



EL DERECHO A LA PROPIA IMAGEN EN SU EXPLOTACIÓN COMERCIAL

Posición B del Caso práctico 3

Resolución del supuesto de hecho relativo a una supuesta intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen desde la posición de abogado de la mercantil demandada

ROCA GRAU, Eulàlia

NIUB: 16190005

Trabajo Final de Máster

Máster de la Abogacía 2017-2018

*Universitat de Barcelona - Il·lustre Col·legi
de l'Advocacia de Barcelona*

Dr. Dos Santos

Departamento de Derecho Privado

RESUMEN

El presente dictamen tiene por objeto el estudio del tratamiento procesal y sustantivo del ámbito de protección jurisdiccional y legal del derecho a la imagen en su dimensión patrimonial.

Con la finalidad de desarrollar el análisis del derecho positivo en su aproximación más casuística, el estudio se plantea enmarcado en un supuesto de hecho basado en hechos reales y de actualidad que exponen la posible intromisión ilegítima al derecho a la propia imagen por explotación comercial no consentida. Este escenario es analizado desde la posición partidista que necesariamente debe tomar el letrado, en este caso desde la posición de abogado de la parte demandada. Desde la óptica de esta posición procesal, se resuelven asimismo cuestiones estrictamente relativas a la relación del abogado con su cliente.

Para la resolución de las cuestiones planteadas han sido analizadas legislación sustantiva aplicable, normas procesales y doctrina jurisprudencial de los órdenes civil y constitucional, todo ello teniendo en cuenta dos puntos de referencia temporal distintos: el coetáneo al supuesto de hecho y el contemporáneo.

Palabras clave: Derecho de imagen, Derecho a la propia imagen, Derecho al honor, intromisión ilegítima, lesión moral, Derechos constitucionales, Derechos fundamentales, Derechos patrimoniales.

ABSTRACT

The purpose of this legal opinion is to study the procedural and substantive treatment of the jurisdictional and legal protection of the right to the own image in its patrimonial dimension.

In order to develop the analysis of positive law in its most casuistic approach, the study is framed in a set of facts based on real and current events that expose the possible illegitimate interference with the right to one's own image by a non-consensual commercial exploitation. This scenario is analysed from the partidist position which shall necessarily be taken by the lawyer, in this case from the position of lawyer of the defendant. From the point of view of this procedural position, issues strictly related to the lawyer's relationship with his client are also addressed.

Applicable substantive legislation, procedural rules and jurisprudential doctrine of civil and constitutional orders have been analysed for the resolution of the issues proposed, all taking into account two different points of reference in time: the time period coetaneous to that of the set of facts and the contemporaneous time.

Key words: *Right to the own image, Right to image, Right to honour, illegitimate interference, moral damage, Constitutional rights, Fundamental rights, Economic rights.*

ÍNDICE

DICTAMEN	3
1. APROXIMACIÓN AL SUPUESTO DE HECHO	3
1.1. Hechos y datos en los que se basa el supuesto	3
1.2. Documentación	4
1.2.1. Documentación otorgada.....	4
1.2.2. Documentación no aportada.....	4
1.3. Cuestiones planteadas	5
1.3.1. Cuestiones sustantivas.....	5
1.3.2. Cuestiones procesales.....	5
1.3.3. Otras cuestiones interesadas	5
2. RESOLUCIÓN DE LAS CUESTIONES PLANTEADAS	6
2.1. Fuentes aplicables al caso	6
2.1.1. Normativa aplicable	6
2.1.2. Doctrina jurisprudencial en la materia	9
2.2. Calificación jurídica de los hechos	13
2.2.1. Fundamentos de derecho de carácter sustantivo de la contestación a la demanda	13
2.3. Cuestiones procesales	24
2.3.1. Fundamentos de derecho de carácter adjetivo de la contestación a la demanda...	24
2.3.2. Encabezamiento y <i>petitum</i> de la demanda.....	27
2.3.2.1. Encabezamiento del escrito de contestación a la demanda.....	27
2.3.2.2. Petitum del escrito de contestación a la demanda.....	27
2.3.3. Instructa.....	28
2.3.4. Proposición de prueba	29
2.3.5. Listado de preguntas a realizar en el interrogatorio.....	31
2.4. Asesoramiento al cliente	32
2.4.1. Probabilidad de éxito.....	32
2.4.2. Coste del procedimiento.....	33
2.4.2.1. Tasas judiciales.....	33
2.4.2.1. Honorarios, hoja de encargo y provisión de fondos.....	34
2.4.3. Probabilidad de obtener condena en costas	36
2.4.4. Posibilidad de recurso y ante qué instancias	37
2.5. Conclusiones.....	37
3. EMISIÓN DEL DICTAMEN	40
BIBLIOGRAFÍA	42
ANEXO I. HECHOS DEL SUPUESTO DE HECHO	45
ANEXO II. CONTESTACIÓN A LA DEMANDA	51

DICTAMEN

1. APROXIMACIÓN AL SUPUESTO DE HECHO

1.1. Hechos y datos en los que se basa el supuesto

Los hechos contenidos en el supuesto de hecho se redactan en forma de “Hechos de la demanda” y “hechos de la contestación de la demanda”, que se incorporan al presente trabajo en el Anexo I y se resumen para la mejor comprensión del lector en el presente apartado.

Durante el verano de 2006 la demandante Doña Ana Claudia Aranjuez Roldán¹, modelo de profesión, acudió al local de ocio nocturno de la codemandada Spce Ibiza Bch Club, S.L., donde se le tomó al menos una fotografía portando material promocional de la discoteca que fue posteriormente utilizada, aislando su figura del entorno, como elemento gráfico de la portada de un CD producido por la codemandada A Records, Ltd. en colaboración con la mercantil ibicenca. La demandante tomó conocimiento de este hecho al tomar contacto con material promocional de dicho producto, disponible al público en plataformas de venta *online*, pues no había sido previamente informada y no le había sido recabado el consentimiento para la explotación comercial de unas fotografías que reconoce ser consciente de que le habían sido tomadas.

Tras estos hechos la demandante se puso en contacto con las mercantiles solicitando el cese de la intromisión ilegítima a su derecho a la propia imagen, peticiones que no fueron atendidas convenientemente de acuerdo con sus expectativas ni en aquél primer contacto ni en las contestaciones de sendos burofaxes que les remitió. En sus respectivas contestaciones, A Records, Ltd. reconoce la infracción pero a juicio de la interesada propone una satisfacción insuficiente de los perjuicios causados, y Spce Ibiza Bch Club, S.L. niega haber intervenido en modo alguno en la toma, cesión, utilización y explotación económica de la fotografía controvertida. Tras estos infructuosos intentos extraprocesales de resolver la cuestión, la demandante insta una acción en protección de su derecho constitucional por el cauce del procedimiento especial de tutela del derecho al honor, a la intimidad personal y a la propia imagen derechos contra las mercantiles Spce Ibiza Bch Club, S.L. y A Records, Ltd. cuya *petitum* no viene planteada en la redacción del supuesto de hecho a resolver en el presente Dictamen.

