ley o medie consentimiento expreso del titular del derecho (art. 2.3 LO), restando incluso valor a este consentimiento cuando contempla la posibilidad de que el menor lo preste si tuviese “suficiente madurez”, de acuerdo con la legislación civil (Muñoz García, «Artículo 59» y «Artículo 85», pgs 86 y 236 y ss).

5.2. *El derecho a la propia imagen como límite a la libertad de expresión*

Conforme al art. 18.1 CE, este derecho al igual que el derecho al honor y a la intimidad personal y familiar tienen el rango de fundamentales, y hasta tal punto lo son que el art. 20.4 CE tras reconocer y proteger las Libertades de Expresión, fija el límite de estas en el respeto de los derechos fundamentales del Título I, y muy especialmente, entre otros, al derecho a la propia imagen.

Es permanente el conflicto entre derechos de la personalidad y libertad de prensa. Ver tu nombre, imagen, o voz en campañas publicitarias o medios de comunicación legitima al titular del derecho a defender los intereses propios al amparo del art. 18.1 CE y leyes de desarrollo. Por el contrario, el que la utiliza sin consentimiento del titular, pretende ampararse en las libertades de expresión, opinión e incluso en el deber de información que contempla el art. 20.4 CE. Para la demandada, recurrente en casación, no existe tal intromisión ilegítima en el derecho fundamental a la propia imagen, ya que la utilización de la imagen del artista en la publicación *Almería Actualidad* lo fue con el único animo de informar, haciéndose eco en la portada del periódico de distintas noticias que estaban vinculadas con la propia localidad almeriense, entre ellas, el cierre de la gira del demandante, y no fue, como se alega en la demanda, una utilización para promocionar el nuevo periódico.

Sin embargo, tanto la sentencia de primera instancia, como la de la segunda, estiman, tras el examen y valoración de la prueba, que la imagen y el nombre del demandante se utilizaron en la portada del periódico a los únicos fines de promocionar y dar publicidad al lanzamiento de la primera edición de *Almería Actualidad*. Razones no le faltan: (i) el cierre de la gira del artista, “aunque noticiable y de interés público, se produce mucho después de que se creara la portada”, y (ii) que dicha portada nunca formó parte de ningún

periódico, ya que fue el ejemplar cero, que ciertamente estaba encaminado a promocionar el que sería el primer número de la publicación naciente. Por lo que, **trazando los límites entre el derecho a la propia imagen** (art. 18 CE) y **el derecho a la libertad de prensa** (art. 20.4), concluye en esta sentencia que la publicación de la imagen del demandante no fue consentida por él, por lo que se produce una intromisión ilegítima en su esfera personal protegida por la norma constitucional, que se ve intensificada cuando la persona cuya imagen se aprovecha tiene carácter público. Aquí, dice, “se ha aprovechado la imagen de una persona famosa para introducirla en un contexto publicitario”.

Curiosamente, admitiendo la intromisión ilegítima por utilizar el nombre y la imagen del demandante a los solos fines de promocionar y publicitar un nuevo periódico, y presumiendo el daño, este derecho fundamental no puede ceder ante el derecho a la información cuando el propósito de tal actuación es obtener un beneficio económico (FJ 6º, antepenúltimo prrf.). Curiosa conclusión, la de considerar el daño atendiendo principalmente a un parámetro, el ya derogado por Ley Orgánica 5/2010, “beneficio obtenido por el causante del daño”, más próximo a la doctrina del enriquecimiento injusto, o acaso, aunque poco probable, a los daños punitivos. Bien es verdad, que la sentencia lo refiere de soslayo, con la timidez propia de quien no quiere meter mucho ruido ante un razonamiento carente de fuerza normativa. Volveremos sobre ello.

5.3. *Derecho a la propia imagen, ¿de quién?*

Como ya sucediera con el derecho al honor, ni la Constitución ni la Ley Orgánica definen en qué consiste la intimidad, por lo que damos por buena la definición que aceptada por la doctrina, nos proporciona la STS de 16 de noviembre de 2009 (Yzquierdo Tolsada, pg. 1378): «*un derecho de la personalidad, derivado de la dignidad humana y dirigido a proteger la dimensión moral de las personas, que atribuye a su titular un derecho a determinar la información gráfica generada por sus rasgos físicos personales que pueden tener difusión pública*» y a «*impedir la obtención, reproducción o publicación de la propia imagen por parte de un tercero no autorizado, sea cual sea la finalidad –informativa, comercial, científica, cultural, etc.– perseguida por quien la capta o difunde*». Por lo que, quien ostenta la titularidad del derecho a la propia imagen y quien puede solicitar su tutela ante los Tribunales frente a la intromisión ilegítima es sólo el titular del derecho.

