

**COMENTARIO A LA SENTENCIA
DEL TRIBUNAL SUPREMO
DE 20 DE JUNIO DE 2016 (2781/2016)**

**Derecho a la propia imagen y explotación
inconsentida de la imagen: lo que sí y lo que no está
protegido por la Ley del Honor. Legitimación activa
para la defensa de la imagen del fallecido**

Comentario a cargo de:
MARIANO YZQUIERDO TOLSADA
Catedrático de Derecho civil
Universidad Complutense
Consultor Académico de *CMS Albiñana & Suárez de Lezo*

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 20 DE JUNIO DE 2016

RoJ: STS 2781/2016 - **ECLI:ES:TS:2016:2781**

ID CENDOJ: 28079119912016100014

PONENTE: EXCMO. SR. DON RAFAEL SARAZÁ JIMENA

Asunto: El artista Salvador Dalí instituyó heredero universal al Estado Español y, un año después, otorgó escritura de constitución de la Fundación Gala-Salvador Dalí, cuyo objeto iba a ser la protección de la obra artística, cultural e intelectual de Dalí, sus bienes y derechos de cualquier naturaleza, su memoria y el reconocimiento universal de su aportación a las bellas artes, la cultura y el pensamiento. Aceptada la herencia, el Estado Español autorizaba al Ministerio a otorgar temporalmente de forma directa y con carácter exclusivo el ejercicio de las facultades de administración y explotación de los derechos, cosa que se hizo con la Fundación.

Celebrada una exposición de obra escultórica de Dalí sin la debida autorización, la Fundación ejerció con éxito acciones de propiedad intelectual, industrial y competencia desleal contra los responsables de la exposición. En cambio, el derecho a la propia imagen no podía ser defendido porque, según esta sentencia, la Fundación no había sido designada por el artista en su testamento para la defensa de su memoria, y además, entiende la Sala que la controversia no tenía por objeto la defensa del derecho a la propia imagen en su dimensión constitucional, y que no era entonces aplicable la Ley Orgánica 1/1982.

Sumario: **1. Resumen de los hechos. 2. Solución dada en primera instancia. 3. Solución dada en apelación. 4. Los motivos de casación alegados. 5. Doctrina del Tribunal Supremo.** 5.1. Derecho fundamental a la propia imagen y derechos relacionados con la explotación comercial de la imagen. 5.2. Legitimación para la protección de la memoria del fallecido. 5.3. El resultado contradictorio de la sentencia. 5.4. Conclusión. **6. Bibliografía.**

1. Resumen de los hechos

Salvador Dalí otorgó testamento en 1982, en el que instituyó heredero universal de todos sus bienes, derechos y creaciones artísticas al Estado Español, con el encargo (que se calificaba de “fervoroso”) de conservar, divulgar y proteger sus obras de arte. Un año después se otorgó escritura pública en la que se constituía la Fundación Gala-Salvador Dalí, con objeto de proteger y defender la obra artística, cultural e intelectual de Dalí, sus bienes y derechos de cualquier naturaleza, su memoria y el reconocimiento universal de su aportación a las bellas artes, la cultura y el pensamiento contemporáneo.

Dalí falleció en 1989, estando vigente el testamento otorgado. El Estado Español aceptó la herencia y encomendó al Ministerio de Cultura la administración y explotación de los derechos de propiedad intelectual de titularidad estatal derivados de la obra del artista. En el correspondiente Real Decreto se autorizaba al Ministerio a otorgar temporalmente de forma directa y con carácter exclusivo el ejercicio de las facultades de administración y explotación de los derechos de propiedad intelectual, propiedad inmaterial, de imagen, industrial, marcas, patentes y demás derechos derivados de la obra artística de Don Salvador a favor de la Fundación.

La demanda presentada por la Fundación Gala-Salvador Dalí, Demart Pro Arte y VEGAP contra Don M. y Faber Gotic. S.L. tuvo lugar después de que éstos hubiesen organizado una exposición en el Real Círculo Artístico de Barcelona en la que se exponían esculturas pertenecientes a la Colección Clot, que Dalí había

creado en su casa de Portlligat para su amigo Isidro Clot en los años setenta del siglo XX. Entre otras pretensiones relacionadas con derechos de marca, de propiedad intelectual y de competencia desleal, la demanda trataba de proteger también el derecho a la propia imagen, pues los demandantes alegaban que se había hecho uso del nombre y la imagen del artista para fines publicitarios y comerciales (folletos, carteles, paneles, bolsas, páginas *web*, etc.), con infracción de lo dispuesto en el art. 7.6 de la *Ley Orgánica 1/1982, de Protección Jurisdiccional del Derecho al Honor, a la Intimidad personal y familiar y a la Propia Imagen* (LHon., en adelante). Se solicitaba la declaración de intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen y la condena a indemnizar a la Fundación con unas cantidades que resultaban de aplicar el 1 por 100 de la cifra de negocios obtenida por la exposición.