Cabe añadir que por aclaraciones efectuadas por el Director del presente dictamen en el marco de las reuniones de seguimiento, debe precisarse que (i) se presume que la contestación de la demanda se presenta a inicios de 2007, en términos de legislación aplicable y la imposibilidad de oponer excepciones por prescripción y caducidad; (ii) los hechos alegados por las partes en el enunciado del caso se tienen por ciertos, y (iii) se tienen por no impugnadas las pruebas aportadas en los hechos de la demanda y de la contestación.

¹ Nota: los nombres propios utilizados en la redacción del presente Dictamen han sido seudonimizados y no se corresponden con la realidad. Cualquier coincidencia será meramente por razones del azar.

1.2. Documentación

1.2.1. Documentación otorgada

En la redacción de los antecedentes de hecho, la demandante dice aportar la siguiente documentación:

- Como Documento Uno, la carátula del CD “A Records *Presents* SPCE IBIZA *mixed by* D. Picci”;
- Como Documento Dos, fotos tomadas de un local de Ibiza de carteles y pancartas publicitarias del CD;
- Como Documento Tres, 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.
- Como Documento Cuatro, revista “Pcha”, de julio-agosto de 2006, en su página 12 en la que se reproduce la fotografía del CD;
- Como Documento Cinco, captura de la página web de Amazo.com con la imagen del CD, en fecha de 23 de enero de 2007;
- Como Documento Seis, captura de la página web de Virgin con la imagen del CD, en fecha 23 de enero de 2007;
- Como Documento Siete, contrato de “consentimiento y publicación: personajes secundarios”, de fecha 16 de agosto de 2006;
- Como Documento Ocho, carta certificada enviada a A Records, Ltd., con fecha 7 de diciembre de 2006;
- Como Documento Nueve, burofax enviado a A Records, Ltd., con fecha 20 de diciembre de 2006, y,
- Finalmente, como Documento Diez, burofax a Spce Ibiza Bch Club, S.L., con fecha 4 de diciembre de 2006.

En la redacción de los antecedentes de hecho por la demandada no se mencionan documentos aportados más allá de:

- Documento Uno: factura por la cesión derechos de marca.

1.2.2. Documentación no aportada

Entre la documentación que no se aporta, evidentemente, se encuentra la autorización para la utilización de la imagen del interesado, documento que de aportarse en este momento procesal reconfiguraría el supuesto de hecho desvirtuando sus mismos objetivos y el contenido del presente trabajo, por lo que debe descartarse su existencia.

Sin embargo, el supuesto de hecho insinúa la existencia de documentos no aportados que sí podrían formar parte de la prueba documental de la demandada, y dado que su trascendencia es relativa por ya haberse apuntado su contenido en los hechos expuestos, permite enriquecer la estrategia procesal de esta parte. Entre esta documentación encontramos:

- Prueba de la difusión pública de la imagen de la interesada, acaso en situaciones similares (fiestas, discotecas, baile), adjuntado a la contestación como Documento Dos;
- La contestación al burofax recibido en fecha 4 de diciembre de 2006, adjuntado a la contestación como Documento Tres;
- Contrato de prestación de servicios entre Spce Ibiza Bch Club, S.L. y el fotógrafo autónomo D. JUAN RETRATISTA CAMARÓN, adjuntado a la contestación como Documento Cuatro;
- El contrato cesión de marca entre Spce Ibiza Bch Club, S.L. y A Records, Ltd., adjuntado a la contestación como Documento Cinco;
- Cadena de correos entre el departamento de diseño de A Records, Ltd. y el de Spce Ibiza Bch Club, S.L., adjuntado a la contestación como Documento Seis
- Informe pericial sobre datos estadísticos relativos al reconocimiento de por parte del público objetivo, adjuntado a la contestación como Documento Siete;
- Capturas de pantalla de distribuidores *online* del disco, adjuntado a la contestación como Documento Ocho,
- Comparativa entre índices de volúmenes de venta del disco en sus promociones de 2005 y 2006, adjuntado a la contestación como Documento Nueve.

1.3. Cuestiones planteadas

1.3.1. Cuestiones sustantivas

Como abogada de la parte demandada:

- Redacte los fundamentos de derecho de carácter sustantivo,
- Incluya Sentencias del Tribunal Supremo y señale la *ratio decidendi* aplicable al caso.

1.3.2. Cuestiones procesales

Como abogada de la parte demandada:

- Redacte los fundamentos de derecho de carácter adjetivo;
- Incluya Sentencias del Tribunal Supremo y señale la *ratio decidendi* aplicable al caso;
- Redacte formalmente la contestación de la demanda, y
- Haga la proposición de la prueba e inestructa y el listado de preguntas a realizar en el interrogatorio.

1.3.3. Otras cuestiones interesadas

Como abogado de la parte demandada, asesore a su cliente en las siguientes materias:

- Sobre la probabilidad de éxito;
- Sobre el coste del procedimiento, por intervención de abogado y procurador;
- Sobre la posibilidad de obtener condena en costas, y
- Sobre la posibilidad de recurso y ante qué instancias.

2. RESOLUCIÓN DE LAS CUESTIONES PLANTEADAS

2.1. Fuentes aplicables al caso

La configuración legislativa y jurisdiccional en el ámbito civil del derecho a la propia imagen en su uso para fines publicitarios o comerciales.

2.1.1. Normativa aplicable

La protección legislativa del derecho constitucional a la propia imagen se consagra, junto al derecho al honor y el derecho a la intimidad personal, en el artículo 18.1 de la Constitución española (en adelante referida como “**CE**”), esto es, dentro de la sección reguladora de los derechos fundamentales y las libertades públicas. Dicho artículo 18.1. CE reza “*Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen*”. En tanto que derecho fundamental, sus garantías legislativas vienen a regularse en la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, *sobre protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen* (en adelante, “**LO 1/1982**”). Es aquí impropio analizar la posible aplicación de leyes forales, pues el desarrollo de los derechos y libertades constitucionales es materia reservada a las leyes orgánicas y por lo tanto es competencia del Estado.

Efectuada esta primera introducción al ámbito normativo aplicable, se acota ahora al supuesto de hecho que sirve de base de estudio, que presenta la posible violación del derecho de la modelo a la propia imagen por haberse explotado publicitariamente su fotografía sin su consentimiento. Estos hechos son subsumibles en lo que el artículo 7.6 LO 1/1982 define como intromisión ilegítima por haberse utilizado “*la imagen de una persona para fines publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga*”. Sin embargo esta afirmación no está exenta de salvedades, que vienen a consagrarse en el artículo 8 de la misma Ley Orgánica, entre las que destacan las contenidas en las letras “a” y “c” de su primer apartado, que son supuestos que la protección del derecho de imagen no puede impedir.

