



UNIVERSITAT DE
BARCELONA

Facultat de Dret



Dictamen jurídico:

Caso de derechos de la personalidad

3A (parte demandante)

Máster de Acceso a la Abogacía

Karen Bitton Fernández

NIUB: 16460404

Tutor: Dr. Don Javier Dos Santos

Departamento de Derecho Privado

ÍNDICE

1. ANTECEDENTES	3
1.1. HECHOS Y FECHAS EN LAS QUE SE BASA EL PROBLEMA	3
1.2. DOCUMENTACIÓN	4
1.2.1. Documentación de la que disponemos.....	4
1.2.2. Documentación a solicitar en la pieza probatoria.....	4
1.3. CUESTIONES QUE SE PLANTEAN.....	5
1.3.1. Cuestiones de carácter sustantivo	5
1.3.2. Cuestiones de carácter procesal.....	5
2. ANÁLISIS JURÍDICO	6
2.1. FUENTES APLICABLES AL CASO	6
2.1.1. Normativa aplicable.....	6
2.1.2. Jurisprudencia aplicable.....	6
2.2. ANÁLISIS DEL CASO	8
2.2.1. Redacción de los fundamentos de derecho de carácter sustantivo	8
2.2.2. Inclusión de Sentencias del Tribunal Supremo y señalamiento de la ratio decidendi aplicable al caso.....	17
2.2.3. Redacción de los fundamentos de derecho de carácter adjetivo.....	24
2.2.4. Redacción formal de la demanda	26
2.2.5. Proposición de prueba e instructa y listado de preguntas a realizar.....	28
2.2.6. Cuestiones planteadas por el cliente	31
3. CONCLUSIONES	35
EMISIÓN DEL DICTAMEN	36
BIBLIOGRAFÍA	38
ANEXOS.....	41

1. ANTECEDENTES

1.1. HECHOS Y FECHAS EN LAS QUE SE BASA EL PROBLEMA

En el verano de 2006, la Sra. Ana Claudia se encontraba en el interior de la discoteca Spce (playa d'en Bossa, Ibiza) y le realizaron unas fotografías por parte del personal del local sin que tuviera conocimiento de ello y posteriormente cedieron las imágenes a la productora, también demandada, para realizar un CD de la propia discoteca. La productora A Records Ltd. utilizó como carátula del CD una de las fotografías para lo cual aisló digitalmente la figura de la Sra. Ana Claudia del entorno real que la rodeaba, sin solicitar su autorización.

Mi representada vio por casualidad que habían reproducido su imagen en un CD, además de en carteles y pancartas publicitarias, en diferentes medios escritos españoles y otros de índole nacional e internacional. Este CD se puede adquirir por Internet desde cualquier país, así como por Amazon o Virgin, por ejemplo.

Es por ello que la Sra. Ana Claudia contactó con A Records Ltd. y con la discoteca Spce para poner fin a tal intromisión ilegítima, así como para solicitar una compensación económica por el daño sufrido. Además, a ambas sociedades se les envió carta certificada y burofaxes.

Por un lado, la discoteca remarcó que ellos no eran responsables del uso dado a las fotografías, a pesar de haber señalado que ellos las habían tomado y cedido a la empresa británica. Por otro lado, la productora aceptó que se debía compensar económicamente a nuestra representada, pero ofrecieron unas cantidades insatisfactorias teniendo en cuenta las cantidades percibidas en los contratos de cesión de imagen que nuestra representada realiza. Dicho CD ha resultado tener un éxito importante que, unido al precio de 32,99\$, se hace evidente un enriquecimiento más que considerable.

La Sra. Ana Claudia centra su vida profesional en el trabajo de modelo, por lo que fundamenta sus ingresos en la explotación de su propia imagen, cediéndola a cambio de una contraprestación económica para diferentes eventos y revistas, lo cual no ocurre en este supuesto.

1.2. DOCUMENTACIÓN

1.2.1. Documentación de la que disponemos

La documentación que disponemos en el caso es la siguiente:

- CD donde aparece la imagen de la demandante.
- Fotos tomadas de un local de Ibiza de carteles y pancartas publicitarias del CD.
- Suplemento especial del “Diario de Ibiza”, de 14 de agosto de 2006 en su página 22 en la que se reproduce la fotografía del mencionado CD.
- Revista “Pcha”, de 07-08 de 2006 (pág. 12) donde se reproduce la fotografía del CD.
- Captura de la página web de Amazon.com con la imagen del CD, de 23/01/2007.
- Captura de la página web de Virgin con la imagen del CD, de 23/01/2007.
- Contrato de “consentimiento y publicación: personajes secundarios”, 16/08/2006.
- Carta certificada enviada a A Records, Ltd., con fecha 7 de Diciembre de 2006.
- Burofax enviado a A Records, Ltd., con fecha 20 de Diciembre de 2006.
- Burofax a Spce Ibiza Bch Club, S.L., con fecha 4 de Diciembre de 2006.
- Factura de A Records, Ltd. a Spce Ibiza Bch Club S.L. de 20.000 euros.

1.2.2. Documentación a solicitar en la pieza probatoria

La documentación que podría acompañarse a este caso para futuras ocasiones podría ser:

- Grabación de la discoteca Spce Ibiza Bch Club S.L. de la noche en que se realizaron esas fotografías para poder demostrar que se hicieron dentro de la discoteca, por miembros del personal, en la sala VIP.
- Oferta de contrato por otra discoteca de la misma zona con el fin de poder valorar el lucro cesante.
- Testifical de un personaje de proyección pública, también cliente de la discoteca de esa misma noche, que aparezca en el vídeo.
- Testifical de acompañantes, otros clientes o de guardias de seguridad de la discoteca de esa misma noche.
- Oferta de contrato por parte de Spce Ibiza Bch Club S.L. por el cual se pueda demostrar que existían previas negociaciones con la modelo.
- Índice de ventas de la productora británica.
- Relación de ventas de entradas y de clientes de agosto 2005 a julio 2006, y de agosto 2006 a julio 2007 para comparar si ha subido la popularidad y los clientes de la discoteca gracias a la campaña publicitaria.
- Pericial de un profesional experto en la determinación de la valoración de la imagen para poder tasar la indemnización a solicitar.
- Acuerdo del derecho de cesión de marca entre la discoteca y la productora británica para ver los términos de la negociación.

1.3. CUESTIONES QUE SE PLANTEAN

1.3.1. Cuestiones de carácter sustantivo

Por un lado, las cuestiones de carácter sustantivo que se nos plantean en el caso son las siguientes:

- a) Redacción de los fundamentos de derecho de carácter sustantivo.
- b) Inclusión de Sentencias del Tribunal Supremo y señalamiento de la *ratio decidendi* aplicable al caso.

1.3.2. Cuestiones de carácter procesal

Por el otro lado, las cuestiones de carácter procesal son:

- a) Redacción de los fundamentos de derecho de carácter adjetivo.
- b) Proposición de prueba e instructa y listado de preguntas a realizar.
- c) Cuestiones planteadas por el cliente.

2. ANÁLISIS JURÍDICO

2.1. FUENTES APLICABLES AL CASO

2.1.1. Normativa aplicable

- Constitución Española (CE).
- Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (LOPJ).
- Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC).
- Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (LPDH).
- Reglamento 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos.
- Real Decreto 1373/2003, de 7 de noviembre, por el que se aprueba el arancel de derechos de los procuradores de los tribunales.

2.1.2. Jurisprudencia aplicable

- Sentencia del Tribunal Constitucional 81/2001 (Sala 2^a), de 26 de marzo de 2001 (recurso 922/1998).
- Sentencia del Tribunal Supremo 363/2017 (Sala Civil), de 15 de febrero de 2017 (recurso 3361/2015), ID CENDOJ 28079119912017100003.
- Sentencia del Tribunal Supremo 5222/2015 (Sala Civil), de 14 de diciembre de 2015 (recurso 2833/2013), ID CENDOJ 28079110012015100679.
- Sentencia del Tribunal Supremo 3848/2014 (Sala Civil), de 23 de septiembre de 2014 (recurso 1285/2012), ID CENDOJ 28079110012014100464.
- Sentencia del Tribunal Supremo 2226/2014 (Sala Civil), de 8 de mayo de 2014 (recurso 746/2011), ID CENDOJ 28079119912014100007.
- Sentencia del Tribunal Supremo 5731/2012 (Sala Civil), de 24 de julio de 2012 (recurso 280/2010), ID CENDOJ 28079110012012100467.

- Sentencia del Tribunal Supremo 2753/2012 (Sala Civil), de 18 de abril de 2012 (recurso 800/2009), ID CENDOJ 28079110012012100257.
- Sentencia del Tribunal Supremo 5788/2011 (Sala Civil), de 21 de junio de 2011 (recurso 398/2009), ID CENDOJ 28079110012011100575.
- Sentencia del Tribunal Supremo 5075/2010 (Sala Civil), de 8 de julio de 2010 (recurso 1990/2007), ID CENDOJ 28079110012010100583.
- Sentencia del Tribunal Supremo 3279/2010 (Sala Civil), de 2 de junio de 2010 (recurso 1138/2007), ID CENDOJ 28079110012010100405.
- Sentencia del Tribunal Supremo 3634/2009 (Sala Civil), de 12 de junio de 2009 (recurso 2451/2005), ID CENDOJ 28079110012009100427.
- Sentencia del Tribunal Supremo 3633/2009 (Sala Civil), de 9 de junio de 2009 (recurso 2292/2005), ID CENDOJ 28079110012009100426.
- Sentencia del Tribunal Supremo 6488/20003 (Sala Civil), de 21 de octubre de 2003 (recurso 1498/1999), ID CENDOJ 28079110012003102486.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Almería 77/2011 (Sala Civil, Sección 2ª), de 20 de enero de 2011 (recurso 323/2009), ID CENDOJ 04013370022011100027.

2.2. ANÁLISIS DEL CASO

2.2.1. Redacción de los fundamentos de derecho de carácter sustantivo

I. La consideración de intromisión ilegítima al derecho a la propia imagen y el consentimiento expreso

La captación de la imagen de Ana Claudia Perez en la discoteca Spce Ibiza Bch Club S.L. por miembros del personal del mencionado local para su posterior utilización como portada en un CD, en carteles y pancartas publicitarias, en medios escritos españoles e incluso de índole internacional vulneran el **derecho a la propia imagen** de mi mandante, con anclaje legal en el artículo 18.1 de la Constitución Española¹.

Esta captación y posterior utilización no se había realizado habiendo otorgado el previo **consentimiento expreso**² por parte de Ana Claudia, previsto en el artículo 2 de la citada LPDH, por dos motivos, interpretándose expreso según lo establecido en la jurisprudencia, si se tratase de un caso actual, del Tribunal Supremo:

El «consentimiento expreso» que prevé el art. 2.2 de la Ley Orgánica 1/1982 como excluyente de la ilicitud de la captación, reproducción o publicación de la imagen de una persona. Aunque este precepto legal, en la interpretación dada por la jurisprudencia, no requiere que sea un consentimiento formal (por ejemplo, dado por escrito), sí exige que se trate de un consentimiento inequívoco, como el que se deduce de actos o conductas de inequívoca significación, no ambiguas ni dudosas³.

Es por ello que, no existe consentimiento expreso (entendiéndose como inequívoco):

1. Pues, de existir, el manager de Ana Claudia hubiera entrado en negociaciones para cerrar un contrato de cesión de los derechos de imagen con la discoteca Spce Ibiza Bch Club S.L. para captar y, posteriormente, utilizar su imagen como portada de la campaña publicitaria de dicha discoteca de Ibiza.
2. Pues Ana Claudia estuvo toda la noche en la zona reservada de la discoteca, conocida como la sala VIP, para precisamente salvaguardar su privacidad. De esta forma, es patente el hecho de que Ana Claudia quería disfrutar de una noche de música y baile aislada del resto de la gente en la zona VIP y al margen de la realización de cualquier actividad laboral.
3. Pues también debe otorgarse para una finalidad determinada, es decir, debe tratarse de un consentimiento específico para un objetivo, no general para cualquier acto. En el caso que nos ocupa, ni se otorgó consentimiento expreso para la captación de la

¹ Véase el punto 2.2.2.1, de jurisprudencia relativa al derecho a la propia imagen.

² Véase el punto 2.2.1.4, de jurisprudencia relativa al consentimiento.