2. Solución dada en primera instancia

El Juzgado Mercantil absolvió a Don M. y estimó algunas pretensiones condenando a Faber Gotic. S.L. a cesar en la explotación de los derechos, pero desestimó la pretensión relacionada con el derecho a la propia imagen, al entender que las pretensiones relacionadas con la imagen quedaban ya atendidas una vez se reconocían las pretensiones de propiedad intelectual (exposición incontestada) y las conductas desleales (uso de imagen y nombre de Dalí para enlazar con la página *web* de la exposición).

3. Solución dada en apelación

La Sentencia de la Sección Decimoquinta de la Audiencia Provincial de Barcelona de 24 de julio de 2013 desestimó el recurso de apelación, aunque por razones diferentes a las dadas por el Juzgado. A saber, si el Estado cedió sus derechos a la Fundación, eso no significaba que la cesionaria tuviera legitimación activa para el ejercicio de la acción de tutela del derecho a la propia imagen del artista fallecido. No son los herederos quienes en el art. 4.1 LHon aparecen legitimados para la protección de los derechos de la persona fallecida, sino las personas que hayan sido designadas en el testamento «a tal efecto». Como esa designación no existía en la institución de heredero del Estado Español y tampoco existían familiares de los comprendidos en el art. 4.2 (cónyuge, los descendientes, ascendientes y hermanos de la persona afectada que viviesen al tiempo de su fallecimiento), no había más legitimación posible que la del Ministerio Fiscal (art. 4.3).

4. Los motivos de casación alegados

En el recurso planteado por la Fundación Gala-Salvador Dalí se argumentaba que la Audiencia había llevado a cabo una interpretación incorrecta del

art. 4.1 LHon., pues si el testador había designado heredero universal al Estado Español «sin perjuicio de los codicilos que acaso pueda otorgar en lo sucesivo», había que entender que la constitución de la Fundación Gala-Salvador Dalí con el objeto que se describía en la escritura debía ser considerada como un codicilo otorgado por Dalí para complementar su testamento.

Como argumento alternativo, la recurrente alegaba que el nombramiento de un heredero universal implica que éste asuma, en su posición de tal, la defensa de los derechos de la personalidad en los términos previstos en el precepto, y por lo mismo, la Fundación estaba legitimada como cesionaria del ejercicio de las facultades de administración y explotación de los derechos de imagen y demás derechos inmateriales derivados de la obra de Dalí.

5. Doctrina del Tribunal Supremo

5.1. *Derecho fundamental a la propia imagen y derechos relacionados con la explotación comercial de la imagen*

En lo que se refiere al derecho objeto del recurso de casación, esta sentencia no añade nada a lo que ha venido siendo una línea jurisprudencial uniforme, tanto en el Tribunal Supremo como en el Tribunal Constitucional (puede verse Igartua Arregui [1991], pgs. 205 y ss. y Alegre Martínez [1997], pgs. 131 y ss.). Se trata de una línea de fácil explicación, aunque no tan fácil de aplicar cuando nos topamos con los singulares antecedentes de cada caso. La sentencia recuerda lo dicho con anterioridad desde el conocidísimo «caso Paquirri». Como se recordará, una editora de videogramas había publicado y distribuido un video sobre la vida del torero Francisco Rivera, del que formaban parte muy señalada las imágenes de su cogida en la plaza de Pozoblanco y las palabras y explicaciones dadas por el diestro a los médicos en el quirófano mientras se debatía entre la vida y la muerte, si bien esa parte del reportaje se había tomado del previamente emitido por Televisión Española en *Informe Semanal*. La STC 231/1988, de 2 de diciembre, entendió que el derecho a la propia imagen invocado por la viuda del torero en realidad era «el derecho a disponer de la imagen de una persona fallecida y de su eventual explotación económica», algo que no puede ser objeto de protección en vía de amparo, ya que, una vez fallecido el titular de este derecho de la personalidad, «no existe ya un ámbito vital que proteger en cuanto verdadero objeto del derecho fundamental».