Esta letra “a” es de gran apoyo para la parte demandada, al establecer una excepción al derecho de imagen en el sentido de que no podrá impedirse, basándonos en él, la *captación, reproducción o publicación por cualquier medio cuando se trate de personas que ejerzan un cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública y la imagen se capte durante un acto público o en lugares abiertos al público*. En primer término, porque puede inferirse de la profesión de la demandante sus notas intrínsecas de notoriedad o proyección pública, indistintamente de que se alcancen o no, y en segundo, porque puede razonablemente entenderse que la imagen en contienda fue tomada en la vía pública o en un local abierto al público.

Sin embargo, la subsunción de los hechos del supuesto en la letra “c” del mismo apartado es ya de más difícil justificación. El contenido literal de dicha disposición reza que el derecho de imagen no impedirá la *información gráfica sobre un suceso o acaecimiento público cuando la imagen de una persona determinada aparezca como*

meramente accesoria. De inicio podría pensarse en la línea argumental de la accesoriedad de la imagen en material difundido en relación con la toma de una fotografía en un espacio abierto al público, pero es imposible la justificación de que se difunde como elemento accesorio al principal cuando en atención a la norma dicho adjetivo se predica exclusivamente referido a un contenido informativo, esto es, en pos de la salvaguarda del derecho a la libertad de información. Por ello, debe abandonarse este argumento por no poder prosperar razonablemente.

Por la especial configuración constitucional del derecho a la propia imagen, las acciones que se interpusieren en su defensa deberán tramitarse por medio de un procedimiento basado en la preferencia y la sumariedad, como lo es el previsto en el artículo 249.1.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (“**LEC**”), contando además con la vía del recurso de amparo constitucional una vez ultimada la vía ordinaria de amparo civil.

Sin embargo, y como se desarrollará seguidamente, el derecho a la imagen tiene así mismo una dimensión no amparada en el texto constitucional: la dimensión patrimonial del derecho, cuya regulación únicamente prevé protección legal. Esta dimensión patrimonial se concreta en la actividad económica que tiene por objeto la transacción de la imagen como bien en sí misma, pues no hay que olvidar que es una facultad a disposición de su titular. Como actividad habitual en la que se enmarcan dichas transacciones, encontramos precisamente la actividad del profesional actor o modelo que cede su imagen para fines publicitarios o comerciales. Aquí es donde la profesión o transacciones reiteradas del titular del derecho ponen de manifiesto el límite del derecho constitucional y así, como se desarrollará en el punto siguiente, lo ha sentenciado nuestra doctrina jurisprudencial: la protección del artículo 7.6 LO 1/1982 se configura en favor de las personas anónimas que no rentabilizan económicamente su derecho, pero no de aquellas que viven de su explotación y aprovechan el texto constitucional para sobredimensionar unas lesiones que tienen un carácter meramente pecuniario.

En segundo lugar, debe estudiarse si bajo el amparo de la normativa citada anteriormente la demandante tiene posibilidad de encontrar protección jurisdiccional a derechos en conexión con el derecho a la imagen, como son el derecho al honor y el derecho a la intimidad personal y familiar.

En tercer lugar, porque la imagen es un dato que permite la identificación de su titular, su tratamiento debe estudiarse bajo la óptica de la normativa relativa a la protección de datos de carácter personal. En este sentido, encontramos que en el momento actual se encuentra plenamente vigente y aplicable el Reglamento General de Protección de datos (“**RGPD**”), que da una configuración a este dato personal como de tipología especial, por tratarse de un dato biométrico, cuyo tratamiento se prohíbe salvo cuando concurren las excepciones del artículo 9 RGPD. Empero, los hechos deben analizarse desde su perspectiva temporal, el verano de 2006, cuando la normativa en vigor no era sino la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, *de Protección de Datos de Carácter Personal* (LOPD), y su reglamento de desarrollo, el Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre (RLOPD). Debe apuntarse ya en este momento que si bien esta normativa exige que el tratamiento de datos personales sea convenientemente informado a su titular, así como

consentido por este, existe una excepción que excluye la lesión por tratamiento ilegítimo cuando fuese el propio interesado el que pusiese el dato personal en cuestión al acceso del público.

Por último debe abordarse la normativa aplicable en materia de resarcimiento por daños y perjuicios irrogados por la intromisión ilegítima o simple lesión patrimonial que, en su caso, pudiese estimarse.

Por encontrar su regulación en *lex specialis*, la reparación de los daños y perjuicios causados por intromisión ilegítima en los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen deben tratarse de acuerdo con las disposiciones contenidas en la LO 1/1982, y en concreto, en su artículo noveno, que regula tanto las medidas para poner fin a dicha intromisión como las reglas de cuantificación de la indemnización resarcitoria. En el segundo de los apartados de este artículo se preceptúa que, en caso de intromisión ilegítima, deberán adoptarse “*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 encontramos: (i) medidas cautelares encaminadas al cese inmediato de la intromisión ilegítima; (ii) el reconocimiento del derecho a replicar, (iii) la difusión de la sentencia y (iv) la condena a indemnizar los perjuicios causados. Es en el tercer apartado del mismo artículo donde encontramos las reglas de cuantificación de la indemnización a percibir por el agraviado por el perjuicio sufrido, cuya producción se presumirá en todo caso. Así, se regula que 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*”.

Finalmente, respecto a la eventual apreciación de lesión patrimonial, la indemnización por daños y perjuicios vendría a cuantificarse de acuerdo con las normas de responsabilidad extracontractual del Código Civil español, pues debe desestimarse la aplicación de a legislación foral catalana por tener lugar los hechos en el territorio de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares. En este territorio existe únicamente una ley foral que podría ser potencialmente aplicable, el Decreto Legislativo 79/1990, de 6 de septiembre, *por el que se aprueba el texto refundido de la compilación del derecho civil de las Islas Baleares*, que sin embargo no regula la materia por lo que debemos remitirnos al Derecho civil común.

Por lo anterior, la legislación aplicable al supuesto de hecho y por consiguiente estudiada en el presente Dictamen es la siguiente:

- Ley 50/1980, de 8 de octubre, *de Contrato de Seguro*, aplicada por analogía.
- Ley 1/2000, de 7 de enero, *de Enjuiciamiento Civil*;
- Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, *del Tribunal Constitucional*;
- Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, *sobre protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen*;

- Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, *del Poder Judicial*;
- Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, *de Protección de Datos de Carácter Personal*.
- Código Civil español, aprobado por el Real Decreto de 24 de julio de 1889, *por el que se publica el Código Civil*;
- Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal, aprobado por el Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, *por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal*.
- Reglamento (UE) 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*.