³ STS 363/2017, de 15 de febrero de 2017, Sala de lo Civil, FJ V.

imagen ni para su posterior utilización y publicación. Así se ha pronunciado en la actualidad el Tribunal Supremo:

Esta sala ha declarado en reiteradas ocasiones (sentencias 1225/2003, de 24 de diciembre , 1024/2004, de 18 de octubre , 1184/2008, de 3 de diciembre , 311/2010, de 2 de junio) que el consentimiento dado para publicar una imagen con una finalidad determinada (en este caso, como imagen del perfil de Facebook) no legitima su publicación con otra finalidad distinta (en este caso, ilustrar gráficamente el reportaje sobre el suceso violento en que se vio envuelto el demandante). En la sentencia 746/2016, de 21 de diciembre , afirmamos que aunque hubiera sido cierto que la fotografía publicada por el medio de información hubiera sido "subida" a Facebook por la persona que en ella aparece, «[...] esto no equivaldría a un consentimiento que [...] tiene que ser expreso y, además, revocable en cualquier momento».

El consentimiento a la captación, reproducción o publicación de la imagen no puede ser general, sino que ha de referirse a cada acto concreto, como se desprende de los arts. 2.2 y 8.1 de la Ley Orgánica 1/1982 , lo que deriva del carácter irrenunciable que tiene este derecho, como prevé el art. 1.3 de dicha ley orgánica y es propio de su carácter de derecho fundamental. El control de la propia imagen que supone el derecho fundamental reconocido en el art. 18.1 de la Constitución determina que, cuando no se trata de un personaje con proyección pública, el consentimiento expreso en un determinado uso público de dicha imagen por parte de su titular no legitime cualquier otro uso público de tal imagen por parte de un tercero para el que no se haya dado ese consentimiento expreso⁴.

En consecuencia, tiene la consideración de intromisión ilegítima por parte de la discoteca Spce Ibiza Bch Club S.L. y por la productora británica A Records Ltd. por dos motivos⁵:

- a) **Por la captación, reproducción y publicación por fotografía de la imagen de una persona en lugares o momentos de su vida privada o fuera de ellos**, según lo dispuesto en el artículo 7, apartado 5, de la LPDH, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.
- b) **Por la utilización de la imagen de una persona con fines publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga**, según lo dispuesto en el artículo 7, apartado 6, de la misma LPDH.

Tampoco se ha captado y, posteriormente, utilizado la imagen de mi mandante con fines informativos por parte de la discoteca, sino que la utilizó la imagen con la única finalidad de promocionar y dar publicidad a la discoteca demandada a través del lanzamiento del primer CD de la discoteca Spce Ibiza Bch Club producido por la productora británica A Records, Ltd. Pues, como puede verse en la imagen de portada del CD, se aisló completamente el fondo de la discoteca, irreconocible pues sólo se ve el fondo negro detrás del cuerpo de Ana Claudia. Asimismo, se establece en el año 2014 por el Tribunal Supremo:

La publicación de la imagen del demandante no fue consentida por él, por lo que constituyó una intromisión ilegítima en la esfera personal protegida por la norma constitucional. Únicamente podía publicarse su imagen sin consentimiento del artista y con fines de mera información, pero nunca para fines publicitarios o comerciales, ya que si bien el derecho fundamental a la propia imagen puede ceder ante otro derecho del mismo rango, como el de información, en el caso que nos ocupa no puede prevalecer este último cuando con el propósito de obtener un beneficio económico, se acomete la explotación publicitaria

⁴ STS 363/2017, de 15 de febrero de 2017, Sala de lo Civil, FJ V.

⁵ Véase el punto 2.2.1.2, de jurisprudencia relativa a la intromisión ilegítima.

o comercial de la reproducción o difusión de la imagen de un tercero, procediendo, además, sin consentimiento del mismo, de suerte que aumenta, en lugar de disminuir, la intensidad de la intromisión si, además, la persona cuya imagen se comercializa tiene carácter público⁶.

II. La responsabilidad y concurrencia de culpas entre la discoteca -Spce Ibiza Bch Club S.L.- y la productora británica -A Records Ltd.-

Una vez ha quedado acreditada la captación, reproducción y publicación, junto con la utilización de la imagen de Ana Claudia para fines publicitarios de la discoteca, debe atribuirse la responsabilidad de esta intromisión ilegítima a la mercantil Spce Ibiza Bch Club S.L. y a la productora británica A Records Ltd. por varias circunstancias:

- i. **Por la captación de las fotografías:** fueron miembros del personal de la mencionada discoteca quienes realizaron las fotografías a los clientes que acudieron esa noche.
- ii. **Por la cesión de las fotografías (reproducción):** fueron estos empleados quienes, en nombre y por cuenta de la discoteca Spce Ibiza Bch Club S.L., cedieron las imágenes a la productora británica A Records Ltd. para que realizara el primer CD de la propia Spce Ibiza Bch Club S.L., pues probablemente sería:
 - Spce Ibiza Bch Club S.L.: quien se encargaba de la captación de las fotografías y cesión de estas a la productora para la posterior realización del CD promocional de la discoteca, tras la aceptación de la discoteca de la disposición y utilización de las imágenes, música y efectos propuestos por la productora.
 - A Records Ltd.: gestionaba el diseño del CD promocional, utilización de las imágenes cedidas por parte de la discoteca y publicación del vídeo, todo ello en nombre y por cuenta de la discoteca.
- iii. **Por la utilización de las fotografías:** ambas mercantiles han hecho uso de las fotografías de mi mandante sin su consentimiento expreso. Como puede verse en la fotografía, Ana Claudia no aparece mirando a la cámara fotográfica que la realizaba, sino que claramente puede apreciarse que aprovecharon para captar el momento en que, mientras ella estaba disfrutando de la música y del baile, ni miraba ni podía constatar la presencia de una cámara que le captara la imagen. y parece ser que sólo una de ellas ha sido publicada.

Es por ello que tanto la productora ha utilizado la imagen de mi mandante al disponer esta fotografía como la portada del CD sin su consentimiento, como la discoteca al haber aceptado la utilización de la fotografía tanto al ceder las imágenes como al haber dado el visto bueno cada vez que la productora le hubiera enviado los

⁶ STS 2226/2014, de 8 de mayo de 2014, Sala de lo Civil, FJ VI.

bocetos del vídeo o, como mínimo, el último boceto del vídeo promocional, de acuerdo a las negociaciones que hubieran llegado.

- iv. **Por la publicación de la fotografía:** la fotografía de mi mandante ha sido utilizada como portada del CD de promoción de la discoteca, precisamente aprovechando el éxito de Ana Claudia dentro del mundo profesional del modelaje, en el que lleva años adquiriendo un gran prestigio por su indudable talento como modelo.
- v. **Por el beneficio económico recibido:** tanto la discoteca Spce Ibiza Bch Club S.L. como la productora británica A Records Ltd. han recibido grandes beneficios económicos tras la producción del primer CD de la discoteca, ya sea con base al acuerdo que hubieran llegado (en el caso de la discoteca) como por las elevadas ventas del CD (en el caso de la productora británica).

Todo ello muestra que tanto la discoteca Spce Ibiza Bch Club S.L. como A Records Ltd. son responsables de la intromisión ilegítima producida al derecho a la propia imagen de Ana Claudia por captar, reproducir y publicar a través de una fotografía su imagen, además de la utilización de su imagen con el único fin de promocionar la discoteca a través del lanzamiento de su primer disco, donde aparecía como portada mi mandante (artículo 7 de la LPDH, apartados 5º y 6º).

III. La determinación de lugar cerrado

Tampoco cabe apreciar que se trata de un lugar abierto al público⁷, excepción recogida en el artículo 8 de la citada LPDH, apartado 2.a)⁸. Pues bien, puede entenderse que Ana Claudia ejerce una profesión de proyección pública al ser una modelo de reconocido prestigio, pero sólo se entendería que la captación, reproducción y publicación de su fotografía es legítima, sin mediar consentimiento, si esta imagen se hubiera captado en un acto público o lugar abierto al público. Y no es el caso, pues **una discoteca se entiende como lugar cerrado al público**⁹, como se ha establecido en la jurisprudencia que se menciona a continuación:

*La interpretación del concepto "lugar abierto al público" ha de ser "finalista y no meramente literal", de suerte que no cabe entender por tal "todo aquel al que cualquier persona pueda tener acceso en un momento determinado -como, en el caso, una playa recóndita- sino el que resulta del uso normal por una generalidad de personas que acceden a él fuera del ámbito estricto de su vida privada"*¹⁰.

Dicha definición fue completada posteriormente de la siguiente forma:

⁷ Véase el punto 2.2.1.3, de jurisprudencia relativa a la consideración de lugar privado.

⁸ Art. 8.2.a) LPDH: *En particular, el derecho a la propia imagen no impedirá: a) Su 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.*

⁹ José Ramón de VERDA Y BEAMONTE, *Los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen como límites del ejercicio de los derechos fundamentales de información y de expresión: ¿una nueva sensibilidad de los tribunales?*, p. 429-432.

¹⁰ STS 6352/2008, de 28 de noviembre de 2008, Sala de lo Civil FJ I; STS 3634/2009, de 12 de junio de 2009, Sala de lo Civil, FJ III.

*y que comporta que, en tal supuesto, la persona pública, despojada en tal caso de su derecho a disponer de la propia imagen, haya de soportar simplemente las molestias que pueda causarle la captación y reproducción de su figura física sin su consentimiento*¹¹.

También, se ha reiterado en otras sentencias posteriormente como:

*La intromisión será ilegítima si la persona ha sido fotografiada en un lugar no público o, también en un lugar público pero recóndito, apartado, de difícil acceso, buscado por la persona afectada para preservar la intimidad o determinados aspectos de su imagen*¹².

En este sentido, unos años más tarde de que sucedieran los hechos, el Tribunal Supremo¹³ constata que las piscinas de los hoteles son lugares de acceso restringido a los clientes alojados en los mismos o que paguen por disfrutarlas, y ello comporta que la persona de notoriedad o proyección pública no tenga que soportar, con arreglo al art. 8.2 a) LO 1/82, la captación, reproducción o publicación de su imagen mientras se encuentra en la piscina de un hotel, como tampoco si se encuentra en su habitación, en los pasillos o en los salones, el bar o el comedor, como se ha podido determinar en un momento posterior por el Tribunal Supremo:

La intromisión será ilegítima si la persona ha sido fotografiada en un lugar no público o, también en un lugar público pero recóndito, apartado, de difícil acceso, buscado por la persona afectada para preservar la intimidad o determinados aspectos de su imagen (de acuerdo con la STS de 21 de junio de 2011). Ni siquiera la notoriedad pública del personaje elimina el ámbito de protección de sus derechos fundamentales (a la propia imagen, y también a la intimidad) «en aquellos casos en los que buscan expresamente esa privacidad frente a una posible captación y reproducción de su imagen.

*Y es que una cosa es que los personajes con notoriedad pública ven inevitablemente reducida su esfera de intimidad, y otra distinta que, más allá de ese ámbito abierto al conocimiento de los demás, su intimidad permanece y, por tanto, el derecho constitucional que la protege no se ve minorizado en el ámbito que el sujeto se ha reservado y su eficacia como límite al derecho de información es igual a la de quien carece de toda notoriedad (SSTC 134/1999; 115/2000), doctrina predicable igualmente del derecho a la propia imagen (Sentencia de 12 de julio de 2002, entre muchas más), siendo lo relevante en este caso que no prestaron consentimiento expreso o tácito ni a la obtención de las fotos y a la publicación ulterior de las mismas, y que no es posible exigir un aislamiento espacial extraordinariamente gravoso de estas personas para poder disfrutar de la privacidad a la que también tienen derecho ante el acoso de determinados medios de comunicación»*¹⁴.

Varios serían los **elementos** a tener en cuenta para determinar que se trata de un lugar privado, pues se entiende que está restringido o limitado por circunstancias como:

- i) El pago de un precio.
- ii) La pertenencia a un determinado colectivo.
- iii) La práctica de un estilo de vida socialmente reconocido.
- iv) La dificultad de hecho del propio acceso que haga presumir que el lugar ha sido buscado de propósito por la persona afectada para apartarse de la mirada de los demás.

¹¹ STS 2753/2012, de 18 de abril de 2012, Sala de lo Civil, FJ V.

¹² STS 5788/2011, de 21 de junio de 2011, Sala de lo Civil, FJ III.

¹³ STS 3633/2009, de 9 de junio de 2009, Sala de lo Civil, FJ II.

¹⁴ STS 3848/2014, de 23 de septiembre de 2014, Sala de lo Civil, FJ IV.

En el caso que nos ocupa, el pago de la entrada de la discoteca configura este lugar como cerrado al público, no en el sentido literal de la expresión, pero si se entiende como un lugar de acceso limitado a través de esa misma entrada. Es por eso que debe interpretarse una discoteca como lugar cerrado, de acuerdo al concepto estricto de lugar privado según la jurisprudencia, pues de lo contrario no se entendería el derecho de admisión que se reconoce a los titulares de dichos locales. Además, la carga de la prueba de que la discoteca era un lugar cerrado o abierto al público corresponde a la parte demandada, según lo dispuesto en la STS 5731/2012¹⁵, al tratarse de un hecho que impide la eficacia jurídica de los hechos en los que se basa la demanda, de acuerdo con el artículo 217.3 LEC¹⁶.