De hecho, el Tribunal sí concedió el amparo en lo que se refería al derecho a la intimidad personal y familiar, ya que «en ningún caso pueden considerarse públicos y parte del espectáculo las incidencias sobre la salud y vida del torero, derivada de las heridas recibidas una vez que abandona el coso, pues ciertamente ello supondría convertir en instrumento de diversión y entretenimiento algo tan personal como los padecimientos y la misma muerte de un

individuo». Y por ello, se ordenó retrotraer las actuaciones para que el Tribunal Supremo dictara una nueva sentencia que respetara tales derechos, cosa que se hizo en la STS de 25 de abril de 1989. Pero, en lo que aquí interesa, se denegó el amparo demandado por Doña Isabel Pantoja en relación con el derecho a la propia imagen. Lo que era propiamente derecho de la personalidad se había extinguido, y lo que no era derecho de la personalidad, tampoco era entonces materia constitucional sino de pura justicia ordinaria.

De igual manera, la STC 99/1994, de 11 de abril, que sí estimó el amparo, hizo la distinción explicada, para un caso en el que un trabajador de una empresa que fabricaba jamones de bellota había sido despedido, pues, una vez requerido con insistencia para que exhibiera en aquella muestra a los medios de comunicación y a las autoridades de la Consejería de Agricultura su maestría en el corte del jamón, él se negó a que su imagen fuera captada fotográficamente, lo que fue considerado por el empresario como un acto de indisciplina que justificaba el despido. El Juzgado de lo Social y el TSJ declararon que el despido era procedente, y la demanda de amparo era sumamente clara: el cometido del recurrente era deshuesar y cortar jamones, no ser fotografiado mientras lo hacía. La sentencia admite que existen «vertientes colaterales» que quedan «remitidas a lo que al respecto establezca la legalidad ordinaria», y pone como ejemplos «los efectos indemnizatorios de los daños eventualmente causados», «los estrictamente sancionadores» o, «los derechos patrimoniales que puedan corresponder a la persona cuya imagen se reproduce en los supuestos en que ésta sea explotada comercialmente». Pues bien, el Tribunal terminó concediendo el amparo y declarando radicalmente nulo el despido del trabajador: no es que el anonimato sea algo incondicionado y sin reservas, pero «*tampoco el anonimato, como expresión de un ámbito de reserva especialmente amplio, es un valor absolutamente irrelevante, quedando desprotegido el interés de una persona a salvaguardarlo impidiendo que su imagen se capte y se difunda*».

El mensaje parece claro. Así por ejemplo, celebrado un contrato de cesión de derechos de imagen por un futbolista a una firma de prendas deportivas o por una actriz a una casa de cosméticos, la extralimitación que pudiera cometer la cesionaria no encontraría solución al amparo de la LHon. Las acciones relacionadas con el incumplimiento o defectuoso cumplimiento del contrato de cesión, las eventuales acciones de cesación, las pretensiones de que se deshaga lo mal hecho y hasta las indemnizaciones de daños y perjuicios (Palacios González, pg. 70) no podrán discurrir con las herramientas privilegiadas de la LHon. (posibilidad de procedimiento preferente y sumario del art. 53.2 CE, presunción del perjuicio del art. 9.3 LHon., etc.), sino con las propias del Derecho de obligaciones y contratos. Pero otra cosa distinta es el derecho que tiene la persona a que no se la fotografíe, o a que no se reproduzca o publique su imagen.

La explicación es interesante en la STC 81/2001, de 26 de marzo –alguno de cuyos fragmentos reproduce la sentencia objeto del presente comentario–, pero es que ahí es donde comienzan los problemas. Cuando aquella empresa