Además, por ser necesaria para resolver las cuestiones de relativas a las responsabilidades y derechos del letrado, se trata la siguiente normativa:

- Criterios de Honorarios del Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona, de noviembre de 2004;
- Criterios de Honorarios del Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona, de enero de 2010;
- Ley 15/2007, de 3 de julio, *de Defensa de la Competencia*;
- Código de Consumo de Cataluña, aprobado por la Ley 22/2010, de 20 de julio, *del Código de consumo de Cataluña*;
- Estatuto General de la Abogacía, aprobado por el Real Decreto 658/2001, de 22 de junio, *por el que se aprueba el Estatuto General de la Abogacía Española*;
- Real Decreto 1373/2003, de 7 de noviembre, *por el que se aprueba el arancel de derechos de los procuradores de los tribunales*,
- Normativa de la Abogacía Catalana, aprobada por la Resolución JUS/880/2009, de 24 de marzo, *por la que, habiendo comprobado previamente su adecuación a la legalidad, se inscribe en el Registro de Colegios Profesionales de la Generalidad de Cataluña la Normativa de la Abogacía Catalana*.

Como última precisión, mencionar que si se toman como referencia los criterios aprobados por el Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona por estarse actuando en su ámbito en atención al artículo 44.1 del Estatuto General de la Abogacía Española.

2.1.2. Doctrina jurisprudencial en la materia

La doctrina jurisprudencia del Tribunal Constitucional configura el derecho constitucional a la propia imagen en dos vertientes o facultades: (a) la vertiente o facultad positiva como derecho a disponer libremente del ámbito de utilización de la propia imagen, el derecho a determinar el ámbito de captación o reproducción, y (b) la vertiente

o facultad negativa como el derecho a impedir la intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen, delimitando el ámbito de captación o reproducción de la imagen sin consentimiento de su titular (excepto limitaciones legales). Así la Sentencia del Tribunal Constitucional 139/2001 (Sala Segunda), de 18 de junio de 2001 (Ponente: Don Pedro Cruz Villalón; ECLI:ES:TC:2001:139) el derecho a la propia imagen *“atribuye a su titular un derecho a determinar la información gráfica generada por sus rasgos físicos personales que puede tener difusión pública” que 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.”*

La doctrina jurisprudencial civil y constitucional ha resuelto señalar que la explotación económica del derecho a la imagen es una consecuencia necesaria de esa vertiente positiva del derecho, pero que sin embargo origina una protección que escapa del ámbito constitucional, dado que el bien jurídico protegido, aunque digno de protección y efectivamente protegido por nuestro ordenamiento, es distinto de los propios de un derecho de la personalidad y por consiguiente no forma parte del contenido del derecho fundamental del artículo 18.1 CE. Así lo dictamina la Sentencia del Tribunal Constitucional 81/2001 (Sala Segunda), de 26 de marzo de 2001 (Ponente: Don Carles Viver Pi-Sunyer; ECLI:ES:TC:2001:81) *“Es cierto que en nuestro Ordenamiento especialmente en la Ley Orgánica 1/1982 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”* (FJ 2). Unos meses más tarde, en la Sentencia del Tribunal Constitucional 156/2001 (Sala Segunda), de 2 de julio de 2001 (Ponente: Don Carles Viver Pi-Sunyer; ECLI:ES:TC:2001:156) *“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, aunque son dignos de protección y en nuestro Ordenamiento se encuentran protegidos -en especial en la Ley Orgánica 1/1982, (...)-, no forman parte del contenido del derecho fundamental a la propia imagen que consagra el art. 18.1 CE.”* (FJ 6).

En otro orden de cosas, reiterada doctrina del TC coincide en definir el derecho a la propia imagen como un derecho de configuración autónoma y con sustantividad propia respecto del derecho al honor y el derecho a la intimidad personal y familiar (también consagrados en el art. 18.1. CE). Según esta línea jurisprudencial, desarrollada entre otras en la citada Sentencia del Tribunal Constitucional 81/2001 (Sala Segunda), de 26 de marzo de 2001 (Ponente: Don Carles Viver Pi-Sunyer; ECLI:ES:TC:2001:81), (FJ 2), la vulneración de cualquiera de estos dos últimos derechos no vendría a ser requisito para apreciar vulneración al derecho a la propia imagen, sino que de concurrir vendría únicamente a acrecentar el perjuicio producido por vulnerarse más de un derecho constitucional. En virtud de esta doctrina, la eventual apreciación de intromisión de legítima de más de uno de los derechos consagrados en el artículo 18.1 CE exige el

cumplimiento previo de un requisito de procedibilidad, pues “[la] especificidad de cada uno de estos derechos impide considerar subsumido en alguno de ellos las vulneraciones de los otros derechos que puedan ocasionarse a través de una imagen que muestre, además de los rasgos físicos que permiten la identificación de la persona, aspectos de su vida privada, partes íntimas de su cuerpo o la represente en una situación que pueda hacer desmerecer su buen nombre o su propia estima.” (FJ 3), (Sentencia del Tribunal Constitucional 156/2001 (Sala Segunda), de 2 de julio de 2001 (Ponente: Don Carles Viver Pi-Sunyer; ECLI:ES:TC:2001:156).

De esta forma se exige que la parte demandante alegue la intromisión de cada uno de los derechos autónomamente considerados con el fin de posibilitar la decisión del Tribunal de primera instancia o de posteriores instancias, ya que no se estiman ulteriores reclamaciones alegando que, por ejemplo, “*bajo el nomen iuris de derecho a la propia imagen, en realidad se está haciendo referencia también al derecho a la intimidad*”. En este respecto debe precisarse que el supuesto de hecho nada dice acerca de las peticiones de contrario, de modo que debe efectuarse la ficción de que así se hace.

Respecto de una hipotética intromisión ilegítima en el derecho al honor, debe apreciarse la gran importancia que doctrinalmente se atribuye a la adecuación de la normativa a la contemporaneidad de los hechos y a los usos sociales: así en la Sentencia del Tribunal Supremo 371/2002 (Sala de lo Civil), de 25 de enero 2002 (Ponente: Don Antonio Guillón Ballesteros; ID CENDOJ: 28079110012002101691), se desestima haber lugar a declarar intromisión ilegítima al derecho al honor de una persona física a quien habían explotado la imagen y nombre para fines comerciales, atribuyéndosele una frase que no había pronunciado, “*al basarse exclusivamente en consideraciones meramente subjetivas sobre cuándo existe infracción de sus derechos, siendo así que el art. 2o de la Ley 1/82 se refiere a los "usos sociales" para delimitar el ámbito de protección de los mismos.(...) Es claro que las mismas no constituyen en el sentir social el más mínimo ataque al honor*” (FJ 2).