El esfuerzo que hace uno de uno de los demandantes, Indalo Música, S.L., de demandar exigiendo la reparación de un derecho que no le es propio, no podría tener amparo judicial. Así, en la Sentencia objeto de comentario, se casa y anula lo referente a la demanda formulada por quien es mera gestora de la explotación de los derechos de imagen del cantante. D. Luis Alberto es el único titular del derecho. De ahí que el Tribunal afirme que es a este a quien corresponde la facultad exclusiva de difundir o publicar su propia imagen, y

la de evitar su reproducción. Y que una vez ocurrida esta sin su consentimiento, se origina un derecho al resarcimiento a su favor y no de la sociedad al ser la explotación comercial de la imagen del artista algo ajeno al contenido del derecho fundamental consagrado en el art. 18.1 CE, como así reiteran numerosas Sentencias del Tribunal Constitucional, entre otras la de 26 de marzo de 2001 y la 27 de abril de 2010.

En resumen, es la publicación de la imagen y el nombre del demandante lo que se utilizó por el periódico en su campaña de lanzamiento para dar publicidad y promoción, y se hizo sin el consentimiento de su titular, lo que constituyó una intromisión ilegítima en la esfera personal protegida por el texto constitucional, que derivó en una presunción de causación de perjuicio (art. 9.3 LO 1/1982) que hace nacer el derecho al resarcimiento en favor de su titular.

5.4. La valoración del “quantum”, cuestión de hecho y competencia de instancia.

Es harto sabido que la fijación de la cuantía de las indemnizaciones por resarcimiento de daños materiales o no materiales, no tiene acceso a la casación, por ser cuestión de hecho y por tanto confiada a los tribunales de instancia, salvo infracción o error en la apreciación en las bases tomadas para la fijación de la cuantía.

La función de valorar pues, recae en el Tribunal de instancia, lo que sin duda obliga a ejercer la práctica de la prueba ante aquel, con la máxima precisión y notoriedad. Dicha cuestión es de tal relevancia, que no han faltado críticas desde el Tribunal Constitucional invitando a los tribunales de instancia: 1. A detallar en las sentencias las distintas partidas que integran la indemnización; y 2. A justificar las cantidades estimadas para evitar cualquier “valoración en globo” (STC 42/2006, de 13 de febrero, que casa y anula STS de 30 de enero de 2003).

No olvidemos en la necesaria línea de detallar y motivar las cantidades a indemnizar los hitos más relevantes en la materia: (i) la Resolución 75/7 del Comité de Ministros del Consejo de Europa. Recomendación que esencialmente fijó los principios relativos a la *reparación de daños en caso de lesiones corporales y fallecimiento* por medio de unas disposiciones que regularon aspectos tan importantes como el principio de reparación íntegra, el momento para el cálculo de la indemnización, o la mención en sentencia de los distintos tipos de perjuicios; (ii) la Orden Ministerial de 5 de Marzo de 1991, que se inspiró en la Recomendación comunitaria, aunque con valor meramente orientativo; (iii) la Ley 30/1995 de ordenación y supervisión de los seguros privados que incluye una “cuantificación” vinculante en la valoración de los daños causados en accidentes de circulación; (iv) el Real Decreto Legislativo 8/2004, por el

que se aprueba el TRLRCSVM y que contiene, en la línea ya marcada por los textos anteriores, un sistema legal de cuantificación tasada de daños personales y patrimoniales en accidentes de circulación; (v) finalmente, la Ley 35/2015, de 22 de septiembre, de reforma del sistema para la valoración de los daños contenidos en el RDL 8/2004 que fija con el rango de Principios esenciales al sistema de valoración: por un lado, la reparación íntegra de los daños con la finalidad de asegurar la total indemnidad de los daños y perjuicios causados (también los morales), y por otro, el principio de vertebración, que exige de una valoración por separado de los daños patrimoniales y los no patrimoniales y, dentro de unos y otros, las distintas partidas que lo integran (art. 33 Ley 35/2015).