de droguería había utilizado para anunciar un desodorante de calzado el dibujo de unas piernas cruzadas embutidas en unos pantalones y calzado de botas deportivas, con la leyenda que decía «*La persona más popular de España está dejando de decir que te huelen los pies*», el Tribunal Supremo vino a decir que el dibujo y la frase no implicaban una identificación de persona alguna (STS de 30 de enero de 1998). Y ello, en un momento en el que el disco del cantante Emilio Aragón, en el que aparecía con esa peculiar vestimenta, era un auténtico superventas. A mi entender, se utilizó un concepto de imagen verdaderamente raquítico, pues, como dice el Magistrado O'Callaghan en su Voto Particular, la vulneración del derecho a la propia imagen del demandante era patente, si se tiene en cuenta la popularidad del personaje, la coincidencia de las frases y la inusual combinación de tales elementos del vestuario, por más que su cara no formara parte del anuncio. Bien es verdad que la representación letrada del célebre *Milikito* no dejó de defender equivocadamente algo que precisamente es lo que carece de contenido constitucional: «se denuncia, no la utilización de la imagen en el sentido literal, es decir, la representación de los rasgos faciales de una persona por cualquier medio de reproducción, *sino la apropiación y explotación comercial de su identidad*». En el pecado llevaba el actor su penitencia (y de hecho, el TC desestimó el amparo), pero me pregunto qué habría sucedido si la demanda se hubiera construido de manera diferente. Y es que, si, según el Diccionario de la Real Academia, imagen es «*la figura, representación, semejanza y apariencia de algo*», no sé por qué razón tiene derecho a protegerla un deshuesador de jamones de bellota y no lo tiene un cantante.

Hay casos, en fin, en los que la presencia de los otros derechos de la personalidad protegidos por la LHon. es inequívoca, como sucedía con el derecho al honor en el lamentable episodio de aquella revista satírica en la que aparecía la fotografía de la actora D^a Isabel Iglesias Preysler con el texto «*La doble de Chabeli se desnuda*». Debajo aparecía una composición fotográfica que conjugaba perfectamente la cabeza de la actora y el cuerpo desnudo de una mujer hasta la parte superior de los muslos, cubierta con sólo un taparrabos y exhibiendo unos pechos protuberantes. Debajo de esta fotografía había otro recuadro en forma de cupón recortable, con la leyenda: «*Usted decide: Ponga una X donde considere: Creo que los pechos de la auténtica Chabeli no pueden ser tan bonitos como los de su doble, María S.-Creo que los pechos de Chabeli deben ser más bonitos que los de su doble*». La STS de 7 de marzo de 2006 confirmó la condena del semanario, y la STC 23/2010, de 27 de abril no concedió el amparo, pues hay algo poco discutible: «la intención de la revista al utilizar la imagen de la actora era la de provocar, con un marcado sesgo sexista, la burla sobre su persona, a partir exclusivamente de su aspecto físico y obteniendo con ello un beneficio económico para la empresa periodística en cuestión. Difícilmente puede apreciarse interés público alguno en este uso de la imagen desvinculado de cualquier finalidad legítima de crítica política o social, de modo que la publicación de la fotografía manipulada en nada contribuye a la formación de una opinión pública libre». Las respuestas son sencillas, pues, cuando además

están implicados otros derechos, como es el caso del honor. Y lo mismo debe decirse si se trata del derecho a la intimidad (véase el comentario de la STS de 7 de mayo de 2014, también plenaria, comentada por Blanco Martínez en el volumen VI de esta colección) o hasta de otros derechos fundamentales no gobernados por la LHon.

Pero que en la práctica los linderos entre los bienes «que son propios de un derecho de la personalidad» (STS de 26 de marzo de 2001), y que son los que han de tener la dimensión constitucional y el «derecho de toda persona a la explotación económica, comercial o publicitaria de su propia imagen», no siempre están tan claros. Y como demostración reciente, tenemos una sentencia del Pleno de la Sala Primera, la STS de 8 de mayo de 2014 –fue objeto de comentario de Muñoz García en el tomo VI de esta colección, 2016, pgs. 335 y ss.–. Se trataba de la campaña publicitaria de un periódico almeriense que había utilizado la imagen y el nombre del popular cantante David Bisbal sin el consentimiento de éste. La demanda por intromisión en el derecho a la propia imagen se dirigía contra la editora y contra la mercantil que tenía encomendada la campaña de promoción del periódico. La sentencia desestima la reclamación de la entidad que venía gestionando los derechos de imagen del artista, pues entiende, contra lo decidido en las sentencias de instancia, que carecía de legitimación para hacer valer una defensa del derecho, pero admite la reclamación del cantante.