Respecto a la intromisión ilegítima al derecho a la imagen, debe tenerse presente que en la mayoría de ocasiones, en contra del criterio de esta parte, se viene estimando la lesión en cuanto faltan los requisitos de previa información y consentimiento del interesado. Así, y sobre todo a efectos de asesoramiento del cliente, debe traerse a colación la siguiente sentencia a modo ilustrativo, ya que plantea un escenario parecido al obrante en el supuesto de hecho: la Sentencia del Tribunal Supremo 8124/2007 (Sala de lo Civil), de 28 de noviembre de 2007 (Ponente: Don José Ramón Ferrándiz Gabriel; ID CENDOJ: 28079110012007101273). Esta sentencia habla de los límites del derecho a la imagen “*dicha fotografía, tomada en plena competición, únicamente podía publicarse sin consentimiento de los interesados a fines de mera información, pero nunca para fines publicitarios o comerciales, ya que el derecho fundamental a la propia imagen podía ceder ante otro derecho del mismo rango, como el de información, pero no "ante el mero interés crematístico de un tercero"* (FJ 3).

Como parte del desarrollo de la base doctrinal de la figura de la intromisión ilegítima, como se ha dicho anteriormente, no es aconsejable argumentar la excepción de

accesoriedad de la imagen por configurarse en protección al derecho de información: *“las fotografías se podían publicar “sin precisión de un permiso especial de la fotografiada por ser las imágenes difundidas accesorias de un artículo periodístico cuya difusión se halla permitida en aras de la libertad de información” (Sentencia del Tribunal Supremo 707/1998 (Sala de lo Civil), de 7 de julio de 1998 (Ponente: Don José Luis Albacar López; ID CENDOJ: 28079110011998101452), (FJ 3); y “el concepto de “accesoriedad” de la Ley (atr. 8.2.a) hace referencia “a lo que es objeto principal de la noticia o reportaje gráfico” (sentencia de 19 de octubre de 1992), no concurriendo cuando no guarda relación con el contenido de la información escrita (sentencia de 19 de octubre de 1992) pero si en otro caso (sentencias de 21 de octubre y 28 de octubre de 1966, 7 de julio y 25 de septiembre de 1998, 27 de marzo de 1999 y 23 de abril de 2000)” (Sentencia 218/2004 del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 17 de marzo de 2004 (Ponente: Don Pedro González Poveda; ID CENDOJ: 28079110012004100177), (FJ 2).*

En cuanto a la cuantificación económica de los perjuicios causados para la determinación de la indemnización, debe estudiarse separadamente el daño material irrogado del daño moral.

En cuanto al daño moral, es muy ilustrativa la Sentencia del Tribunal Supremo 7859/2002 (Sala de lo Civil), de 25 de noviembre 2002 (Ponente: Don Antonio Guillon Ballesteros; ID CENDOJ: 28079110012002102524), en la que se aprecia el alcance moral de la lesión en circunstancias análogas a las del supuesto de hecho: *“ha de tenerse en cuenta que era una conocida top-model internacional, que hace de la exhibición de su imagen para publicitar objetos o marcas su legítima profesión, por lo que no hay duda de que es persona acostumbrada a negociar sobre ese bien de la personalidad. Parece pues que no cabe considerarla como una persona anónima, que por mor de un reportaje gráfico sale de ese estado contra su voluntad. La actora, evidentemente que tiene derecho al respeto de su imagen, pero cuando ella ha posado para la obtención de las fotografías litigiosas el único problema es el de si se han publicado sin su consentimiento o no. Por ello es limitado el daño moral que puede alegarse para su compensación pecuniaria” (FJ3).* Más allá de esta primera limitación, la sentencia conviene en definir el daño moral en distinción del daño patrimonial dado que *“[la] moderna doctrina jurídica abandonó hace tiempo la distinción entre daños con repercusión s[o]lo en la persona física o psíquica de la víctima, y con repercusión también en su patrimonio. La más autorizada sostiene que el daño moral debe reducirse al sufrimiento o perturbación de carácter psicofísico en el ámbito de la persona a consecuencia de lesiones de derechos de la personalidad” (FJ3).* Así las cosas, la cuantificación del daño patrimonial sufrido no podrá realizarse por aplicación de la LO 1/1982 sino que deberá aplicarse las normas tradicionales de cuantificación de la responsabilidad civil extracontractual, que abarcan la reparación del daño efectivamente causado, así como el lucro cesante y el daño emergente. La cuantificación de tales daños será realizada por el Tribunal, pero ello no significa que la actora no deba justificar los criterios a utilizar, pues en otro caso se produciría indefensión en la demandada.

Finalmente, respecto de la condena solidaria en materia indemnizatoria, apreciar que la Sala de lo civil del Tribunal Supremo “*viene declarando que cuando no está individualizada la responsabilidad personal de cada uno de los intervinientes, ha de decretarse la responsabilidad solidaria, tendente a dotar de mayor eficacia, (...) si bien no se aprecia motivo que eluda su aplicación*”, Sentencia del Tribunal Supremo 218/2004 (Sala de lo Civil), de 17 de marzo de 2004 (Ponente: Don Pedro González Poveda; ID CENDOJ: 28079110012004100177), (FJ 1). En todo caso, debe recordarse que la parte responde por acto propio (por no ser un supuesto subsumible en las excepciones de responsabilidad por hecho ajeno), por lo que debe demostrarse la relación de causalidad.

2.2. Calificación jurídica de los hechos

2.2.1. Fundamentos de derecho de carácter sustantivo de la contestación a la demanda

Siguiendo las indicaciones del Director del presente Dictamen, se incluyen en el presente apartado los fundamentos de derecho de carácter jurídico-material redactados en las formalidades propias del escrito de contestación a la demanda, cuyo texto íntegro se incorpora al presente trabajo como Anexo II.

FUNDAMENTOS DE DERECHO JURÍDICO-MATERIALES

PREVIA.- Negamos las calificaciones jurídicas efectuadas de contrario de la demanda en cuanto no se admitan expresamente en las siguientes.

PRIMERA.- De la falta de dimensión constitucional de la lesión alegada y de la falta de intromisión ilegítima al derecho a la propia imagen

Esta parte niega con contundencia que los hechos acaecidos puedan subsumirse en la protección constitucional del derecho a la propia imagen, y, en todo caso, que estos antecedentes de hecho puedan sean constitutivos de intromisión ilegítima de este derecho de la personalidad de la demandante.