Y aunque en la sentencia que nos ocupa, se refiere que se han utilizado los parámetros marcados por el art. 9.3 de la LO para valorar los daños morales, bien es verdad que ni de la lectura de la sentencia se desprende que haya algo más que la tan manida “valoración en globo”, ni son estos daños morales los que se reclamaban al tiempo de la interposición de la demanda, en la que solo se pretendía una indemnización en concepto de lucro cesante, que más bien es, a mi entender, **una mera acción por enriquecimiento injusto**. Es finalidad pues de esta demanda, además de la declaración de una intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen del artista, y que cese en un futuro la utilización de la imagen del demandante, la reclamación de una indemnización por lucro cesante, lo que ciertamente minusvalora –con su escueta pretensión–, la referida lesión de lesión de derechos fundamentales.

En esta idea de vulneración del derecho a la imagen, es un contrasentido que **acudiendo los demandantes a un proceso especial con tramitación preferente, tengan por mera finalidad**: 1. La declaración de intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen, y por tanto, el cese de la misma (art. 9.2 de la LO 1/1982); y 2. La reclamación de una indemnización en concepto de lucro cesante, que remunere lo que debería haber retribuido la publicación por la utilización de la imagen del demandante, y **no la reparación del daño, ni siquiera del moral**, cuya presunción está positivizada en el art. 9.3 LO.

Habría sido necesario en el caso en cuestión tanto **la identificación del daño como su valoración**, lo que habría requerido:

1. Determinar el tipo de daño, su naturaleza jurídica, y así: producida la intromisión –probada y admitida–, el daño moral se presume. Lo que habría incluido: no solo los daños patrimoniales (art. 1106 CC), que serían en este caso los aludidos derechos de explotación de la imagen del artista –lucro cesante–, sino también los daños morales, que se valoraran atendiendo a los distintos criterios propuestos en la LO 1/1982.
2. Ponderar y calcular el daño, lo que requiere, por un lado, una cumplida prueba del daño material producido, y por otro, una estimación del daño moral

que se presume, pero que “se valorará atendiendo a las circunstancias del caso y a la gravedad de la lesión efectivamente producida, para lo que se tendrá en cuenta, en su caso, la difusión o audiencia del medio a través del que se haya producido”. Tras la reforma operada por Ley Orgánica 5/2010, se suprimió el inciso final del art. 9.3 LO 1/1982, que añadía un criterio más para la valoración de este daño moral: “el beneficio que haya obtenido el causante de la lesión como consecuencia de la misma”, y que hasta su supresión, no ha estado exento de polémica por ser un elemento extraño a la responsabilidad civil y más próximo al enriquecimiento injusto, aunque no sea necesariamente lo mismo.

5.5. *Acerca del beneficio obtenido o evitar el enriquecimiento injusto*

Aplicando estos razonamientos a nuestro caso, **hay intromisión a la propia imagen** “cuando con el propósito de obtener un beneficio económico, se acomete la explotación publicitaria o comercial de la reproducción o difusión de la imagen de un tercero, procediendo, además sin consentimiento del mismo” (FJ 6º, antepenúltimo prrf.). Lo que plantea varias cuestiones: la primera, que a pesar de que el daño moral se presume desde la injerencia, lo que habría dado lugar a su indemnización, el uso de la imagen sin el consentimiento de su titular, no ha supuesto para este un perjuicio en sentido propio, ni material ni moral. Y la segunda, que a falta de la compensación pecuniaria apuntada anteriormente, posiblemente por ausencia cierta de daños o perjuicios morales para su titular, este podría haber optado por su reclamación –la de los daños morales–, que se presumen, junto con el lucro cesante, reclamando además, en aquél entonces, en función del beneficio económico logrado por el infractor por el uso indebido estando entonces vigente el último criterio suprimido por la LO 5/2010 acerca del “beneficio obtenido” por el causante de la lesión. Es más, el Tribunal podría haberle dado carta de naturaleza –tras la reforma del 2010–, a través de la previsión del art. 9.2 LO, y en el que contempla medidas necesarias para poner fin a la intromisión. Así, la “apropiación por el perjudicado del lucro obtenido con la intromisión ilegítima en sus derechos”. A esta apropiación por el dañado, los autores la identifican más con el enriquecimiento injusto que con el beneficio obtenido por el dañante.