Sin embargo, el Voto Particular del Magistrado Salas Carceller pone en duda, a mi juicio con toda lógica, si una demanda como aquélla, en la que no se efectuaba ninguna reclamación por daño moral, tenía realmente cabida en las disposiciones de la LHon.: *«no cabe apreciar en el caso vulneración del derecho fundamental a la propia imagen, única razón que justifica el seguimiento de un proceso de carácter especial con tramitación preferente y acceso en todo caso a los recursos extraordinarios, así como la exención de pago de tasas* (artículo 4.1.b Ley 10/2012, de 20 de noviembre); sin que ello prejuzgue otro tipo de reclamaciones dinerarias, por perjuicios “patrimoniales” y no “morales”, derivadas del aprovechamiento comercial de la imagen del demandante y fundadas por ello en distinta causa de pedir». Y ello es así conforme a la propia doctrina emanada de los Tribunales Supremo y Constitucional y que parecía perfectamente consolidada desde hacía tiempo. Esa reclamación –de la que habría que preguntarse también, con Muñoz García (pgs. 344 y ss.), si no era más bien una genuina acción de enriquecimiento más que de resarcimiento– sí se debía, para la mayoría de la Sala, a una intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen en su pleno sentido constitucional. Pero la de Emilio Aragón contra la empresa que anunciaba los desodorantes no lo era, según la STS de 30 de enero de 1998 y la STC 81/2001, de 26 de marzo.

En resumidas cuentas, la jurisprudencia es de una simetría demasiado sencilla como para que resulte convincente cuando se baja de la teoría a la práctica y se comprueban los resultados concretos de cada litigio. Y por lo demás, también hay sentencias que admiten de modo más o menos explícito que en

la LHon. caben las pretensiones puramente patrimoniales relacionadas con el derecho a la propia imagen (así, las SSTs de 1 abril 2003 [RJ 2003, 2979] y 28 noviembre 2007 [RJ 2007, 8455]). A veces se insinúa que para ello es necesario que estén implicados otros derechos, como el de libre desarrollo de la personalidad del deportista menor de edad contratado con vistas a convertirse en profesional y con cesión de derechos de imagen (STS de 5 febrero 2013 [RJ 2013, 928]), o el de la dignidad de la persona de los futbolistas cuya imagen se toma para spots publicitarios (STS de 26 febrero 2009 [RJ 2009, 1516]) o de una modelo para publicidad de cosméticos (STS de 22 julio 2008 [RJ 2008, 4495]).

5.2. Legitimación para la protección de la memoria del fallecido

Por otra parte, una reclamación llevada a cabo por la pretendida intromisión en los derechos de un fallecido tiene una legitimación muy especial en el art. 4 LHon. La sentencia dice que «los derechos fundamentales de la personalidad, y en concreto, el derecho a la propia imagen, se extinguieron con su fallecimiento, puesto que la muerte determina el fin de la personalidad civil de las personas (art. 32 C.civ.)», y que lo que protege ese precepto es más bien la *memoria* del difunto (las cursivas son mías). Y lo hace poniendo la legitimación primeramente en manos de la persona designada en el testamento «a tal efecto» (art. 4.1). En su defecto, pueden ejercitar la acción el cónyuge, los descendientes, ascendientes y hermanos de la persona afectada que viviesen al tiempo de su fallecimiento (art. 4.2). A falta de todos ellos, el ejercicio de las acciones corresponde al Ministerio Fiscal, siempre que no hubieren transcurrido más de ochenta años desde el fallecimiento del afectado (art. 4.3).

La sentencia dice acertadamente que designar un heredero universal no implica que el instituido quede por ello legitimado para el ejercicio de las acciones previstas en esta ley. Y dice también que no cabe considerar la escritura de constitución de la Fundación como un codicilo, pues en ella «no existían disposiciones de última voluntad, sino el negocio jurídico constitutivo de una persona jurídica de tipo fundacional». En consecuencia, Salvador Dalí murió sin haber designado a ninguna persona para el ejercicio de las acciones en defensa de la memoria.