La protección reclamada por la actora no es sino sobre el control sobre los efectos económicos de la utilización de su imagen, una cuestión relativa a la vertiente puramente patrimonial de la imagen: su explotación comercial. Por ello, y en atención a la jurisprudencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, en consonancia con la doctrina jurisprudencial del Tribunal constitucional, una eventual lesión a este derecho carece de dimensión constitucional.

A diferencia de los restantes derechos constitucionales consagrados en el artículo 18.1 CE, derecho al honor y a la intimidad, el derecho a la propia imagen tiene una dimensión de carácter patrimonial. El Tribunal Constitucional, en su Sentencia del Tribunal Constitucional 81/2001 (Sala Segunda), de 26 de marzo de 2001 (Ponente: Don

Carles Viver Pi-Sunyer; ECLI:ES:TC:2001:81) estableció que la protección otorgada a dicho aspecto económico de la imagen debe escapar de la protección constitucional para ceñirse en la puramente legal pues *“la 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”* (FJ2).

Esta parte no quiere en este punto negar que el conjunto de derechos relativos a la explotación comercial de la imagen sean dignos de protección por nuestro ordenamiento. Lo que sí viene a cuestionar es la sobredimensión que pretende otorgarse a una supuesta lesión que únicamente podría tener relevancia patrimonial.

La actora alega intromisión a su derecho fundamental a la propia imagen por violación de la protección consagrada en el artículo 7.6 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*, en conexión con su artículo 2, que previene la utilización de la imagen de una persona para fines publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga sin su consentimiento. Sin embargo, estudiando dicha prohibición en relación con la limitación a la protección constitucional de la imagen establecida por el Alto Tribunal, debe precisarse que para que la lesión sea calificada de intromisión ilegítima y por lo tanto subsumible en dicha previsión, debe revestir de una gravedad bastante que así lo justifique: debe producir una lesión que sea contraria a la dignidad de la persona titular del derecho.

Además, para que dicha lesión a la dignidad personal sea calificada como violación del derecho constitucional a la imagen debe revestir de antijuridicidad respecto de este derecho individualmente considerado, esto es, despreciando una hipotética vulneración de los demás derechos regulados en el artículo 18.1 CE. La jurisprudencia constitucional ha dejado resuelta la cuestión sobre la configuración autónoma del derecho a la imagen respecto del resto de derechos consagrados en el artículo 18.1 CE, esto es, que la intromisión ilegítima al derecho a la imagen no debe ligarse, para su apreciación, a una lesión al derecho al honor o al derecho a la intimidad personal y familiar.

Es necesario en este punto volver a traer a colación los argumentos en los que se fundamenta la lesión y la indemnización pretendida de contrario, muy especialmente aquellos referidos a la prima o *“caché”* cobrada anteriormente por la demandante para utilidades comerciales de su imagen. Desconociendo el alcance de su error, es la propia demandante quien desvirtúa la pretendida ofensa a su derecho personalísimo a la imagen sirviéndonos en bandeja de plata el mayor argumento para su desestimación: el hecho que comercialice con su derecho.

Por lo tanto, esta parte viene a refutar enérgicamente el pretendido alcance moral de la lesión a su derecho a la imagen alegada por la contraparte, pues es contradictorio afirmar que un supuesto de utilización de la imagen análogo al uso que reiteradamente ha hecho la demandante de su imagen en el tráfico laboral y comercial sea únicamente en el presente caso un atentado a la dignidad de la persona titular.

SEGUNDA.- Sobre la inexistencia de intromisión ilegítima a los restantes derechos consagrados en el artículo 18.1 CE

Habiendo sido atacada la subsumibilidad de la causa en el derecho constitucional que protege el derecho a la propia imagen, esta parte argumenta ahora la imposibilidad de apreciar violación de los restantes derechos consagrados en el artículo 18.1 CE.

Respecto a la posibilidad de haberse producido una intromisión ilegítima al honor o a su prestigio profesional, esta parte quiere apelar a la documental adjuntada, en concreto aquella en la que se listan ejemplos de imágenes difundidos públicamente por la propia interesada por medio de sus perfiles en redes sociales (que, recordamos, es el Documento Dos). En dichas imágenes, la contraparte aparece bailando en fiestas, discotecas y *shows* en actitudes harto más informativas que la que presenta en la imagen obrante en autos. Tampoco marcan una diferencia de interés el texto o elementos decorativos que envuelven la imagen en el diseño de la carátula del CD: no se hacen aseveraciones ni se anuncia un espectáculo que pudiese insinuar la atribución de un determinado apelativo negativo a la interesada representada en ella. Es evidente que, por consiguiente, la imagen en cuestión no pudo atacar a su honor, pues no ataca su buen nombre, ni la difama, ni afecta su reputación o la hace desmerecer en consideración ajena en ninguna forma que no hubiese sido revelada previamente por la propia interesada, y, a mayor abundamiento, su contenido es inocuo, nada deshonoroso ni difamatorio. Por ello, y con arreglo a la doctrina jurisprudencial asentada en esta materia, no puede estimarse que los hechos en los que la actora funda su reclamación puedan ser constitutivos de intromisión ilegítima a su derecho al honor en cuanto al contenido de la fotografía, pues *“no es un escándalo social, y las leyes han de interpretarse de acuerdo a la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas (art. 2o.1 Cód. civ.)”*. (FJ3), Sentencia del Tribunal Supremo 7859/2002, (Sala de lo Civil), de 25 de noviembre 2002 (Ponente: Don Antonio Guillon Ballesteros; ID CENDOJ: 28079110012002102524).

Debe descartarse que los hechos enjuiciados puedan ser calificados como intromisión ilegítima a la intimidad personal de la actora, por no darse en el momento de la toma de la fotografía un ambiente que fundamente la apariencia de privacidad ni desvelar, la captura, información íntima de la modelo Sra. ANA CLAUDIA ARANJUEZ ROLDÁN.

En las circunstancias de la toma de la fotografía no concurren las notas de privacidad que pudiesen haber dado lugar a la exposición de aspectos vulnerables de la personalidad de la actora. En vistas a los elementos presentes en la fotografía, como son la posición de la modelo, su atuendo y actitud, en la cual la actora porta gafas de sol, abanico y vestimenta festiva debe realizarse la necesaria inducción de que en el momento de la toma de la fotografía esta no se encontraba en un lugar recluso del que se pudiese guardar una cierta expectativa de intimidad, sino en un lugar abierto, incluso concurrido, ya fuese un espacio público como un local abierto al público, en el que se encontraba mostrando su faceta más social y extravertida. Es la misma actitud de la modelo la que lleva a afirmar que, siendo además plenamente consciente de que el ambiente a su alrededor ofrecía nulas

garantías de privacidad, el objetivo personalmente perseguido no era pasar desapercibida, sino destacar. No es el respeto a su intimidad lo que busca potenciar en el momento de la toma de la imagen, sino darse publicidad, llamar la atención sobre sí misma y sobre su imagen.