Ahora bien, tanto la técnica de considerar los beneficios obtenidos por el causante de la lesión (art. 9.3, *in fine*, anterior a LO 5/2010), como que llegue al perjudicado el lucro obtenido por el infractor (art. 9.2 reforma 2010) son propias del derecho de daños, y tratan de compensar al perjudicado, sin perder un ápice en el afán de disuadir al causante. Por otro lado, la acción de enriquecimiento injusto tiene entidad propia al margen del daño, y viene a sanear dicho enriquecimiento injusto del infractor, coincidente con el empobrecimiento de quien no prestó su consentimiento para el uso de su imagen. Ya lo advirtió Blasco Gascó (*Algunas cuestiones...*, pg. 15), en cuanto a la necesidad

de revisar las medidas a adoptar cuando se plantea el perjuicio en el contexto singular del derecho a la propia imagen.

Y bien, en este caso precisamente lo que se pretende por la demandante, y este es el verdadero sentido del enriquecimiento al que aludo, es “obtener una remuneración por la explotación comercial de la imagen del señor Luis Alberto”, como así se refiere en los antecedentes de hecho. Sin más análisis acerca de si tal uso indebido de imagen ajena, no retribuido al titular del derecho, produjo a favor de la publicación algún lucro que superase el coste de lo que debió remunerar de haber mediado el consentimiento *ex lege*.

Primera instancia y Audiencia Provincial no otorgan indemnización alguna por lucro cesante, sino por daños, presumiblemente morales. Craso error cuando la pretensión de la demanda tenía valoración propia, a falta de otros perjuicios materiales o económicos: el coste que habría supuesto para la publicación, la utilización con consentimiento de la imagen y el nombre del artista, en definitiva, la cuantía del enriquecimiento que no debe beneficiar a quien hizo un uso de un derecho a la imagen que le era ajeno. En este caso, en verdad, como ya señaló Blasco Gascó, la utilización de la imagen ajena puede no suponer perjuicio alguno para su titular. A falta de daño, la pretensión del actor más que por la vía del resarcimiento, debe ser por la de la *condictio* de enriquecimiento (Díez Picazo, en *Dos estudios sobre el enriquecimiento sin causa*, pg. 117), para así obtener el valor en uso que en el mercado tenga la comercialización de la imagen de un tercero. Al fin y al cabo, estamos ante una valoración económica, la de la explotación de la imagen de la persona-titular que tiene carácter público. Y cuya cuantía habría percibido de haber autorizado dicha explotación comercial para una campaña publicitaria.

5.6. *Sobre el voto particular*

El ponente que firma el voto particular no entiende que después de asumir el Tribunal Supremo como doctrina propia –también emanada del Tribunal Constitucional–, que debe distinguirse el derecho a la imagen, como derecho de personalísimo, que relacionado con la dignidad humana encuentra su máximo reconocimiento en el texto constitucional, del derecho a la propia imagen como elemento patrimonial, **asuma después en bloque, y que sea objeto de este tipo de procedimiento especial con tramitación preferente** –y otros privilegios, como el acceso a recursos extraordinarios–, **la reclamación por perjuicio patrimonial**, teniendo en cuenta las cantidades que le habría correspondido percibir por una campaña publicitaria de similares características.

Esta estimación del voto particular que ha llevado al ponente a la apreciación de que debería haberse estimado el recurso, casando la sentencia re-

currida con desestimación de la demanda y absolución de los demandados, en cuanto no hay vulneración del derecho fundamental a la propia imagen. Así, refiere con gran acierto (FJ 1º del VP), que «El derecho constitucional a la propia imagen que ampara el artículo 18 de la Constitución Española no es de carácter patrimonial –aunque dicha faceta de explotación de la imagen encuentre protección por distintas vías legales– sino de carácter moral y, por ello, su vulneración genera directamente un perjuicio de tal carácter», y valora a continuación, que: «Si se examina la demanda, pronto se comprueba que ninguna reclamación se efectuó en este caso por perjuicio “moral”, sino “patrimonial”» Apuntando a renglón seguido, que el demandante debería haber seguido un juicio hipotético acerca de las cantidades que normalmente le habría correspondido percibir por una campaña publicitaria de las mismas características.