La argumentación deja mucho que desear. Decir que la escritura de constitución de la Fundación Gala-Salvador Dalí no valía como codicilo (y por tanto, como complemento del testamento) será verdad, pero requería mayores explicaciones. De hecho, dijo lo contrario la SAP de Gerona de 30 marzo 2006 (AC 2006, 1622), para otro caso de utilización in consentida de obras de Dalí, esta vez por un Hotel. Los codicilos que el artista hubiera querido hacer se regían por la Compilación del Derecho civil de Cataluña, cuyo art. 105 disponía —como sigue haciendo en la actualidad el art. 421.20.3 del Código civil catalán— que «los codicilos deben otorgarse con las mismas solemnidades externas que los testamentos». No hay que olvidar que si el testamento otorgado por Dalí el

20 de septiembre de 1982 fue ante Notario, también la constitución de la Fundación el 23 de diciembre de 1983 lo fue. Pero probablemente la exigencia del Derecho catalán de que las solemnidades de los codicilos deben ser las mismas que las que tienen los testamentos, significa que no valen los codicilos si no «son» formalmente auténticos testamentos. La cuestión sería parecida a la de la escritura de compraventa que oculta una donación: ya está consolidada la idea (después de tantos pronunciamientos jurisprudenciales contradictorios) de que una escritura pública de compraventa no vale como escritura pública de donación, pues lo que importa es que la escritura por la que se transmite exprese precisamente la causa gratuita. Parecidamente, el Tribunal Supremo está diciendo en este caso que, si ambos negocios jurídicos se otorgaron ante Notario, ello no es suficiente para entender salvada la exigencia formal, pues el instrumento público debe ser propiamente testamentario. La exigencia de forma lo es también de causa, y aunque pueda haber testamentos a través de los cuales se constituyen fundaciones (y se designan herederos, y se reconocen hijos extramatrimoniales, y se nombra tutor al hijo menor de edad), lo que está claro es que el negocio fundacional no es negocio testamentario.

Y ello, ni siquiera aunque la voluntad del fundador se exprese en términos prácticamente idénticos a la voluntad testamentaria. Admitido así que lo que hizo Dalí en 1983 no fue un codicilo, lo cierto es que se constituyó una Fundación que iba a ser la encargada de «proteger la obra artística, cultural e intelectual de Dalí, sus bienes y derechos de cualquier naturaleza, su *memoria* y el reconocimiento universal de su aportación a las bellas artes, la cultura y el pensamiento contemporáneo». ¿No suponía ello hacer disposiciones de última voluntad complementarias (cuando no idénticas) de las expresadas en el testamento un año antes? ¿Tampoco a los efectos de la protección de la memoria del fallecido? Si la Fundación también se constituía para la protección y defensa de «*su memoria*», hay algo que no acabo de entender: si el art. 4 LHon. se ocupa de determinar las personas legitimadas para ejercitar «las acciones de protección civil del honor, la intimidad o la imagen de una persona fallecida» y si el Preámbulo de la Ley aclara que ese precepto parte de la base de que «la muerte del sujeto de derecho extingue los derechos de la personalidad» para afirmar seguidamente que, aunque así sea, «la memoria de aquél constituye una prolongación de esta última que debe también ser tutelada por el Derecho»... ¿se puede decir con tanta seguridad que cuando un caballero constituye una Fundación para la protección de su memoria, no ha cumplido con el nombramiento exigido «a tal efecto» en el art. 4? ¿Se puede basar la argumentación en que la ley exige que la designación «a tal efecto» ha de ser en testamento? De hecho, la sentencia citada de la AP de Gerona decía precisamente que «lo importante es constatar que el causante fallecido ha nombrado a alguna persona para la protección de tales derechos y que lo ha hecho con las formalidades propias de un testamento». En su comentario a esta misma STS de 20 junio 2016, Vivas Tesón sugiere precisamente esta interpretación más laxa o flexible (2017, pg. 341).

Había, a mi juicio, persona designada para el ejercicio de las acciones. Otra cosa es que la sentencia haya partido de que las auténticamente ejercitadas no eran acciones en defensa del derecho fundamental a la propia imagen, sino acciones de contenido puramente patrimonial que acompañaban en igualdad de condiciones a las ejercitadas en materia de propiedad industrial, propiedad intelectual y competencia desleal. Acciones, en fin, sin dimensión constitucional, ajenas a esa (¿otra?) *memoria* del difunto a la que sí se refiere la LHon. Pero entonces, la contradicción está servida. Y merece ser destacada en epígrafe propio.