La fotografía tampoco aporta información relevante acerca de hábitos o vicios que pudiesen exponer facetas de la esfera privada de la modelo que esta no quisiese revelar. Los elementos que forman parte de la fotografía, como lo son las gafas de sol o el abanico, así como la importante ausencia de elementos posiblemente comprometedores como lo serían una bebida alcohólica o posición insinuante, no desvelan datos sobre la vida personal de la modelo y podrían calificarse de elementos vacíos de contenido informativo habitualmente utilizados en la escenografía de fotografías de la misma categoría. Ello, sumado a la ausencia de elementos identificativos del lugar de la toma de la fotografía, revela la absoluta neutralidad de la imagen, que podría haberse tomado en un plató.

Como colofón, la absoluta falta en la imagen de contenido informativo sobre aspectos privados de la actora tampoco se desmiente de contrario, por cuanto no se hace mención a la vulneración de su privacidad o a la exposición pública de aspectos personales de su carácter.

Por consiguiente, no puede apreciarse vulneración alguna del derecho a la intimidad personal en dicha fotografía, porque como se ha dicho, no se desvela en ella aspectos de sí misma que la modelo haya excluido de la difusión pública.

TERCERA.- De la imposibilidad de apreciarse tratamiento ilegítimo de datos de carácter personal

En tercer lugar se interesa que se desestime la posibilidad de apreciar un hipotético tratamiento ilícito de datos de carácter personal de la demandante por haberse difundido una imagen que permite reconocerle.

Como ha venido alegándose, ha sido la propia interesada que ha venido haciendo este dato de carácter personal manifiestamente público por los medios de comunicación social, y por consiguiente, de acuerdo con el artículo 6.2 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, *de Protección de Datos de Carácter Personal*, en conexión con el artículo 7.1 letra “e” del Reglamento de desarrollo de la LOPD, aprobado por medio del Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, no cabe apreciar lesión a los derechos y libertades fundamentales de la demandante. Además, la propia demandante conocía de la toma de la fotografía y no se opuso, por lo que concurren todos los requisitos del consentimiento tácito.

CUARTA.- De la inexistencia de lesión

Ha quedado demostrada la imposibilidad de que se haya perpetrado intromisión ilegítima alguna a los derechos constitucionales consagrados en el artículo 18.1 CE, lo

que inevitablemente pone de manifiesto que la aquí actora ha pretendido encauzar un mero desacuerdo de índole contractual referido al precio a cobrar por la explotación comercial de su imagen por el procedimiento de protección sumaria reservado a los bienes jurídicos más sensibles del estado de derecho, los que cimientan el libre desarrollo de la personalidad de sus ciudadanos.

Concentrándose la cuestión, pues, en el ámbito contractual, debemos analizar un contrato celebrado presuntamente sin la intervención de la demandante en virtud del cual alega habersele ocasionado unos perjuicios no puramente constitucionales sino económicos. En estas, deben analizarse dos aspectos consustanciales al contrato: por un lado, la prestación de consentimiento en el momento original de la toma de la fotografía, y por el otro, la ulterior cesión de los derechos de imagen en relación con la misma. Antes de adentrarnos en el análisis de la primera de las cuestiones, la relativa a la prestación o no de consentimiento, esta parte declara que desconoce la autoría de la imagen discutida, los pormenores de su toma y la forma en la que fue puesta a disposición de A RECORDS, LTD.

Nada dice la contraparte ni se ha podido averiguar por esta demandada, a falta de comparecencia de su litisconsorte, acerca del alcance del consentimiento verbal que otorgó la modelo al fotógrafo que le tomó la fotografía en contienda. Por tratarse de un contrato verbal y por ello convenientemente imposible su interpretación, exige la demandante que se considere que no se había cedido su derecho al profesional ni apoderado para ello, por lo que el negocio jurídico posterior celebrado sin su concurrencia debió ser en todo caso nulo. Ello se vincula además a una supuesta falta de diligencia de la empresa cesionaria por no solicitar el consentimiento de la propia titular de la imagen.

No le constan a esta parte los motivos por los que A RECORDS, LTD. hubiese podido considerar que le habían sido cedidos los derechos a la imagen reproducida en la fotografía, ni puede aportar más prueba que permita entrar a discutir la razonabilidad de la asunción de que el cedente estaba en capacidad de ceder los derechos económicos de la actora y que por ello fuese innecesario recabar nueva autorización, ni tan siquiera conoce si medió contraprestación económica en virtud de la transacción. En cualquier caso no puede exigirse a esta parte responsabilidad por un acto que subjetivamente no le es imputable, por encontrarse fuera del ámbito de su control. De nuevo, mi representada no intervino en la empresa y no guarda relación alguna con las partes implicadas en la transacción, fuera de su relación comercial con A RECORDS, LTD., que nada tiene que ver con la toma, cesión o utilización de esta fotografía.

Por lo anterior, la responsabilidad de mi representada respecto de la falta de consentimiento y así como respecto de la posterior cesión, independientemente de si el cedente aparentaba suficientemente ser titular de los derechos económicos de la modelo o no, es necesariamente nula.

QUINTA.- De la falta de intervención de mi representada

Si subsidiariamente el Tribunal apreciare en los hechos expuestos la existencia de lesión patrimonial en la demandante, esta demandada interesa que se le repute inocente de su perpetración por no concurrir los requisitos de legitimación pasiva al no haber tenido participación alguna en ella.

Mi representada no participó de ninguna acción ni intervino en la toma de ninguna decisión que tuviese incidencia en la inclusión de la imagen en discusión en el diseño final de la carátula del CD. SPCE IBIZA BCH CLUB, S.L. no pudo intervenir de forma alguna en la toma de la fotografía, cuyo origen y circunstancias desconocía hasta la recepción el 4 de diciembre del pasado año del burofax remitido a su nombre por la demandante, ni en las decisiones de marketing y diseño que llevaron a su inclusión en la versión final de la carátula del CD.

El Hecho I de la demanda se da por cierto que la fotografía en cuestión se tomó en el interior del local de ocio de mi representada por un trabajador en plantilla de SPCE IBIZA BCH CLUB, S.L. Asimismo, en el Hecho V se redacta ambigua y tendenciosamente una frase que da a entender que esta parte reconoce haber tomado las fotografías y haberlas cedido a A RECORDS, LTD., declaración que esta parte habría vertido en el marco de unas conversaciones con la ahora actora previas al envío de su burofax. Pues bien, esta parte niega tajantemente haber tenido contacto alguno con la actora con anterioridad al momento en que, con absoluta perplejidad, recibió un burofax en el que se le imputaban los hechos que sustentan esta causa, y se reitera en su negativa a haber intervenido en la toma y cesión de la fotografía y en haber cedido espacio de su local para ello, explicaciones ya aportadas mediante su contestación al burofax citado anteriormente en fecha 4 de diciembre de 2006.