IV. La indemnización por daños y perjuicios

La infracción del derecho a la propia imagen de Ana Claudia conlleva la indemnización de los daños y perjuicios causados, de acuerdo con el artículo 9.2.c) de la LPDH¹⁷ después de su reforma en el año 2010¹⁸ modificado por la Ley Orgánica 5/2010 de 22 de junio.

Se prevé en el artículo 9.3 LPDH¹⁹ que siempre se presumirá la existencia de perjuicio cuando se acredite la intromisión ilegítima, así como en la redacción original del artículo²⁰, como es el caso. Además, también se ha producido un daño moral a la modelo Ana Claudia pues tanto la discoteca como la productora se han apropiado de la imagen y del nombre de mi mandante en beneficio exclusivo, como se ha establecido en la sentencia dictada por la

¹⁵ La STS 5731/2012, de 24 de julio de 2012, Sala de lo Civil, en su FJ III, establece: (...) *en primer lugar, la carga de la prueba del carácter público de la playa corresponde al demandado, conforme a la doctrina constitucional antes expuesta. Así, se señaló también en la STS de 12 de septiembre de 2011 RC núm. 941/2007 en relación con unas fotografías tomadas en la costa de un estado de Estados Unidos que «del art. 8.2 de la LO 1/82 se desprende que, al excluir la ilegitimidad de las imágenes de personas de notoriedad pública cuando se capten "en lugares abiertos al público" como una excepción a lo previsto en el apdo. 5 de su art. 7, la carga de la prueba de que los personajes fotografiados estaban en un lugar abierto al público incumbe al demandado, no al demandante», como consecuencia de ser un hecho de los que impiden la eficacia jurídica de los hechos en los que se basa la demanda (artículo 217.3 LEC)».*

¹⁶ Art. 217.3 LEC: *Incumbe al demandado y al actor reconvenido la carga de probar los hechos que, conforme a las normas que les sean aplicables, impidan, extingan o enerven la eficacia jurídica de los hechos a que se refiere el apartado anterior.*

¹⁷ Art. 9.2.c LPDH: *La tutela judicial comprenderá la adopción de todas las medidas necesarias para poner fin a la intromisión ilegítima de que se trate y, en particular, las necesarias para: c) La indemnización de los daños y perjuicios causados.*

¹⁸ Se modificó por la disposición final 2.3 de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio. La anterior redacción del art. 9.2 LPDH era la siguiente: *La tutela judicial comprenderá la adopción de todas las medidas necesarias para poner fin a la intromisión ilegítima de que se trate y restablecer al perjudicado en el pleno disfrute de sus derechos, así como para prevenir o impedir intromisiones ulteriores. Entre dichas medidas podrán incluirse las cautelares encaminadas al cese inmediato de la intromisión ilegítima, así como el reconocimiento del derecho a replicar, la difusión de la sentencia y la condena a indemnizar los perjuicios causados.*

¹⁹ Art. 9.3 LPDH: *La existencia de perjuicio se presumirá siempre que se acredite la intromisión ilegítima. La indemnización se extenderá al 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.*

²⁰ Anterior redacción del art. 9.3 LPDH: *La existencia de perjuicio se presumirá siempre que se acredite la intromisión ilegítima. La indemnización se extenderá al 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. También se valorará el beneficio que haya obtenido el causante de la lesión como consecuencia de la misma.*

Audiencia Provincial de Almería, recurrida ante el Tribunal Supremo y resuelta a través de la mencionada STS 219/2014:

Del tenor literal del art. 9-3 de la citada Ley 1/1982, no sólo se debe indemnizar el daño moral pues también se debe de valorar "el beneficio que haya obtenido el causante de la lesión como consecuencia de la misma". Esto equivale a un lucro que a su vez ocasiona un lucro no recibido por el titular de los derechos de la imagen del artista. Esta es la indemnización que la sentencia a otorgado por la presunción legal del perjuicio en caso de acreditarse la intromisión ilegítima.

Claro que esta intromisión causa daño moral, pero en el ámbito de un artista cuya imagen se comercializa no se trataría tanto de un daño moral como de una apropiación de esa imagen en beneficio exclusivo de quien no tiene derecho a usarla, porque en el artista su imagen tiene un contenido más económico que personal en caso de uso publicitario de una imagen. Por consiguiente la indemnización concedida es procedente en aquel concepto sin perjuicio de que los daños deban de determinarse a efectos de cuantificar su importe, siendo éstos la pérdida de ingresos por la publicación de la imagen de un cantante de fama internacional y consiguiente enriquecimiento de la persona que ha usado esa imagen sin su autorización, evitando así un contrato en donde se hubiesen previsto compensaciones económicas. Se compensa así el perjuicio material a la sociedad creada por el artista para gestionar los derechos sobre su imagen y a la vez se compensa moralmente al primero que ve retribuida así el uso de su nombre e imagen²¹.

En este sentido, deben valorarse varios elementos para poder determinar la **indemnización** procedente de 70.000 euros²²:

- a) **El valor de la imagen de la modelo con fines publicitarios:** Ana Claudia es una modelo muy conocida en el mundo profesional del modelaje, pues lleva años adquiriendo un gran prestigio por su indudable talento tanto en el ámbito nacional como internacional, pues ha sido la imagen principal de campañas publicitarias de empresas tales como Corte Francés S.A., Onceatlon S.A., Vodafon S.A. o incluso Feisbuk S.L. Es por eso que no puede alegarse por ninguna de las demandadas el desconocimiento de mi mandante como modelo de gran calibre, pues su imagen ha aparecido en televisión, en paneles publicitarios, etc. No ha sido casualidad la captación de su imagen en la discoteca ni tampoco su utilización como precisamente la portada del CD, sino que es patente el ánimo de lucro por parte de las demandadas a través de la utilización de la fama y conocimiento de Ana Claudia para promocionar la discoteca demandada, Spce Ibiza Bch Club S.L.

Para la cuantificación de la indemnización debe tenerse en cuenta el contrato aportado similar de cesión de los derechos de imagen durante un año para una campaña multinacional suscrito entre mi mandante y una importante empresa, en este caso Vodafon S.A. En este, Ana Claudia percibió la cantidad de 60.000 euros por seis días de rodaje, incluido el 20% de comisión para la agencia que la representaba, y en el caso de aparecer como artista principal en esa edición tendría derecho a percibir una única remuneración adicional de otros 60.000 euros, incluida la comisión de la agencia. De estos datos, debe tenerse en cuenta la cuantía a

²¹ SAP de Almería 77/2011, de 20 de enero de 2011, Sección II, FJ IV.

²² Véase el punto 2.2.1.5, de jurisprudencia relativa a la indemnización.

percibir para el caso de aparecer como artista principal, ya que es así como aparece en el vídeo promocional de la discoteca Spce Ibiza Bch Club S.L.

Este contrato debe valorarse a efectos de determinar la cuantía de la indemnización pues la fecha en que se formalizó el contrato coincide con la fecha en que sucedieron los hechos objeto de este procedimiento, en el año 2006, por lo que es un elemento de juicio suficiente para determinar el valor comercial de la imagen de la señora Ana Claudia en ese momento; junto con otros factores que se mencionarán a continuación, como la duración de la campaña publicitaria o el ámbito de difusión.

- b) **El ámbito territorial de difusión:** el CD no sólo se comercializó en el Reino Unido, sino que también se puso en venta ese CD en todo el territorio español, al aparecer en las revistas españolas y inglesas. Y por si fuera poco, es importante resaltar que el mencionado CD también se puede adquirir por internet, desde cualquier país del mundo, pues se puede adquirir a través de las páginas de Amazon.com o de Virgin Mstore, pues son redes disponibles en todo el mundo. Además, esta última tiene tiendas físicas disponibles en los cinco continentes. Es por ello que puede apreciarse que el ámbito territorial no queda restringido ni a Reino Unido ni a España, sino que tiene una clara vocación internacional. De nuevo, es importante determinar que el contrato adjunto es de referencia pues en él también se realizó una campaña multinacional, como el presente caso.
- c) **La duración de la campaña:** esta parte no conoce la duración prevista de la campaña publicitaria objeto de este proceso, pero sí que se puede afirmar que mi mandante tuvo conocimiento de la reproducción de su imagen en el CD y en otros medios de comunicación y expresión en agosto de 2006, y a día de interposición de la demanda esa fotografía sigue siendo la portada del CD de la discoteca, habiendo pasado ya un año desde el momento inicial. Nuevamente, la campaña publicitaria que aparece en el contrato aportado se pactó para el periodo de un año, que coincide con el tiempo que lleva a disposición del público el CD objeto de este procedimiento.
- d) **Los beneficios generados tras la campaña:** también debe valorarse el beneficio obtenido después de la campaña publicitaria por el causante de la lesión, tanto la discoteca como la productora por sus respectivas intromisiones. De esta forma, se establecía en la anterior redacción del artículo 9.3 LPDH²³ pues ya se contemplaba como un parámetro a tener en cuenta para fijar la indemnización, que no aparece expresamente previsto por la nueva redacción de este artículo, aunque los Tribunales siguen utilizando. Es por eso que es importante tener en cuenta que el precio de venta del disco en cuestión se cifra en un valor de 32,99\$ que, en relación con el número de ventas de discos, la productora ha obtenido unos beneficios

²³ Véase la nota a pie de página 16.

considerables por el lanzamiento del disco, con la utilización de mi mandante como portada. En consecuencia, la discoteca Spce Ibiza Bch Club S.L. ha visto que ha aumentado la afluencia de público este último año después del lanzamiento de se disco (y con ello, el número de ventas de entradas, de consumiciones, etc.) al haber llegado a ese acuerdo con la productora y haber obtenido una compensación económica por ello.

- e) **El lucro cesante:** la utilización de la imagen de mi mandante en la campaña publicitaria de la discoteca Spce Ibiza Bch Club S.L. ha imposibilitado que las negociaciones que estaban llevando mi mandante con la discoteca Uzhuaya Ibiza S.L. se truncaran, pues dicha discoteca rechazó finalmente realizar un contrato de cesión de los derechos de imagen como personaje principal con Ana Claudia pues ya aparecía en la portada de otra discoteca de la misma zona, entendiéndose como una competidora en el ámbito de los clubes nocturnos. Se trata de la última propuesta de contrato de cesión de los derechos de imagen que por parte de la discoteca Uzhuaya Ibiza S.L. se hizo a Ana Claudia, donde se le ofrecían 65.000 euros para la campaña publicitaria en la que su imagen aparecería como artista principal, a razón de 2 días de rodaje.

Todo ello, según lo establecido en la ya mencionada STS 219/2014, donde se reitera el criterio utilizado en la sentencia de la Audiencia Provincial y de Primera Instancia, pues:

Así en el análisis de estas circunstancias se valoró el grado de utilización publicitaria de la imagen del artista, el ámbito territorial de difusión, la duración de la campaña, el valor patrimonial de la imagen del cantante y los beneficios que se hayan podido generar con la campaña²⁴.

Y en relación con los elementos establecidos en otras sentencias del Tribunal Supremo como son: las circunstancias del caso, la gravedad del daño²⁵, la difusión o audiencia del medio a través del cual se haya producido la lesión y el beneficio que haya obtenido el causante de la lesión como consecuencia de esta.

IV. Costas

Las costas deben imponerse a las demandadas en virtud del principio de vencimiento, de conformidad con lo establecido en el artículo 394 Ley de Enjuiciamiento Civil (en adelante, LEC), también en relación con la doctrina del Tribunal Supremo²⁶ que viene manteniendo que la adecuación del fallo al *petitum* debe ser sustancial pues, si se entendiera que la desviación de aspectos sólo accesorios debería excluir dicha condena, esta posición quebrantaría la equidad.

²⁴ STS 2226/2014, de 8 de mayo de 2014, Sala de lo Civil, FJ VII.

²⁵ La STS 3279/2010, de 2 de junio de 2010, Sala de lo Civil, FJ II establece: *Las propias circunstancias del caso y la gravedad de la lesión efectivamente producida como criterios legales de cuantificación (art. 9.3 LO 1/1982) justifican la importancia económica de la indemnización concedida.*

²⁶ Véase el apartado 2.2.2.6.