No obstante, ¿no debería en este caso en el que hay certeza en el aprovechamiento de imagen ajena sin consentimiento del titular, admitir que existen dos posiciones diferentes?

1. Por un lado, de admitirse la intromisión ilegítima, por haberse utilizado la imagen con fines publicitarios o comerciales, debería haberse solicitado la reparación del daño moral, que se valorará atendiendo a las circunstancias del caso y a la gravedad de la lesión efectivamente producida, para lo que se tendrá en cuenta, en su caso, la difusión o audiencia del medio a través del que se haya producido (art. 9.3 LO 1/1982). Su no pretensión de compensación del hipotético perjuicio moral por el demandante, constituye mas que una prueba de la ausencia del daño.

2. Por otro, si se desestima la intromisión, por no percibirse por el reclamante como vulneración del derecho fundamental a la propia imagen, a falta de daño, cabe la posible acción por enriquecimiento injusto. Este, es el que obtiene un tercero por la utilización indebida de la imagen de la que es titular otro. Precisamente, en virtud de la *condictio* de enriquecimiento se pretende que quien se enriqueció indebidamente satisfaga a quien es el titular del derecho a la imagen, impidiendo así enriquecimientos injustificados incompatibles con la buena fe (art. 7.1 CC).

En definitiva, el resarcimiento del daño –si existe el perjuicio–, debe ser diferenciado del derecho a la retribución de aquel a quien le correspondía haber autorizado la reproducción de su imagen con fines publicitarios o comerciales. Ahora bien, planteada la demanda en el sentido de reclamar daños por vulneración del derecho fundamental a la propia imagen –única razón que justifica este tipo de procedimiento especial y con tramitación preferente–, no es de recibo que haya sido estimada. Concluye por todo ello (FD 3º) que debería haberse estimado el recurso, casando la sentencia recurrida con desestimación de la demanda por no existir intromisión en la esfera moral y relaciona-

da con la dignidad humana. La no vulneración del derecho fundamental a la propia imagen, no excluye –dice–, las hipotéticas reclamaciones dinerarias por perjuicios “patrimoniales”. Estos, los perjuicios patrimoniales –y en ello están todos de acuerdo–, constituyen ese otro derecho patrimonial protegido por las leyes al margen del paraguas constitucional.

5.7. *Conclusión*

Con el respeto que procede a la decisión mayoritaria del Tribunal, hemos de admitir: (1) que el derecho a la propia imagen, **consagrado en el art. 18 CE**, contribuye a preservar la dignidad de la persona (art. 10.1 C.E.), salvaguardando una esfera de propia reserva personal, frente a intromisiones ilegítimas de terceros, y (2) que existen otras potestades colaterales, esencialmente patrimoniales, que extrañas al contenido constitucional, **encuentran su cauce legal en la norma civil** –ya sean los derechos patrimoniales de quien consiente su explotación comercial, como los indemnizatorios cuando se haya producido la intromisión–. Fijado esto, no podemos obviar varias cuestiones que se abordan de rondón pero que entiendo deberían haber influido en la decisión judicial:

1. La propia permisibilidad normativa admitida respecto al derecho a la imagen como derecho patrimonial protegido, que puede ser excepcionado. Me explico, conforme art. 8.2, a) de la LO 1/1982, no se considerará intromisión la “captación, reproducción o publicación por cualquier medio cuando se trate de personas que ejerzan un cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública y la imagen se capte durante un acto público o en lugares abiertos al público”. Ahora bien, en este caso “el derecho de la persona célebre o famosa a controlar el uso comercial o publicitario de su nombre e imagen, ofrece particularidades cuando lo que se protege es una fama o notoriedad no ganada originariamente sino con el trabajo y esfuerzo” (FJ 6º.2, *in fine*). Más relevante es a mi entender, la consideración que se contiene en el voto particular emitido por Salas Carceller cuando indica que el actor “hace uso frecuente de su imagen con fines publicitarios, como reconoce en la demanda, e incluso para su propia proyección profesional. Buena prueba de ello es que el interesado incluso tenía cedida la explotación de dicha imagen” (FJ 1º voto particular). Y acaso pudiera valer el criterio siguiente: la publicación de la imagen y el nombre del artista se habrían consentido de haberse pagado el periódico los derechos de explotación que solicitan en la demanda. Dicho lo cual, entiendo, la imagen publicada no era una imagen que el demandante hubiese querido salvaguardar o sustraer del ámbito publicitario o comercial, aunque también es verdad que esto no es suficiente para prescindir del consentimiento del titular del derecho. La cuestión pues, no es de contenido constitucional del derecho a la propia imagen como derecho fundamental, sino de intromisión ilegítima en su vertiente patrimonial.