5.3. *El resultado contradictorio de la sentencia*

Lo que sería objeto de otro tipo de trabajo es una sugerencia *de lege ferenda*. ¿Conoce mi amable lector si se ha aplicado alguna vez el art. 4.1 LHon? Hay algún testador en España que encomiende la defensa de su memoria a alguien a quien designa «*a tal efecto*», y además, «en su testamento»? ¿No debería bastar con la designación de herederos? Si además, la persona designada *a tal efecto* no tiene la condición de cónyuge, descendiente, ascendiente ni hermano (que es a quienes debe ir a parar, en caso de éxito, la indemnización que se conceda, según lo previsto en el art. 9.4), ¿tendrá algún interés –excluido por ley el crematístico– ejercitar la acción, cuando ello solamente va a comportar gastos e incomodidades (sobre el art. 4, puede verse García Pérez, pgs. 114 y ss.)?

En cualquier caso, la sentencia que se comenta nos coloca ante un callejón sin salida. Se afirma, por un lado, que la Fundación Gala-Salvador Dalí había ejercitado en realidad unas acciones que no eran las previstas en la LHon. en defensa de los derechos fundamentales del genio de Figueras. Todo se limitaba, en fin y según eso, a las consecuencias patrimoniales, no de una intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen, sino de una explotación incontestada del nombre y de la imagen, como bienes inmateriales parejos a los que recaen, en general, sobre las marcas, las patentes, los diseños industriales y los derechos de propiedad intelectual. La Fundación no había autorizado la exposición de las esculturas de la colección Clot, y por tanto, tampoco la utilización de las fotografías y retratos de Dalí.

Pero es que, si se admite la premisa, ¿qué necesidad había entonces de calificar o no la constitución de la Fundación como codicilo, ni de determinar si la misma servía o no servía como nombramiento de persona encargada para defender la memoria del artista? Si, según el Tribunal Supremo, el litigio no tenía propiamente un contenido de derecho fundamental a la propia imagen, lo que sobra es razonar si era aplicable el art. 4 LHon. ni ningún otro, ni echar de menos al Ministerio Fiscal para insinuar que era la única institución que podía ejercitar la acción...

Y si todo se limitaba a saber quién tenía legitimación activa para intervenir en ese otro «litigio de segundo grado», entonces me parece evidente que no había nadie más que la Fundación. Y entonces daba igual entonces que lo

fuera como fruto de un negocio jurídico calificable como testamento, como codicilo o como acto fundacional, porque ya no estaríamos discurriendo en el ámbito de la LHon. Veamos: (i) de lo que no cabe absolutamente ninguna duda es de que el Estado Español adquirió por vía testamentaria, la totalidad de los bienes, derechos y creaciones artísticas de Salvador Dalí; (ii) tampoco hay duda de que los adquirió «con el fervoroso encargo de conservar, divulgar y proteger sus obras de arte»; (iii) No hay duda de que la Fundación Gala-Salvador Dalí se constituyó para «proteger y defender la obra artística, cultural e intelectual de Salvador Dalí, sus bienes y *derechos de cualquier naturaleza, su memoria* y el reconocimiento universal de su aportación a las bellas artes, la cultura y el pensamiento contemporáneo»; (iv) y si hay que estar a lo sucedido una vez aceptada la herencia por el Estado Español, tampoco existe duda, sino sólo luz meridiana: encontramos al Ministerio de Cultura como encargado de la administración y explotación de los derechos de la propiedad intelectual (art. 1 del Real Decreto 799/1995, de 19 de mayo) y en tal condición, encontramos también al Estado como legitimado para otorgar a la Fundación, a través del mismo Ministerio, el ejercicio de las facultades de administración y explotación de los derechos (no sólo de) de propiedad intelectual, (sino también), propiedad inmaterial, de imagen, industrial, marcas, patentes y *demás derechos* (art. 3 del Real Decreto 403/1996, de 1 de marzo).

5.4. *Conclusión*

La STS de 20 de junio de 2016 aporta una cierta perplejidad. No cabe negar la aplicación de la LHon. argumentando que lo postulado por la actora no eran pretensiones que se hallen reguladas en esta Ley para abrirla a continuación y estudiar la legitimación extraordinaria que contiene su art. 4. Y puesto el silogismo del revés, no cabe negar la aplicación de este precepto en ninguno de sus dos primeros números (por no existir –se dice– persona designada «a tal efecto en su testamento» ni parientes), conducir seguidamente la *litis* al terreno del Derecho patrimonial general y concluir que, una colocados en tal sede, no podía demandar quien estaba exquisitamente legitimado para hacerlo según ese mismo Derecho patrimonial general, que no era nadie más que la Fundación Gala-Salvador Dalí, como cesionaria de las facultades de administración y explotación de unos derechos de los que era titular el Estado Español.