2.2.2. Inclusión de Sentencias del Tribunal Supremo y señalamiento de la *ratio decidendi* aplicable al caso

2.2.2.1. Sobre el derecho a la propia imagen y sus limitaciones

En primer lugar, es importante aclarar qué se entiende por **derecho a la propia imagen**²⁷, conferido en el artículo 18.1 de la Constitución Española para poder adentrarnos en el análisis del caso. Para ello, la Sentencia 3848/2014 del Tribunal Supremo, Sala 1ª, de lo Civil, del ponente Don Rafael Saraza Jimena, recoge que:

El derecho a la propia imagen 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 (sentencia de esta Sala de 12 de marzo de 2014, recurso núm. 2365/2011). (...) El Tribunal Constitucional, en la STC 83/2002, con cita de otras anteriores, declara que «se trata de un derecho constitucional autónomo que dispone de un ámbito específico de protección frente a reproducciones de la imagen que, afectando a la esfera personal de su titular, no lesionan su buen nombre ni dan a conocer su vida íntima, pretendiendo la salvaguardia de un ámbito propio y reservado, aunque no íntimo, frente a la acción y conocimiento de los demás. Por ello atribuye a su titular la facultad para evitar la difusión incondicionada de su aspecto físico, ya que constituye el primer elemento configurador de la esfera personal de todo individuo, en cuanto instrumento básico de identificación y proyección exterior y factor imprescindible para su propio reconocimiento como sujeto individual». (...)

El ámbito propio de protección del derecho a la propia imagen es la defensa frente a los usos no consentidos de la representación pública de la persona, muy destacadamente frente a la utilización de la imagen con fines puramente lucrativos a que alude el art. 7.6 de la LO 1/82. Esta Sala ha reiterado (por ejemplo, en sentencia de 22 de enero de 2014, a la que ya se ha hecho referencia) que la protección constitucional de este derecho no alcanza su esfera patrimonial, ya que el conjunto de derechos relativos a la explotación comercial de la imagen no forman parte del contenido del derecho fundamental a la propia imagen que consagra el art. 18.1 CE (SSTC 81/2001, de 26 de marzo, FJ 2, y 156/2001, de 2 de julio, FJ 6). Las posibles consecuencias patrimoniales del uso ilegítimo de la imagen ajena no obstan para su protección constitucional (STC 23/2010, de 27 de abril)²⁸.

También aparece esta diferenciación de **esferas entre la patrimonial y la constitucional** del derecho a la imagen en la Sentencia 2226/2014 del Tribunal Supremo, Sala 1ª, de lo Civil, del ponente Don Jose Antonio Seijas Quintana:

Debe distinguirse el derecho a la imagen, como derecho de la personalidad, esfera moral, relacionada con la dignidad humana y como derecho patrimonial, protegido por el Derecho pero ajeno a la faceta constitucional como derecho fundamental (...) Pues bien, la demanda se formula conjuntamente por don Luis Alberto y por Indalo Música, S.L interesando la condena indemnizatoria de las demandadas en beneficio de ambos por el uso no consentido de la imagen del primero, siendo así que es facultad exclusiva del interesado difundir o publicar su propia imagen y, por ende, a quien corresponde la facultad de evitar su reproducción, en tanto que se trata de un derecho de la personalidad, cuya reproducción no autorizada 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 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"²⁹.

²⁷ José Miguel CEBALLOS DELGADO, *Aspectos generales del derecho a la propia imagen*, p. 7-12.

²⁸ STS 3848/2014, de 23 de septiembre de 2014, Sala de lo Civil, FJ IV.

²⁹ STS 2226/2014, de 8 de mayo de 2014, Sala de lo Civil, FJ VI.

Pero este derecho a la propia imagen no es absoluto pues está limitado por otros derechos fundamentales, entre otros, como el **derecho a la información y expresión**, que se recoge en la anteriormente citada Sentencia 2848/2014 del Tribunal Supremo, del ponente Don Rafael Saraza Jimena:

(vi) Todo conflicto entre derechos y libertades fundamentales debe ser resuelto mediante técnicas de ponderación constitucional teniendo en cuenta las circunstancias del caso. Se entiende por ponderación la técnica por la que, tras la constatación de la existencia de una colisión entre derechos, se procede al examen de la intensidad y trascendencia con la que cada uno de ellos resulta afectado, con el fin de elaborar una regla que permita, dando preferencia a uno u otro, la resolución del caso mediante su subsunción en ella. La técnica de ponderación exige valorar el peso abstracto de los respectivos derechos fundamentales que entran en colisión, y desde este punto de vista, la ponderación debe respetar la posición prevalente que ostentan tanto el derecho a la libertad de expresión como el derecho a la libertad de información por resultar esenciales como garantía para la formación de una opinión pública libre, indispensable para el pluralismo político que exige el principio democrático (STC 9/2007 , FJ 4º), alcanzando la protección constitucional su máximo nivel cuando tales libertades son ejercitadas por profesionales de información a través del vehículo institucionalizado de formación de la opinión pública que es la prensa, entendida en su más amplia acepción (SSTC 105/1990, FJ 4; 29/2009 , FJ 4)³⁰.

Sin embargo, en el caso que nos ocupa no se habla de ningún **interés informativo** ni de expresión, salvo que se alegue por parte de la demandada, pero parece muy dudoso que establecer la imagen de la modelo Ana Claudia como portada de un CD tenga un interés informativo o sea una forma de expresión. Así se puede ver en la ya citada Sentencia 2226/2014 del Tribunal Supremo, del ponente Don Jose Antonio Seijas Quintana:

La sentencia de primera instancia, que resulta confirmada por la de segunda instancia, dispone tras valorar la prueba, sobre todo documental, que la imagen y el nombre del demandante no se utilizó en el periódico para dar a conocer el cierre de la gira del artista sino a los solos fines de promocionar y dar publicidad a un periódico de nuevo lanzamiento, dado que este hecho, aunque noticiable y de interés público, se produce mucho después de que se creara la portada y además dicha portada nunca formó parte de ningún periódico real ya que fue el ejemplar cero. De ahí que habiéndose utilizado la imagen y el nombre del demandante en la campaña de lanzamiento del nuevo diario para dar publicidad y promocionar su venta al público sin contar con su consentimiento, concluye que se ha producido una intromisión ilegítima en su derecho a la imagen.

Esta Sala, conforme con lo apreciado en instancias anteriores y lo expuesto por el Ministerio Fiscal en su informe, considera que la publicación de la imagen del demandante no fue consentida por él, por lo que constituyó una intromisión ilegítima en la esfera personal protegida por la norma constitucional. Únicamente podía publicarse su imagen sin consentimiento del artista y con fines de mera información, pero nunca para fines publicitarios o comerciales, ya que si bien el derecho fundamental a la propia imagen puede ceder ante otro derecho del mismo rango, como el de información, en el caso que nos ocupa no puede prevalecer este último 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, de suerte que aumenta, en lugar de disminuir, la intensidad de la intromisión si, además, la persona cuya imagen se comercializa tiene carácter público³¹.

2.2.2.2. Sobre la consideración de intromisión ilegítima

Durante la búsqueda de sentencias aplicables a este caso concreto, constaté que había una sentada doctrina del Tribunal Constitucional en la que se establecía que el derecho a la propia imagen (previsto en el artículo 18.1 CE como derecho fundamental) tenía una **doble**

³⁰ Véase la nota a pie de página 20.

³¹ Véase la nota a pie de página 21.

protección: o bien constitucional o bien civil, dependiendo del elemento que se vulnerase de este derecho.

De esta forma, la Sentencia 81/2001 del Tribunal Constitucional, Sala 2ª, cuyo ponente don Carles Viver Pi-Sunyer establece la diferenciación del derecho a la propia imagen como elemento patrimonial y como elemento constitucional:

Es cierto que en nuestro Ordenamiento —especialmente en la LPDH, de 5 de mayo, sobre protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y a la propia imagen— se reconoce a todas las personas un conjunto de derechos relativos a la explotación comercial de su imagen. Sin embargo, esa dimensión legal del derecho no puede confundirse con la constitucional, ceñida a la protección de la esfera moral y relacionada con la dignidad humana y con la garantía de un ámbito privado libre de intromisiones ajenas. La protección de los valores económicos, patrimoniales o comerciales de la imagen afectan a bienes jurídicos distintos de los que son propios de un derecho de la personalidad y por ello, aunque dignos de protección y efectivamente protegidos, no forman parte del contenido del derecho fundamental a la propia imagen del art. 18.1 CE. Dicho en otras palabras, a pesar de la creciente patrimonialización de la imagen y de "la necesaria protección del derecho a la propia imagen frente al creciente desarrollo de los medios y procedimientos de captación, divulgación y difusión de la misma" (STC 170/1987, de 30 de octubre, FJ 4), el derecho garantizado en el art. 18.1 CE, por su carácter "personalísimo" (STC 231/1988, FJ 3), limita su protección a la imagen como elemento de la esfera personal del sujeto, en cuanto factor imprescindible para su propio reconocimiento como individuo³².

Una vez establecida la diferencia, queda clara que esta doctrina no podría haberla incorporado a la demanda de Ana Claudia pues, aunque no sea evidente si se trata de proteger el elemento patrimonial o constitucional de su derecho a la propia imagen, como mínimo conllevaría dudas y es por ese motivo que he preferido citar otras sentencias que fueran hacia la misma dirección que pretendía con la demanda.

Por ello, sí que he citado en la demanda la Sentencia 2226/2014 del Tribunal Supremo, Sala 1ª, de lo Civil, como ponente don Jose Antonio Seijas Quintana, pues sienta jurisprudencia respecto a la consideración de intromisión ilegítima de acuerdo con el artículo 7.6 de la LPDH:

Considera que la publicación de la imagen del demandante no fue consentida por él, por lo que constituyó una intromisión ilegítima en la esfera personal protegida por la norma constitucional. Únicamente podía publicarse su imagen sin consentimiento del artista y con fines de mera información, pero nunca para fines publicitarios o comerciales, ya que si bien el derecho fundamental a la propia imagen puede ceder ante otro derecho del mismo rango, como el de información, en el caso que nos ocupa no puede prevalecer este último 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, de suerte que aumenta, en lugar de disminuir, la intensidad de la intromisión si, además, la persona cuya imagen se comercializa tiene carácter público³³.

Sin embargo, la Sentencia 3634/2009 del Tribunal Supremo, Sala 1ª, de lo Civil y la Sentencia 3633/2009, de la misma Sala, de 9 de junio de 2009, ambas dictadas por el mismo ponente Don Francisco Marin Castan, se basan en el hecho de que no toda obtención de beneficios económicos mediante el ejercicio de la actividad mercantil sea un fin publicitario, comercial o de naturaleza análoga del artículo 7.6 de la LPDH:

³² STC 81/2001, de 26 de marzo de 2001, Sala Segunda, FJ II. Véase Anexo 1.

³³ STS 2226/2014 de 8 de mayo de 2014, Sala de lo Civil, FJ VI. Véase Anexo 2.

Así las cosas, las imágenes enjuiciadas no son encuadrables en el art. 7.6 LO 1/82 (...) pues no son fines publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga los consistentes en obtener beneficios económicos mediante el ejercicio de la actividad mercantil propia de la empresa titular de un medio informativo, en este caso un semanario de información general³⁴.

De todo ello, podría determinarse que, para que se considere que haya un fin publicitario, comercial o análogo no basta con demostrar que hay un beneficio económico tras la utilización del nombre, voz o imagen de una persona sin su consentimiento, sino que se debe ir más allá y analizar caso por caso si realmente la intención de la utilización de ese dato personal³⁵ fue la de dar más publicidad o comercio.

2.2.2.3. Sobre la consideración de lugar privado

La discoteca Spce Ibiza Bch Club S.L. puede encuadrarse dentro de lo que se considera **lugar privado**, de acuerdo con la anterior citada Sentencia 3634/2009 del Tribunal Supremo, Sala 1ª, de lo Civil:

La interpretación del concepto "lugar abierto al público" ha de ser "finalista y no meramente literal", de suerte que no cabe entender por tal "todo aquel al que cualquier persona pueda tener acceso en un momento determinado -como, en el caso, una playa recóndita- sino el que resulta del uso normal por una generalidad de personas que acceden a él fuera del ámbito estricto de su vida privada"³⁶.

También, se ha reiterado en la Sentencia 5788/2011, Sala 1ª, de lo Civil que:

La intromisión será ilegítima si la persona ha sido fotografiada en un lugar no público o, también en un lugar público pero recóndito, apartado, de difícil acceso, buscado por la persona afectada para preservar la intimidad o determinados aspectos de su imagen³⁷.

Especialmente, la Sentencia 3633/2009 del Tribunal Supremo, Sala 1ª, de lo Civil también citada anteriormente, profundiza más en la discusión de lugar abierto o lugar cerrado y establece una serie de criterios determinantes para la consideración del sitio como privado:

Muy al contrario, las piscinas de los hoteles son lugares de acceso restringido a los clientes alojados en los mismos o que paguen por disfrutarlas, y ello comporta que la persona de notoriedad o proyección pública no tenga que soportar, con arreglo al art. 8.2 a) LO 1/82, la captación, reproducción o publicación de su imagen mientras se encuentra en la piscina de un hotel, como tampoco si se encuentra en su habitación, en los pasillos o en los salones, el bar o el comedor. En suma, y según la línea constante de la jurisprudencia de esta Sala para casos similares al aquí examinado, lo decisivo es si las imágenes se captaron cuando la persona afectada se encontraba en un lugar normalmente concurrido o, por el

³⁴ STS 3634/2009, de 12 de junio de 2009, Sala de lo Civil, FJ III; y STS 3633/2009, de 9 de junio de 2009, Sala de lo Civil, FJ II.