2. De ahí, que en este caso, declarada la intromisión, y conforme art. 9.3 de la LO 1/1982 “la existencia de perjuicio se presumirá siempre” y “la indemnización se extenderá al daño moral”, cuya valoración se efectuará atendiendo a distintos parámetros: las circunstancias del caso, la gravedad de la lesión efectivamente producida (en cuya apreciación se tendrá en cuenta el medio a través del que se haya producido). También procede la debida motivación sobre la valoración del *quantum* indemnizatorio derivado de la intromisión ilegítima. Pero en la demanda en cuestión, la realidad es otra, y es que no se pretendió en la demanda la reparación del daño moral presunto.

3. Probada la intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen, por explotación de la imagen sin consentimiento de su titular, la prueba del perjuicio lo fue en la línea de aportar otros contratos publicitarios que permitían conocer la valoración económica de la explotación comercial o publicitaria de la imagen del artista. El daño moral, ni siquiera se pretendió.

A mi entender, el voto particular ha dado un primer paso. Se queda corto, hay que lamentar que no haya aludido en su reproche a la posible acción de enriquecimiento injusto pues la publicación *Almería Actualidad* se había enriquecido a costa de la imagen del demandante. Así, reúne cuantos requisitos son necesarios: i) conducta positiva de la publicación; (ii) provecho patrimonial; (iii) empobrecimiento del titular del derecho a la imagen; (iv) ausencia de causa que lo legitime (Yzquierdo Tolsada, *Responsabilidad civil extracontractual*, 2015, pg. 541 y ss.). Bien es verdad que es relativamente reciente el criterio que estuvo comprendido en el art. 9.3 LO 1/1982 hasta la supresión por la disp. final 2.3 de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio (ref. Código penal), y que incluía entre los criterios para valorar el daño moral, el beneficio que habría obtenido el causante de la lesión, próximo, y en muchos casos coincidente, al enriquecimiento injusto por el no pago al artista de los honorarios que habrían supuesto la utilización de su imagen.

La demanda debería haber incluido en su *petitum* el daño moral, si es que existía tal perjuicio, y que debía valorarse atendiendo a los otros cánones que reconoce dicho art. 9.3 LO: las circunstancias del caso y la gravedad de la lesión efectivamente producida (deuda de valor). En otro caso, reclamar por el enriquecimiento devenido a favor del demandado que ahorró en los costes de la campaña publicitaria (deuda dineraria). Ciertamente, el provecho patrimonial había incidido en quien no era el titular del derecho.

6. Bibliografía utilizada

BLASCO GASCÓ, «Algunas cuestiones del derecho a la propia imagen», en *Bienes de la personalidad*, contenido presentado en Jornada Asociación de Profesores

res de Derecho Civil en 2007, Ed. Universidad de Murcia, Servicio de Publicaciones, 2008.

DÍEZ-PICAZO y DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, *Dos estudios sobre el enriquecimiento sin causa*, Civitas, 1988.

GARCÍA SANZ, «La protección civil frente a la utilización in consentida de la propia imagen para fines publicitarios o comerciales. Doctrina judicial», *Indre*, enero 2008.

MUÑOZ GARCÍA, «Artículo 59» y «Artículo 85», *Cuestiones prácticas sobre la Jurisdicción Voluntaria*, (Dir. LIÉBANA ORTÍZ), Aranzadi, 2015.

YZQUIERDO TOLSADA, *Responsabilidad civil extracontractual*, Dykinson, 2015.

— «Cap. XXII. Daños a los Derechos de la personalidad (honor, intimidad y propia imagen)», *Tratado de Responsabilidad Civil*, T. II, (Coords. REGLERO CAMPOS Y BUSTOS LAGO), Aranzadi, 5^a ed., 2014.