Desde el punto de vista puramente procesal, da la impresión de que el Alto Tribunal ha querido ofrecer una suerte de razón principal y otra subordinada o accesoria para desestimar el recurso. Así lo expuso el profesor Vallines García en una lúcida intervención, dentro del Seminario Permanente de Responsabilidad civil de la Universidad Complutense (sesión de abril de 2017). Al igual que las partes pueden formular alegaciones y pretensiones que son incompatibles de manera subsidiaria (cfr. art. 71.4 LEC) para agotar todas las posibles líneas de defensa, la sentencia, sin decirlo, estructura los argumentos

según una suerte de orden de prelación, tratando de dar así una respuesta judicial lo más exhaustiva posible: a) argumento *principal*: no se admite que el litigio fuera propiamente «de derecho constitucional a la propia imagen», sino de explotación incontestada, y la sentencia no entra en esa pretensión «de segundo grado» porque el art. 218.1 LEC impide que el juzgador, si no quiere incurrir en vicio de incongruencia, se aparte de la faceta jurídica invocada en la causa de pedir; y b) argumento *subsidiario*: incluso aunque se calificara la pretensión procesal como de derecho fundamental a la propia imagen, tampoco procedía que la instancia hubiera estimado la demanda, pues el art. 4 L.Hon. no lo permite.

Pero ante este proceder, cabe una réplica: el art. 218.1 LEC no impedía al Tribunal entrar a conocer de esa «otra cosa» (explotación económica del derecho a la imagen), ya que, *por el modo en que estaba formulada la pretensión de condena dineraria en la demanda*, era evidente que esa «otra cosa» entraba dentro de los fundamentos jurídicos que, de verdad, el actor quería hacer valer. Y no habría existido incongruencia si la sentencia hubiera conocido de ellos. O lo que es lo mismo: el principio «*iura novit Curia*» no permite al Tribunal apartarse del fundamento jurídico que se ha hecho valer por las partes, sino a lo sumo, aplicar las normas erróneamente invocadas para basar la pretensión deducida, o suplir la falta de invocación de una norma aplicable (así, De la Oliva, 2001, pgs. 386 y ss.). ¿No era justo eso lo que sucedía aquí?

Tal vez no, pero, en cualquier caso, estamos ante una magnífica manifestación de que la LEC no dejó del todo resuelta la eterna cuestión: ¿sigue el legislador procesal la tesis de la individualización o prefirió la de la sustanciación?

6. Bibliografía

- ALEGRE MARTÍNEZ, *El derecho a la propia imagen*, ed. Tecnos, Madrid, 1997.
- BLANCO MARTÍNEZ, «Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de mayo de 2014 (220/2014). Derecho a la propia imagen. Límites. Posibilidad de revisar la cuantía de la indemnización», en Yzquierdo Tolsada (dir.), *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina (civil y mercantil)*, vol. 6º (2013-2014), Madrid, ed. Dykinson, 2016, pgs. 319 y ss.
- DE LA OLIVA SANTOS, en De la Oliva, Díez-Picazo Giménez, Vegas Torres y Banacloche Palao, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, ed. Civitas, Madrid, 2001.
- GARCÍA PÉREZ, *Titulares de los bienes de la personalidad: legitimación para defenderlos. Especial referencia a la Ley Orgánica 1/1982*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.
- IGARTUA ARREGUI, *La apropiación comercial de la imagen y del nombre ajenos*, ed. Tecnos, Madrid, 1991.
- MUÑOZ GARCÍA, «Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de mayo de 2014 (219/2014), Derecho a la propia imagen. Intromisión ilegítima en su modalidad de apropiación publicitaria del nombre e imagen», en

- Yzquierdo Tolsada (dir.), *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina (civil y mercantil)*, vol. 6º (2012-2013), Madrid, ed. Dykinson, 2016, pgs. 335 y ss.
- VIVAS TESÓN, «Protección post mortem del derecho de imagen de Salvador Dalí. Comentario a la STS de 20 de junio de 2016 (RJ 2016, 2537)», en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, nº 103, enero-abril 2017, pgs. 315 y ss.