³⁵ Art. 4.1 Reglamento 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos): *datos personales, toda información sobre una persona física identificada o identificable («el interesado»); se considerará persona física identificable toda persona cuya identidad pueda determinarse, directa o indirectamente, en particular mediante un identificador, como por ejemplo un nombre, un número de identificación, datos de localización, un identificador en línea o uno o varios elementos propios de la identidad física, fisiológica, genética, psíquica, económica, cultural o social de dicha persona.*

³⁶ STS 3634/2009, de 12 de junio de 2009, Sala de lo Civil, FJ III. Véase Anexo 3.

³⁷ STS 5788/2011, de 21 de junio de 2011, Sala de lo Civil, FJ III.

*contrario, intentaba disfrutar de su privacidad hurtando su imagen al público. Esto último no empece que en el lugar pueda haber otras personas si resulta que el acceso está restringido o limitado, legal o socialmente, por circunstancias tales como el pago de un precio (piscinas de los hoteles o clubs privados), la pertenencia a un determinado colectivo (piscinas o jardines de urbanizaciones cerradas), la práctica de un determinado estilo de vida socialmente reconocido (playas nudistas) o la dificultad de hecho del propio acceso que, razonablemente, haga presumir que el lugar en cuestión ha sido buscado de propósito por la persona afectada para hurtar su cuerpo a la mirada de los demás (calas y playas recónditas)*³⁸.

2.2.2.4. Sobre el consentimiento expreso

Si bien es verdad que la LPDH exige un **consentimiento expreso** para entender que no hay intromisión ilegítima en su artículo 2.2 LPDH, la Sentencia del Tribunal Supremo de 363/2017, Sala 1ª, de lo Civil, ha matizado el significado de consentimiento expreso entendiéndolo como inequívoco:

*Aunque este precepto legal, en la interpretación dada por la jurisprudencia, no requiere que sea un consentimiento formal (por ejemplo, dado por escrito), sí exige que se trate de un consentimiento inequívoco, como el que se deduce de actos o conductas de inequívoca significación, no ambiguas ni dudosas*³⁹.

También, es importante ver si el consentimiento que se otorgó fue para esa finalidad determinada, como se establece en la misma sentencia:

El consentimiento a la captación, reproducción o publicación de la imagen no puede ser general, sino que ha de referirse a cada acto concreto, como se desprende de los arts. 2.2 y 8.1 de la Ley Orgánica 1/1982, lo que deriva del carácter irrenunciable que tiene este derecho, como prevé el art. 1.3 de dicha ley orgánica y es propio de su carácter de derecho fundamental.

*El control de la propia imagen que supone el derecho fundamental reconocido en el art. 18.1 de la Constitución determina que, cuando no se trata de un personaje con proyección pública, el consentimiento expreso en un determinado uso público de dicha imagen por parte de su titular no legitime cualquier otro uso público de tal imagen por parte de un tercero para el que no se haya dado ese consentimiento expreso*⁴⁰.

2.2.2.5. Sobre el establecimiento de la indemnización

El establecimiento de la **indemnización** corresponde a los Tribunales de Instancia, tal y como se establece en la ya mencionada Sentencia 2226/2014 del Tribunal Supremo, Sala 1ª, de lo Civil, del ponente Don Jose Antonio Seijas Quintana:

Esta Sala viene reiterando que la fijación de la cuantía de las indemnizaciones por resarcimiento de daños materiales o por compensación de daños morales no tiene acceso a la casación, pues corresponde a la función soberana de los tribunales de instancia sobre apreciación de la prueba (SSTS de 19 de octubre de 1990, 18 de julio de 1996, 14 de julio de 2000, 15 de marzo de 2001), solo susceptible de revisión, por error notorio o arbitrariedad, cuando existe una notoria desproporción (...) o se comete una infracción del ordenamiento en la determinación de las bases tomadas para la fijación del quantum [cuantía] (...).

³⁸ STS 3633/2009, de 9 de junio de 2009, Sala de lo Civil, FJ II.

³⁹ STS 363/2017, de 15 de febrero de 2017, Sala de lo Civil, FJ V.

⁴⁰ Véase la nota a pie de página anterior.

En este sentido, la presunción de perjuicios conlleva el establecimiento de una indemnización, junto con la posibilidad de reclamar también una compensación económica por los daños morales producidos, como se indica en la misma sentencia:

En primer lugar, partiendo de la presunción de la existencia del perjuicio establecida en el artículo 9.3 LPDH deja claro que la indemnización de los daños y perjuicios causados una vez acreditada la intromisión ilegítima comprende el daño moral, así como que este daño tiene un contenido económico o patrimonial cuando, como sucede en el caso de autos, se produce la explotación publicitaria o comercial de la reproducción o difusión de la imagen de una persona sin el consentimiento de esta.

De esta forma considera que, por un lado, declarada la intromisión ilegítima cabe compensar moralmente al demandante por haber utilizado su imagen con fines publicitarios sin su consentimiento y por otro, también resulta procedente la indemnización del perjuicio ocasionado a la sociedad creada por el artista para gestionar los derechos sobre su imagen, teniendo en cuenta que la persona cuya imagen se comercializa sin su consentimiento tiene un carácter público que acrecienta el interés económico de su difusión y permite su explotación comercial, de manera que los daños a indemnizar en este supuesto equivalen al valor patrimonial que hubiera percibido de haber autorizado la reproducción de su imagen con fines publicitarios⁴¹.

Asimismo, se indicó en la previa Sentencia de la Audiencia Provincial de Almería 1/2011, Sección 2ª, de 20 de enero de 2011, del ponente Don Manuel Espinosa Labella, donde:

Se compensa así el perjuicio material a la sociedad creada por el artista para gestionar los derechos sobre su imagen y a la vez se compensa moralmente al primero que ve retribuida así el uso de su nombre e imagen⁴².

Entonces, los parámetros a tener en cuenta para establecer la indemnización⁴³, con base en el artículo 9.3 LPDH y a la anterior Sentencia 2226/2014 del Tribunal Supremo, del ponente Don Jose Antonio Seijas Quintana, son los siguientes:

El grado de utilización publicitaria de la imagen del artista, el ámbito territorial de difusión, la duración de la campaña, el valor patrimonial de la imagen del cantante y los beneficios que se hayan podido generar con la campaña⁴⁴.

A modo de ejemplo, se encuentran desgranados los parámetros y cantidades tenidas en cuenta para la fijación de la indemnización en la anteriormente mencionada Sentencia de la Audiencia Provincial de Almería 1/2011, Sección 2ª:

Aunque la recurrente denuncia que la sentencia no determina como se ha llegado a la cantidad concedida en sentencia, sin embargo si se detallan los parámetros usados para valorar el perjuicio económico de los demandantes, concretándose en el importe de la campaña de lanzamiento del periódico (630.442 euros) publicidad exterior (136.412 euros), difusión y duración de la campaña, más el valor patrimonial de su imagen con fines publicitarios.

De la detallada argumentación de la apelante se deduce que por el valor de los contratos de la imagen del artista se podría haber otorgado contrato para esta publicación la indemnización no debería de superar la cantidad de 18.000 euros, como mucho, llegando solo a 3000 euros al no tener que hacer grabaciones ni sesión fotográfica, como consta en el contrato con NOVOTECNICA (La Voz de Almería)

⁴¹ STS 2226/2014, de 8 de mayo de 2014, Sala de lo Civil, FJ VII.

⁴² SAP de Almería 77/2011, de 20 de enero de 2011, Sección II, FJ IV.

⁴³ Maria Cristina LORENTE LÓPEZ, *Los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen en la jurisprudencia más reciente*, p. 20-23.

⁴⁴ STS 2226/2014 de 8 de mayo de 2014, Sala de lo Civil, FJ VII.

que tenía un periodo de algo más de 6 meses. Igualmente si usamos el contrato con VICEROY la cantidad a abonar sería 15.000 euros, una vez reducida la duración del contrato temporal y geográficamente pues aquel tiene ámbito nacional. (...) Por otra parte no podemos descartar un daño moral por el uso de la imagen del artista pues ha visto usada su imagen y su nombre sin consentimiento ni autorización alguna lo que sin duda debió ocasionar cierta incomodidad, que también debe añadirse al determinar el perjuicio total causado, sin perjuicio de que ese daño moral tenga menos relevancia en un personaje público, que hace un comercio legítimo de su imagen.

Por tanto, valorando en su conjunto la prueba practicada y en particular dicho informe pericial, la antigüedad de los contratos, la difusión de la imagen en la campaña que motiva este pelito, y el perjuicio moral por el uso indebido de la imagen del cantante, se considera adecuada la cantidad concedida en la sentencia de primera instancia⁴⁵.

Todo ello, se basan en la jurisprudencia del Tribunal Supremo del año 2010, STS 5075/2010, Sala 1ª, de lo Civil, ponente don Juan Antonio Xiol Rios, donde se establece⁴⁶:

Teniendo en cuenta que la fijación de la cuantía de la indemnización, que parte de la importancia notoria del medio en que se produjo la difusión, se realiza mediante una comparación con supuestos de daño moral contemplados en diversas sentencias de los tribunales, aunque no sean sobre idéntica materia, y se apoya expresamente en el hecho de que la parte demandada, pudiendo hacerlo, no aportó datos sobre determinados factores que según el artículo 9 LPDH pueden ser reveladores de la gravedad de la lesión efectivamente producida y deben ser tenidos en cuenta para la determinación del importe de la indemnización, como la difusión o audiencia del medio a través del cual se haya producido la lesión y el beneficio que haya obtenido el causante de la lesión como consecuencia de la misma (artículo 9.3 LPDH).

2.2.2.6. Sobre la condena en costas

Es importante destacar la doctrina del Tribunal Supremo respecto a la estimación sustancial o parcial de la demanda, a efectos de la condena en costas. En la STS 5222/2015, Sala 1ª de lo Civil, ponente Francisco Marin Castan se declara que:

La denominada doctrina de la «estimación sustancial» de la demanda, que si en teoría se podría sintetizar en la existencia de un «cuasi-vencimiento», por operar únicamente cuando hay una leve diferencia entre lo pedido y lo obtenido, en la práctica es de especial utilidad en los supuestos en que se ejerciten acciones resarcitorias de daños y perjuicios en los que la fijación del quantum es de difícil concreción y gran relatividad, de modo que, por razón de la misma, resulte oportuno un cálculo a priori ponderado y aproximado, con lo que se evitan oposiciones razonables por ser desproporcionadas las peticiones efectuadas y, además, se centra la reclamación en relación al valor del momento en que se formula, dejando la previsión de la actualización respecto del momento de su efectividad, a la operatividad de la modalidad que se elija de las varias que en la práctica son posibles⁴⁷.

Todo ello, de acuerdo con lo previsto en el art. 394 LEC y la equidad, como se establece en la STS 6488/2003, Sala de lo Civil, ponente Roman Garcia Varela:

Esta Sala tiene declarado en numerosas sentencias, de ociosa cita, que para la aplicación del principio general del vencimiento ha de considerarse que el ajuste del fallo a lo pedido no ha de ser literal sino sustancial, de modo que, si se entendiera que la desviación en aspectos meramente accesorios debería excluir la condena en costas, ello sería contrario a la equidad, como justicia del caso concreto, al determinar que tuvo necesidad de pagar una parte de las costas quien se vio obligado a seguir un proceso para ser realizado su derecho, lo que, por lo antes explicado, determina el perecimiento de este apartado⁴⁸.

⁴⁵ SAP de Almería 77/2011, de 20 de enero de 2011, Sección II, FJ V.

⁴⁶ STS 5075/2010, de 8 de julio de 2017, Sala de lo Civil, FJ VI.

⁴⁷ STS 5222/2015, de 14 de diciembre de 2015, Sala de lo Civil, FJ VIII.

⁴⁸ STS 6488/2003, de 21 de octubre de 2003, Sala de lo Civil, FJ II.

2.2.3. Redacción de los fundamentos de derecho de carácter adjetivo

I. JURISDICCIÓN

Son competentes los Tribunales españoles pues, al amparo del artículo 22 quinquies b) de la Ley Orgánica del Poder Judicial (a partir de ahora, LOPJ), el hecho dañoso en el que se fundamenta la demanda ha tenido lugar en territorio español. La Jurisdicción correspondiente es la Civil, pues conforme al artículo 9.2 LOPJ, los Tribunales y Juzgados del orden civil conocerán, además de las materias que le son propias, de todas aquellas materias que no estén atribuidas a otro orden jurisdiccional.

II. COMPETENCIA

Tienen competencia territorial para este asunto los Juzgados de Primera Instancia pues tienen competencia de todos los asuntos civiles que no se hallen atribuidos a otros tribunales por disposición legal expresa, según el artículo 45.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (en adelante, LEC). Concretamente, será el Juzgado de Primera Instancia de Barcelona, al ser el domicilio de la demandante, de acuerdo con el artículo 51.1.6º de la LEC conjuntamente con el artículo 53.2 LEC.

III. CAPACIDAD DE LAS PARTES

Mi mandante ostenta capacidad para ser parte en el presente procedimiento y comparecer en juicio conforme a lo dispuesto en el artículo 6 apartado 1º junto con el artículo 10 de la LEC, al ser persona física titular del bien jurídico protegido. También es así por parte de las demandadas, pues son personas jurídicas, que serán representadas por sus representantes legales, de acuerdo con los artículos 6.1.3º de la LEC y artículo 7, apartado 4º de la LEC.

IV. LEGITIMACIÓN ACTIVA Y PASIVA

Existe legitimación activa por mi mandante al ser titular de un derecho subjetivo, según el artículo 10 LEC. Asimismo, del citado artículo se desprende la legitimidad pasiva de las demandadas pues se trata, por un lado, de la mercantil que tomó las fotografías objeto de este procedimiento y, posteriormente, cedió a la productora británica.

V. REPRESENTACIÓN PROCESAL Y DEFENSA TÉCNICA

Esta parte decide servirse de los servicios de defensa letrada y representación procesal, según lo establecido en los artículos 23 y 31 LEC.

VI. PROCEDIMIENTO

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 53, apartado 2 de la Constitución Española, y en el artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1982 de protección civil del derecho al honor,

a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (en adelante, LPDH), el tipo de juicio por el que debe ventilarse el presente procedimiento es el juicio ordinario⁴⁹, al tratarse de la tutela del derecho a la propia imagen, recogido en la Sección primera del Capítulo segundo de la Constitución, basado en los principios de preferencia y sumariedad. Todo ello, conforme al artículo 249.1. 2º de la LEC.

VII. CUANTÍA DEL PROCEDIMIENTO

A efectos de lo que se dispone en el artículo 253 de la LEC, la cuantía de la demanda es de 70.000 euros.

⁴⁹ Maria E. ROVIRA SUEIRO, *La protección jurisdiccional civil de los derechos fundamentales de la persona en la nueva LEC*, p. 7-16.

2.2.4. Redacción formal de la demanda

2.2.4.1. Inicio de la demanda

AL JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº 1 DE BARCELONA

Don Ian Caldentey Garcia, Procurador de los Tribunales, cuya representación será acreditada mediante comparecencia *apud acta* a efectuar en el Juzgado el día señalado al efecto de designa, poder nombre y representación de Ana Claudia Pérez, con DNI 41235678-G, con domicilio social en Carrer Social 3, 1º, 2ª, 08014 Barcelona, bajo la defensa de la **Letrada del Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona, Doña Karen Bitton Fernández**, colegiada 21.051, ante el Juzgado comparezco y como mejor proceda en Derecho **DIGO**:

Que mediante el presente escrito formulo **DEMANDA DE JUICIO ORDINARIO de tutela al derecho a la propia imagen**, al amparo del art. 53.2 de la Constitución Española y en el art. 9 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (LPDH) contra:

1. La mercantil **SPCE IBIZA BCH CLUB SL**, con CIF B-874793X, y con domicilio social en Carrer Calderón, 5º, Código Postal 24879 Ibiza, España.
2. La mercantil **A RECORDS LTD**, provista de CIF 9764XK, y con domicilio social en Calle Wright Street, 57, 2º piso, UK 34969, Reino Unido.

Con base en los siguientes:

2.2.4.2. Solicito de la demanda

AL JUZGADO SOLICITO que tenga por presentado este escrito de **DEMANDA DE JUICIO ORDINARIO DE TUTELA AL DERECHO A LA PROPIA IMAGEN**, junto con los documentos que se acompañan y sus copias, contra **SPCE IBIZA BCH CLUB S.L.** y **A RECORDS LTD.**, se sirva en admitirla a trámite y, en su virtud, se dicte sentencia, estimando la demanda, por la que:

1º Se declare que, por parte de las dos mercantiles demandadas **SPCE IBIZA BCH CLUB S.L.** y **A RECORDS LTD.**, ha habido una intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen de la modelo Ana Claudia.

2º Se condene a ambas mercantiles al pago solidario de la indemnización por los daños y perjuicios causados de 70.000 euros.

3º Se condene a las mercantiles a eliminar la imagen central de la campaña publicitaria objeto de este procedimiento y a mantenerlo así en el futuro.

4º Se condene a las dos mercantiles a la publicación total de la sentencia condenatoria, a su costa, con al menos la misma difusión pública que tuvo la intromisión sufrida.

5º Se condene a las mercantiles demandadas al pago de las costas procesales.

el que se despache ejecución contra SPCE IBIZA BCH CLUB S.L. y A RECORDS LTD.

Subsidiariamente, que se condene a ambas mercantiles al pago solidario de la indemnización que resulte de la prueba pericial⁵⁰.

OTROSÍ DIGO PRIMERO que interesa a esta parte, con el fin de asegurar el resultado de la sentencia estimatoria que eventualmente se dicte, la adopción de la MEDIDA CAUTELAR del cese de la publicación de la imagen objeto del proceso, de acuerdo con el artículo 9.2 LPDH y 730 LEC, por razones de peligro en la demora y apariencia de buen derecho de la pretensión principal, prestando debida caución para ello⁵¹.

En su virtud,

AL JUZGADO SOLICITO se acuerde dicha medida cautelar para asegurar la efectividad de la tutela judicial que pudiera otorgarse en la sentencia estimatoria que recayere en juicio.

En Barcelona, a diez de junio de dos mil siete.

Let. Karen Bitton Fernández
Colegiada ICAB 21.051

Proc. Ian Caldentey Garcia

⁵⁰ Fernando GASCÓN INCHAUSTI, *Estimación parcial pero sustancial de la demanda y condena en costas*.

⁵¹ Agustín MACÍAS CASTILLO, *Las medidas cautelares y la protección de la propia imagen: el caso Telma Ortiz*, p. 187-192.

2.2.5. Proposición de prueba e instructa y listado de preguntas a realizar

Juzgado de 1ª Instancia núm. 10 de Barcelona
Procedimiento Ordinario núm. 21/2007

AL JUZGADO

Don Ian Caldentey Garcia, Procurador de los Tribunales y de Ana Claudia Pérez, con DNI 41235678-G, con domicilio social en Carrer Social 3, 1º, 2ª, 08014 Barcelona, según tengo debidamente acreditado en los autos de Juicio Ordinario al margen referenciados, ante el Juzgado, como mejor proceda en Derecho, **DIGO:**

Que habiéndose convocado a las partes mediante Diligencia de Ordenación de fecha 4 de abril de 2007 a la celebración de la Audiencia Previa al Juicio Ordinario en el día de hoy, de acuerdo con el artículo 218 LEC, por medio del presente escrito esta parte pasa a proponer los medios prueba de los que pretende valerse, para el supuesto de que no hubiese acuerdo de las partes para finalizar el litigio ni exista conformidad sobre los hechos,

MEDIOS DE PRUEBA

- I. **INTERROGATORIO DE PARTE**, consistente en el interrogatorio de parte de la legal representante de la mercantil A Records Ltd.
- II. **DOCUMENTAL**,
 - Consistente en tener por reproducidos los documentos aportados por esta parte junto al escrito de demanda.
 - Consistente en el acuerdo de cesión de marca existente entre la discoteca Spce Ibiza Bch Club S.L. y la productora británica A Records Ltd, de

acuerdo con lo previsto en el artículo 265.3 LEC, a efectos de acreditar que la discoteca se encargaba de la captación y cesión de las fotografías mientras que la productora gestionaba el diseño, utilizaba las imágenes cedidas y publicaba el vídeo, en nombre de la discoteca.

- Consistente en la declaración por escrito de la discoteca Uzhuaya Ibiza S.L. sobre la existencia de negociaciones con mi mandante y los términos de dicha negociación con el fin de poder valorar el lucro cesante, según los términos del artículo 381 LEC.
- Consistente en la grabación de la discoteca Spce Ibiza Bch Club S.L. de la noche en que se realizaron esas fotografías para poder demostrar que se hicieron dentro de la discoteca por miembros del personal, en la sala VIP, de acuerdo con el artículo 270.1.2º LEC.
- Consistente en el auto de admisión a trámite de la demanda formulada por don Francisco Gimenez del Pino,
- Consistente en la declaración por escrito de la empresa gestora Ibiza Business Services S.L. sobre la relación de ventas de entradas y de clientes de agosto 2005 a julio 2006, y de agosto 2006 a julio 2007 para comparar si ha subido la popularidad y los clientes de la discoteca gracias a la campaña publicitaria, de acuerdo con el artículo 381 de la LEC, ya que la discoteca atiende externalizados los servicios contables.

III. **PERICIAL**, consistente en la comparecencia del perito Don José Maria Alavés Puentes para que exponga ante el Tribunal el contenido de su dictamen, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 265.3 LEC, en su domicilio profesional en calle Lugo 9, piso 1, 08012 Barcelona. Se solicita su citación por parte del Tribunal.

* ¿Qué parámetros a usted tenido en cuenta para determinar cuál era el valor de Ana Claudia en el verano de 2006?

* ¿En qué medida ha usted utilizado el contrato anterior aportado por Ana Claudia para la valoración?

* ¿Qué efectos tiene el número de ventas y el valor del precio del disco a efectos de valoración de la imagen?

* Finalmente, ¿cuál es el valor que considera que tenía la imagen de Ana Claudia en el momento en que se produjo la intromisión ilegítima?

IV. **TESTIFICAL**, a fin de que sean examinadas como testigos las personas que se mencionan a continuación y que deberán ser citadas judicialmente:

- **Don Marc Fonts Garcia**, con DNI 87654247-X, con domicilio en Carrer Xènia 3, 23456 Ibiza, personal de seguridad en la discoteca, con el fin de acreditar que es el mismo personal de la discoteca quien tomó las fotografías. Se solicita su citación por parte del Tribunal.

* ¿Usted trabajó la noche del 24 de junio de 2006 en la discoteca Spce Ibiza Bch Club?

* ¿Sabe si la discoteca contrató a personal externo para que realizaran las fotografías del evento?

* ¿Sabe si algún fotógrafo independiente, agencia o tercero solicitó a la discoteca hacer las fotografías esa noche?

* ¿Suele la dirección de la discoteca contratar o dejar fotógrafos que realicen las fotografías en su discoteca?

- **Doña Noah Mergui**, con DNI 98765432-F, con domicilio en Carrer Paris 4, 08029 Barcelona, modelo con proyección pública a efectos de demostrar que los miembros de la discoteca realizaban las fotografías sin consentimiento tácito ni recíproco por parte de los clientes. Se solicita su citación por parte del Tribunal.

* ¿Usted estuvo la noche de San Juan, 23 de junio, del 2006 en la discoteca Spce Ibiza Bch Club?

* ¿Cómo se enteró de que su imagen aparecía en un disco promocional de la discoteca?

* ¿Alguien le solicitó si podría incluir su imagen en el disco mencionado?

* ¿Estaba usted también en la zona VIP de la discoteca?

* ¿Acaso sabía que le habían tomado fotografías esa noche?

* ¿Nadie se le acercó para preguntarle, por palabras o por gestos, si podrían tomarle una fotografía?

En su virtud,

AL JUZGADO SUPPLICO que tenga por presentado este escrito, lo admita y una a los autos de su razón, por propuestos los medios de prueba de los que pretende valerse esta parte en el Acto de Juicio Ordinario y en sus méritos los admita y acuerde lo conducente para su práctica.

Barcelona, a doce de julio de 2007.

Let. Karen Bitton Fernández
Colegiada ICAB 21.051

Proc. Ian Caldentey Garcia

2.2.6. Cuestiones planteadas por el cliente

2.2.6.1. Probabilidad de éxito

La jurisprudencia ha fallado a favor de aquellas personas en las que se encontraban en una situación similar a la que usted, Ana Claudia, está exponiendo en la demanda.

Es por eso que, aunque depende del criterio del Juez que lleva el caso y de la valoración de la prueba, nosotros hemos acreditado que se trataban de fotografías que se realizaron sin tu consentimiento y tuvieron lugar dentro del establecimiento. A diferencia de la estrategia de defensa de la propia discoteca, que alegaba la realización de las fotografías fuera del recinto, por personal totalmente ajeno a la discoteca y consentidas por tu parte.

Quedamos a la espera de la resolución judicial para ver cuál ha sido la interpretación del juez de los hechos y de la valoración de la prueba, para conocer el fallo de esta.

2.2.6.2. Coste del procedimiento

En líneas generales, el coste derivado del presente proceso ordinario es el siguiente:

En concepto de honorarios de la abogada, se concierta que la cuota litis será de un 25% sobre la cuantía obtenida en la sentencia y, como mínimo, de 3.000 euros, con gastos de IVA, gastos u otros servicios no incluidos. Para ello, será necesario acudir al notario para apoderar tanto a la abogada como al procurador, y tendrá un coste aproximado de 50 euros. Este poder se podrá conferir con efectos generales para cualquier otro pleito que surja en el futuro o especiales, únicamente para el presente proceso. En caso de querer evitar los costes del notario, también es posible comparecer en el Juzgado competente y, ante el Letrado de la Administración de Justicia, apoderar *apud acta*.

Además, los relativos al procurador, dependerá de los gastos en que se hayan incurrido según lo dispuesto en el Real Decreto 1373/2003 de arancel de derechos de los procuradores de los tribunales⁵².

Relativo a las pruebas, el único coste deriva de la solicitud del dictamen pericial para la valoración de su imagen en el momento en que sucedieron los hechos.

2.2.6.3. Posibilidad de obtener condena en costas

En el caso de que la demanda interpuesta en el Juzgado de Primera Instancia **se estime en todas sus pretensiones**, usted no será condenada en costas de acuerdo con el principio de vencimiento establecido en el artículo 394 LEC. También se entenderá que ha visto estimadas

⁵² Real Decreto 1373/2003, de 7 de noviembre, por el que se aprueba el arancel de derechos de los procuradores de los tribunales.

sus pretensiones en el caso de que el Juez las aprecie de forma sustancial, es decir, si el Juez condena a la discoteca al pago de una indemnización por daños y perjuicios, pero la cuantía que considera adecuada es distinta a la solicitada pero la diferencia no es desproporcionada, de acuerdo con la doctrina de la estimación sustancial.

Por el contrario, hay dos situaciones en las que sí que podría ser condenada en costas:

- a) **Si se estima parcialmente la demanda**, es decir, sólo se estiman algunas de las pretensiones: cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las que sean comunes por la mitad, salvo que existieran méritos para imponer las costas a una de ellas por haber litigado con temeridad.
- b) **Si se desestima totalmente la demanda**, ósea que no se estima ninguna pretensión de la demanda: deberá abonar todas las costas causadas en primera instancia, conocido como principio de vencimiento, excepto si se aprecia que el caso presentaba serias dudas de hecho o de derecho. Concretamente, el Juez podrá entender que hay serias dudas de hecho o derecho conforme la jurisprudencia recaída en casos similares.

En los casos en que usted sea finalmente condenada en costas, se tasarán las costas causadas a su instancia y a la parte contraria, sin que puedan exceder de un tercio total de la cuantía de la demanda (70.000 euros), es decir, de aproximadamente 23.333 euros, de la parte que corresponda a los abogados, procuradores y otros profesionales que no estén sujetos a tarifa o arancel (a excepción de que el Tribunal declare la temeridad del condenado en costas). Es por ese motivo que finalmente establecimos una cuantía determinada pues, aun tratándose de un aspecto intangible como es el derecho de imagen, podríamos fijar la cuantía de la indemnización como cuantía de la demanda.

De lo contrario, de haber indicado una cuantía indeterminada, si viésemos estimadas todas las pretensiones, la parte condenada al pago de las costas sólo pagaría un máximo de 18.000 euros en concepto de costas, salvo que el Juez considerase otra cantidad de acuerdo con la complejidad del asunto.

En el caso en que usted hubiera obtenido el beneficio de asistencia jurídica gratuita, estará dispensada del pago de las costas cuando se le condene en este sentido siempre y cuando en el plazo de tres años siguientes a tal pronunciamiento no experimente una mejora de fortuna. No obstante, la parte favorecida en costas las puede tasar, pero no podrá requerir su pago.

2.2.6.4. Posibilidad de recurso y ante qué instancias

Una vez dictada la sentencia por el Juzgado de Primera Instancia, cabe interponer **recurso de apelación**, regulado en los artículos 455 y ss de la LEC. Se deberá interponer ante el mismo tribunal en el plazo de veinte días desde el día siguiente a la notificación de la sentencia dictada.

En este recurso, se podrán alegar dos motivos: la infracción de normas o de garantías procesales en la primera instancia, según el artículo 459 LEC, si acreditó la denuncia oportuna de la infracción si tuvo oportunidad procesal para hacerla. Sólo podrá solicitarse determinadas pruebas previstas en el artículo 460 LEC. La celebración de la vista dependerá según los casos previstos en los artículos 464 y 465 LEC, y finalmente se resolverá el recurso de apelación mediante sentencia en el plazo de 10 días desde la vista o, en su defecto, un mes desde el día siguiente al que se hubieran recibido los autos en el Tribunal competente para la apelación.

Tras dictar la sentencia resolviendo el recurso de apelación, cabe interponer conforme al artículo 466 LEC recurso extraordinario por infracción procesal y/o recurso de casación siempre que este último se funde en infracciones o cuestiones distintas a las del primer recurso.

Por un lado, **el recurso extraordinario por infracción procesal**, regulado en los artículos 468 y ss LEC, se interpondrá ante la misma Audiencia Provincial que hubiera resuelto el recurso de apelación en el plazo de 20 días desde su notificación y se resolverá por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en este caso, Sala de lo Civil. Sólo podrá fundarse este recurso, cuando previamente se hubiera denunciado esa infracción en la primera y segunda instancia, por los siguientes motivos:

1. Infracción de las normas sobre jurisdicción y competencia objetiva o funcional.
2. Infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia.
3. Infracción de las normas legales que rigen los actos y garantías del proceso cuando la infracción determine la nulidad conforme a la ley o hubiere podido producir indefensión.
4. Vulneración, en el proceso civil, de derechos fundamentales reconocidos en el artículo 24 de la Constitución.

Por otro lado, **el recurso de casación**, previsto en los artículos 477 y ss LEC, sólo podrá interponerse en tres casos distintos:

1. Cuando se dictaran para la tutela judicial civil de derechos fundamentales, excepto los que reconoce el artículo 24 de la Constitución.
2. Siempre que la cuantía del proceso excediere de 600.000 euros.
3. Cuando la cuantía del proceso no excediere de 600.000 euros o este se haya tramitado por razón de la materia, siempre que, en ambos casos, la resolución del recurso presente interés casacional.

En el caso que nos ocupa, si el Juzgado de Primera Instancia de Barcelona no estimase nuestra demanda, cabría la interposición del **recurso de apelación** por parte de mi mandante

Ana Claudia si se diera alguno de los motivos para los que se prevé el recurso. Además, si fuese necesario, interponer el **recurso de casación** al tratarse de la tutela judicial del derecho a la propia imagen, como derecho fundamental; y el **recurso extraordinario por infracción procesal** si se diese alguno de los motivos expuestos.

También, es importante tener en cuenta que los mismos recursos podría interponer cualquiera de las partes demandadas si vieran desestimadas sus pretensiones en la contestación y/o reconvención, por lo que sería necesario contestar a dichos recursos para conseguir del Tribunal correspondiente el mismo pronunciamiento que el Juzgado de Primera Instancia.

3. CONCLUSIONES

- I- Considero que ha habido una clara **intromisión ilegítima** al derecho a la propia imagen de la señora Ana Claudia por parte de la discoteca Spce Ibiza Bch Club S.L., por la utilización de la imagen con fines publicitarios. Sin embargo, he incluido esta petición como subsidiaria en el caso de que se desestimase la concurrencia de culpas entre la discoteca y la productora A Records Ltd., por el hecho anterior y la reproducción y utilización de la imagen de mi mandante.
- II- Todo ello, porque se entiende que no ha habido consentimiento para la captación ni posterior utilización de la imagen como portada del disco publicitario, pues se requiere un **consentimiento específico** para cada finalidad.
- III- No cabe apreciar la excepción del art. 8.2 LPDH pues, aun tratándose de una persona con proyección pública, se entiende que **la discoteca es un lugar cerrado** o privado al público de acuerdo con los parámetros establecidos por la jurisprudencia en estos últimos años.
- IV- A efectos de acreditar estos hechos, en la **instructa** se detallan las pruebas de las que esta parte se ha valido, admitiéndose por el Juez la prueba testifical y la prueba documental (incluyendo aquellos documentos que no aparecían en la demanda, pero que se solicitan a través de los cauces procesales oportunos) pero dudando de la admisión de la prueba pericial, al no haberse ni citado en la demanda que se aportaría un dictamen de un profesional para valorar la imagen de mi mandante.
- V- En consecuencia, debe establecerse una **indemnización por los daños y perjuicios** causados a Ana Claudia teniendo en cuenta la difusión en términos internacionales, la duración de un año de campaña, los grandes beneficios generados por esta, las ganancias que ha dejado de obtener debido a esa intromisión ilegítima y especialmente el valor de su imagen en ese momento, pues por ello entra en juego la dimensión patrimonial del derecho a la propia imagen, que goza de una protección distinta a su dimensión constitucional.
- VI- Una vez se dicte sentencia, presumiblemente a favor de mi mandante por los hechos que se describen, la discoteca podría interponer **recurso** de apelación y, en caso de desestimarse, de casación al tratarse de la tutela judicial de un derecho fundamental, pero considero que sólo se podría cambiar el fallo de la sentencia dictada en Primera Instancia si hubiese un cambio jurisprudencial respecto a la consideración de la discoteca como lugar privado o del consentimiento necesario.

EMISIÓN DEL DICTAMEN

Estimada Sra. Ana Claudia,

Una vez analizada la situación objeto del presente dictamen, valoradas las posibilidades de acudir a juicio y todas las pruebas que se podrían aportar, es conveniente interponer demanda declarativa de juicio ordinario pues la jurisprudencia ha fallado a favor de aquellas personas demandantes en un proceso en el que se enjuiciaba una intromisión ilegítima, protegida por el art. 7 LPDH, similar a la que le han causado.

Para ello, es importante recabar documentación adicional, así como el examen pericial de un profesional experto en la determinación de la valoración de su imagen en el momento en que tuvieron lugar los hechos para que sirva como parámetro para tasar la indemnización que se vaya a solicitar por los daños y perjuicios; y, en el caso de que no fuese posible obtener dicho examen pericial en el momento de interponer la demanda, al menos designar el perito que se encargue de ello conforme al art. 265 LEC. También, podría aportarse la oferta de contrato que recibió de otra discoteca de la misma zona con el fin de poder valorar el lucro cesante o la oferta de contrato de Spce Ibiza Bch Club S.L. a usted misma, por la que se pueda demostrar que existían previas negociaciones.

Si bien es verdad que no es necesario solicitar la prueba testifical en la demanda, debería ponerse en contacto con los acompañantes con los que acudió a la discoteca esa noche o incluso de otros clientes de la discoteca que también asistieron y/o que aparecieran en el vídeo, de entre los cuales alguien también ejerciera una profesión con proyección pública y que hubiera visto su imagen en la campaña publicitaria sin prestar consentimiento, como usted.

Pero no sólo es necesario recoja más pruebas, sino que además es recomendable solicitar en la misma demanda una serie de documentación de la que dispone la discoteca Spce Ibiza Bch Club S.L. como la grabación de la noche en que se realizaron esas fotografías para demostrar que se hicieron dentro de la discoteca por miembros del personal en la sala VIP, la relación de ventas de entradas y de clientes de agosto 2005 a julio 2006, y de agosto 2006 a julio 2007 para comparar si ha incrementado la popularidad y los clientes de la discoteca gracias a la campaña publicitaria.

Todo ello, sin olvidarse de la documentación a solicitar en la demanda por parte de la productora británica A Records Ltd. En concreto, el índice de ventas tras el lanzamiento de la campaña publicitaria y el acuerdo del derecho de cesión de marca entre la discoteca y la productora británica para ver los términos de la negociación.

Con todas estas potenciales pruebas más la documentación de la que ya dispone, se estaría acreditando que se trataban de fotografías que se realizaron sin su consentimiento y tuvieron lugar dentro del establecimiento; a diferencia de la estrategia que llevase la defensa de la propia

discoteca, que alegaría la realización de las fotografías fuera del recinto, por personal totalmente ajeno a la discoteca y consentidas por su parte.

Aunque depende del criterio del Juez y de la valoración que realice de la prueba, mediante la judicialización del asunto podría obtener la declaración de intromisión ilegítima de la discoteca Spce Ibiza Bch Club S.L. y de la productora británica A Records Ltd., una indemnización por los daños y perjuicios causados, la eliminación de su imagen central de la campaña publicitaria objeto de este procedimiento y mantenerlo así en el futuro, junto con la publicación total de la sentencia condenatoria, a costa de las dos demandadas, con al menos la misma difusión pública que tuvo la intromisión sufrida y el pago de las costas procesales por las mercantiles demandadas, aunque se tratase de una estimación parcial pero sustantiva de la demanda.

Barcelona, a doce de julio de 2007.

Let. Karen Bitton Fernández

BIBLIOGRAFÍA

CEBALLOS DELGADO, José Miguel. *Aspectos generales del derecho a la propia imagen* [en línea]. [Consulta: 6 de septiembre de 2018]. <<https://bit.ly/2QjgZ2I>>.

GASCÓN INCHAUSTI, Fernando. *Estimación parcial pero sustancial de la demanda y condena en costa* [en línea]. [Consulta: 20 de noviembre de 2018]. <<https://bit.ly/2zjg1cL>>.

LORENTE LÓPEZ, Maria Cristina. *Los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen en la jurisprudencia más reciente* [en línea]. [Consulta: 6 de septiembre de 2018]. <<https://goo.gl/H32qte>>.

MACÍAS CASTILLO, Agustín. *Las medidas cautelares y la protección de la propia imagen: el caso Telma Ortiz* [en línea]. Salamanca. [Consulta: 11 de noviembre de 2018]. <<https://goo.gl/fH5CbW>>.

ROVIRA SUEIRO, Maria E. *La protección jurisdiccional civil de los derechos fundamentales de la persona en la nueva LEC* [en línea]. Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña. A Coruña: 2002. [Consulta: 23 de septiembre de 2018]. <<https://goo.gl/h1aghf>>.

VERDA Y BEAMONTE, José Ramón de. *Los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen como límites del ejercicio de los derechos fundamentales de información y de expresión: ¿una nueva sensibilidad de los tribunales?* [en línea]. Valencia: 2015. [Consulta: 29 de septiembre de 2018]. <<https://goo.gl/f3GdbZ>>.

Jurisprudencia:

Sentencia del Tribunal Constitucional 81/2001 (Sala 2ª), de 26 de marzo de 2001 (recurso 922/1998).

Sentencia del Tribunal Supremo 363/2017 (Sala Civil), de 15 de febrero de 2017 (recurso 3361/2015).

Sentencia del Tribunal Supremo 5222/2015 (Sala Civil), de 14 de diciembre de 2015 (recurso 2833/2013).

Sentencia del Tribunal Supremo 3848/2014 (Sala Civil), de 23 de septiembre de 2014 (recurso 1285/2012).

Sentencia del Tribunal Supremo 2226/2014 (Sala Civil), de 8 de mayo de 2014 (recurso 746/2011).

Sentencia del Tribunal Supremo 5731/2012 (Sala Civil), de 24 de julio de 2012 (recurso 280/2010).

Sentencia del Tribunal Supremo 2753/2012 (Sala Civil), de 18 de abril de 2012 (recurso 800/2009).

Sentencia del Tribunal Supremo 5788/2011 (Sala Civil), de 21 de junio de 2011 (recurso 398/2009).

Sentencia del Tribunal Supremo 5075/2010 (Sala Civil), de 8 de julio de 2010 (recurso 1990/2007).

Sentencia del Tribunal Supremo 3279/2010 (Sala Civil), de 2 de junio de 2010 (recurso 1138/2007).

Sentencia del Tribunal Supremo 3634/2009 (Sala Civil), de 12 de junio de 2009 (recurso 2451/2005).

Sentencia del Tribunal Supremo 3633/2009 (Sala Civil), de 9 de junio de 2009 (recurso 2292/2005).

Sentencia del Tribunal Supremo 6488/20003 (Sala Civil), de 21 de octubre de 2003 (recurso 1498/1999).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Almería 77/2011 (Sala Civil, Sección 2ª), de 20 de enero de 2011 (recurso 323/2009).

Legislación:

Reglamento 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos. (DOUE [en línea], núm. 119, 04-05-2016, pág. 1 a 88). <<https://bit.ly/2R5tig2>>. [Consulta: 29 de septiembre de 2018].

Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. (BOE [en línea], núm. 157, 02-07-1985, pág. 20632 a 20678). <<https://bit.ly/1cBJyQw>>. [Consulta: 22 de septiembre de 2018].

Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. (BOE [en línea], núm. 115, 03-06-1982, pág. 12546 a 12548). <<https://bit.ly/2mlrMdI>>. [Consulta: 22 de septiembre de 2018].

Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. (BOE [en línea], núm. 7, 08-01-2000, pág. 575 a 728). <<https://bit.ly/2ruhPgL>>. [Consulta: 22 de septiembre de 2018].

Real Decreto 1373/2003, de 7 de noviembre, por el que se aprueba el arancel de derechos de los procuradores de los tribunales (BOE [en línea], núm. 278, 21/11/2003, pág. 41054 a 41065). <<https://bit.ly/2S2fPWj>>. [Consulta 19 de noviembre de 2018].

ANEXOS

ANEXO 1. Sentencia 81/2001 del Tribunal Constitucional, Sala 2ª, cuyo ponente don Carles Viver Pi-Sunyer

En su dimensión constitucional, el derecho a la propia imagen consagrado en el art. 18.1 CE se configura 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 puede tener difusión pública. La facultad otorgada por este derecho, en tanto que derecho fundamental, consiste en esencia en 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.

En la Constitución española ese derecho se configura como un derecho autónomo, aunque ciertamente, en su condición de derecho de la personalidad, derivado de la dignidad y dirigido a proteger el patrimonio moral de las personas, guarda una muy estrecha relación con el derecho al honor y, sobre todo, con el derecho a la intimidad, proclamados ambos en el mismo art. 18.1 del Texto constitucional. No cabe desconocer que mediante la captación y publicación de la imagen de una persona puede vulnerarse tanto su derecho al honor como su derecho a la intimidad. Sin embargo, lo específico del derecho a la propia imagen es la protección frente a las reproducciones de la misma que, afectando a la esfera personal de su titular, no lesionan su buen nombre ni dan a conocer su vida íntima. El derecho a la propia imagen pretende salvaguardar un ámbito propio y reservado, aunque no íntimo, frente a la acción y conocimiento de los demás; un ámbito necesario para poder decidir libremente el desarrollo de la propia personalidad y, en definitiva, un ámbito necesario según las pautas de nuestra cultura para mantener una calidad mínima de vida humana (STC 231/1988, de 2 de diciembre, FJ 13). Ese bien jurídico se salvaguarda reconociendo la facultad para evitar la difusión incondicionada de su aspecto físico, ya que constituye el primer elemento configurador de la esfera personal de todo individuo, en cuanto instrumento básico de identificación y proyección exterior y factor imprescindible para su propio reconocimiento como sujeto individual (SSTC 231/1988, de 2 de diciembre, FJ 3, y 99/1994, de 11 de abril, FJ 5).

En la medida en que la libertad de la persona se manifiesta en el mundo físico por medio de la actuación de su cuerpo y de las características del mismo, es evidente que con la protección constitucional de la imagen se preserva no sólo el poder de decisión sobre los fines a los que hayan de aplicarse las manifestaciones de la persona a través de su imagen (STC 117/1994, de 25 de abril, FJ 3), sino también una esfera personal y, en este sentido, privada, de libre determinación y, en suma, se preserva el valor fundamental de la dignidad humana. Así, pues, lo que se pretende con este derecho, en su dimensión constitucional, es que los individuos puedan decidir qué aspectos de su persona desean preservar de la difusión pública, a fin de garantizar un ámbito privativo para el desarrollo de la propia personalidad ajeno a injerencias externas.

(...) Por el contrario, sí conviene destacar que, de lo que llevamos dicho se desprende que, como ya se apuntó en la STC 231/1988, FJ 3 y, sobre todo, en la STC 99/1994, el derecho constitucional a la propia imagen no se confunde con el derecho de toda persona a la explotación económica, comercial o publicitaria de su propia imagen, aunque obviamente la explotación comercial incontestada —e incluso en determinadas circunstancias la consentida— de la imagen de una persona puede afectar a su derecho fundamental a la propia imagen.

Es cierto que en nuestro Ordenamiento —especialmente en la LPDH, de 5 de mayo, sobre protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y a la propia imagen— se reconoce a todas las personas un conjunto de derechos relativos a la explotación comercial de su imagen. Sin embargo, esa dimensión legal del derecho no puede confundirse con la constitucional, ceñida a la protección de la esfera moral y relacionada con la dignidad humana y con la garantía de un ámbito privado libre de intromisiones ajenas. La protección de los valores económicos, patrimoniales o comerciales de la imagen afectan a bienes jurídicos distintos de los que son propios de un derecho de la personalidad y por ello, aunque dignos de protección y efectivamente protegidos, no forman parte del contenido del derecho fundamental a la propia imagen del art. 18.1 CE. Dicho en otras palabras, a pesar de la creciente patrimonialización de la imagen y de "la necesaria protección del derecho a la propia imagen frente al creciente desarrollo de los medios y procedimientos de captación, divulgación y difusión de la misma" (STC 170/1987, de 30 de

octubre, FJ 4), el derecho garantizado en el art. 18.1 CE, por su carácter "personalísimo" (STC 231/1988, FJ 3), limita su protección a la imagen como elemento de la esfera personal del sujeto, en cuanto factor imprescindible para su propio reconocimiento como individuo.

Anexo 2. Sentencia 2226/2014 del Tribunal Supremo, Sala 1ª, de lo Civil, como ponente don Jose Antonio Seijas Quintana

Es facultad exclusiva del interesado difundir o publicar su propia imagen y, por ende, a quien corresponde la facultad de evitar su reproducción, en tanto que se trata de un derecho de la personalidad, cuya reproducción no autorizada 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 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" (SSTC 26 de marzo 2001; 27 de abril 2010). (...)

En particular, 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 de algunos. (...)

Que la imagen y el nombre del demandante no se utilizó en el periódico para dar a conocer el cierre de la gira del artista sino a los solos fines de promocionar y dar publicidad a un periódico de nuevo lanzamiento, dado que este hecho, aunque noticiable y de interés público, se produce mucho después de que se creara la portada y además dicha portada nunca formó parte de ningún periódico real ya que fue el ejemplar cero. De ahí que habiéndose utilizado la imagen y el nombre del demandante en la campaña de lanzamiento del nuevo diario para dar publicidad y promocionar su venta al público sin contar con su consentimiento, concluye que se ha producido una intromisión ilegítima en su derecho a la imagen.

Considera que la publicación de la imagen del demandante no fue consentida por él, por lo que constituyó una intromisión ilegítima en la esfera personal protegida por la norma constitucional. Únicamente podía publicarse su imagen sin consentimiento del artista y con fines de mera información, pero nunca para fines publicitarios o comerciales, ya que si bien el derecho fundamental a la propia imagen puede ceder ante otro derecho del mismo rango, como el de información, en el caso que nos ocupa no puede prevalecer este último 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, de suerte que aumenta, en lugar de disminuir, la intensidad de la intromisión si, además, la persona cuya imagen se comercializa tiene carácter público.

Anexo 3. STS 3634/2009, de 12 de junio de 2009, Sala de lo Civil, FJ III; y STS 3633/2009, de 9 de junio de 2009, Sala de lo Civil, FJ II.

Se trataba, en definitiva, de determinar si la finalidad del medio informativo de aumentar su tirada o su audiencia mediante la publicación de las imágenes conflictivas impedía aplicar la excepción contemplada en el art. 8.2 a) cuando, pese al carácter público tanto de la persona afectada como del lugar en que se encontraba, no concurría un interés general de la información transmitida por dichas imágenes. Tras hacerse cargo esta Sala de las dificultades técnicas que plantea la inclusión en la LO 1/82 del derecho a la propia imagen no sólo en su dimensión de derecho fundamental sino también en su aspecto patrimonial, declaraba que "no puede confundirse el legítimo objetivo de obtener beneficios económicos, propio de cualquier actividad mercantil y por tanto también de las empresas de comunicación, con los fines publicitarios, comerciales o análogos a que se refiere el art. 7.6 LO 1/82 .

De ser así, resultaría que cualquier información ilustrada con imágenes incontinentadas de una persona de proyección o notoriedad pública en un lugar público nunca podría ampararse en el art. 8.2 a) LO 1/82 , a no ser que la empresa titular del medio informativo excluyera totalmente de sus objetivos el beneficio económico, algo difícilmente imaginable en sociedades anónimas editoras, como es la codemandada- recurrente, desde el momento en que el art. 1-2º del Código de Comercio considera comerciantes a las compañías mercantiles.

Así las cosas, las imágenes enjuiciadas no son encuadrables en el art. 7.6 LO 1/82 (...) pues no son fines publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga los consistentes en obtener beneficios económicos mediante el ejercicio de la actividad mercantil propia de la empresa titular de un medio informativo, en este caso un semanario de información general.