Esta parte niega que se tomase dicha fotografía en el interior de su local, y las evidencias aportadas de contrario no lo desmienten. La fotografía obrante en autos carece de fondo por habersele aislado la figura humana, y no ha sido aportada ninguna otra prueba sobre las circunstancias de su toma, por lo que no puede asumirse como se ha afirmado que se hubiese capturado en el interior de las instalaciones de mi representada, asunción que tanto asistiría las pretensiones de la contraparte como causaría indefensión en esta. Es cierto que la tendencia doctrinal reciente exige, en los casos en los que existan indicios de vulneración de derecho fundamental, trasladar la carga de la prueba a la demandada, pues de otro modo podría operar una *probatio diabolica* que actuase en perjuicio de la parte damnificada. Antes bien, como ha sido argumentado detalladamente, los hechos enjuiciados no pueden calificarse jurídicamente como una hipotética intromisión ilegítima a derechos constitucionales, sino que únicamente podrían sustentarse como lesión de carácter económico. Por consiguiente, no puede afirmarse que la fotografía se tomase en el interior del local de mi representada, por lo que tampoco puede atribuírsele el ámbito de control en la situación, ni que por acción u omisión hubiese intervenido en dicha captura.

Respecto del autor de la fotografía, es la propia actora quién pone en entredicho que fuese un trabajador de mi representada, pues matiza su afirmación con la locución “al parecer” que apunta más a una presunción basada en indicios que a un hecho probado.

Ante todo, debe precisarse que SPCE IBIZA BCH CLUB, S.L. no cuenta entre su plantilla profesionales dedicados a la fotografía, por lo que contrata dichos servicios a profesionales de la zona en función de sus necesidades. Para la temporada alta del año 2006, esto es, de junio septiembre, la mercantil contrató al fotógrafo autónomo D. JUAN RETRATISTA CAMARÓN, cuyo contrato de prestación de servicios se aporta al presente escrito. En virtud de dicho contrato, D. FOTOSÍNTESIS realizaba un número fijo de fotografías de los asistentes a veladas organizadas por mi representada, que posteriormente ponía a su disposición para que esta las publicase por medio de sus redes sociales, como es costumbre en el sector. Todas las fotografías así realizadas de dicha temporada figuran publicadas en el perfil de Facebook de mi representada, en la dirección *URL* <www.facebook.com/spce/verano2006>, y puede observarse que no figura entre ellas la fotografía aquí enjuiciada, pues mi representada nunca la tuvo en su poder. En un ejercicio de autocrítica y control interno, a la luz de los hechos alegados por la actora esta parte ha requerido a D. JUAN FOTOSÍNTESIS que clarifique si intervino en la toma de dicha fotografía, habiendo obtenido el más categórico no por respuesta. Por todo ello, esta parte entiende demostrada la absoluta falta de nexo entre la toma de la fotografía y el personal de sus instalaciones.

Con relación al negocio jurídico de cesión de la imagen por el autor de la fotografía y la toma de la decisión de incluirla en la portada, con las modificaciones que se estimaron pertinentes, no puede apreciarse concurrencia de culpas entre mi representada y la productora. El hecho que sostiene esta afirmación se sustancia en la limitada capacidad de intercesión de mi representada en el diseño de la carátula del producto, circunscrita a la verificación del cumplimiento de sus normas internas de imagen corporativa, requisito impuesto por mi representada en el contrato de cesión de sus derechos de marca para la edición del CD del verano 2006 como se desprende del Documento Cinco aportado. Así, es cierto que mi representada tuvo acceso al diseño en un momento previo a su lanzamiento y que intervino en él para realizar algunas modificaciones estilísticas que preservaran el correcto uso de su marca, como lo demuestran los correos intercambiados entre la diseñadora gráfica de A RECORDS, LTD. y la directora del departamento de mercadotecnia de SPCE IBIZA BCH CLUB, S.L., pero más allá de ello en nada pudo actuar respecto a la elección de la composición de dicho empaquetado. Ciertamente no gozaba de una facultad en positivo, de elección libre, sino en negativo, de corrección: únicamente podía oponerse en caso de estimar que el diseño final lesionaba el buen prestigio de su marca. En estos términos, no puede predicarse que mi representada incurriera en falta de diligencia debida, pues no estaba en su ámbito de control la elección de la imagen decorativa a incluir en el diseño, y por extensión, tampoco puede exigírsele desde una perspectiva *ex ante* el haber verificado la legitimidad de su uso.

A mayor abundamiento, la litisconsorte pasiva acepta su responsabilidad subjetiva con respecto a la utilización de la fotografía, de modo que es patente a quién debe atribuirse la lesión de estimarse cometida. De nuevo, hacer extensiva esta responsabilidad a mi representada no podría hacerse sino en carácter objetivo, una posibilidad excluida

por nuestro ordenamiento con relación a la responsabilidad civil si no concurren las circunstancias de la representación vicarial.

SEXTA.- De la falta de justificación de la cuantía reclamada

A la espera de la calificación jurídica de los hechos que realice el Tribunal, que si no obstante lo anteriormente alegado estimase que esta parte participó de algún modo en la consumación, a saber, de la lesión patrimonial o intromisión ilegítima, debe apreciarse una pluspetición en lo pedido de contrario en concepto de indemnización.

Esta parte quiere argumentar la inconsistencia de los argumentos vertidos de contrario para la determinación de la indemnización económica en sus dos posibles vertientes: la indemnización por daños y perjuicios de carácter moral por intromisión ilegítima en primer término y la indemnización por responsabilidad civil por daños y perjuicios puramente económicos en segundo. Es procedente advertir que la falta de cuantificación de la indemnización reclamada, que la contraparte subrepticamente deja en manos del tribunal en un claro intento de evitar la falta de imposición de costas por no estimársele indemnización en la cuantía exacta que desearía reclamar, causa indefensión en esta.

En la eventualidad de que se apreciase intromisión ilegítima en los derechos de la personalidad de la demandante, el artículo 9 LO 1/1982 establece que la tutela judicial deberá comprender, además del restablecimiento del derecho del perjudicado y la prevención de intromisiones inminentes o ulteriores, la indemnización de los daños y perjuicios causados, la apropiación por el perjudicado del lucro obtenido con la intromisión. Dicha indemnización deberá extenderse al daño moral, que operará como presunción, cuyo contenido económico se cuantificará en función de las circunstancias del caso y la gravedad de la lesión efectivamente producida, en la que se tendrá en cuenta la difusión o medio a través del cual se hubiese producido.

La divulgación de la imagen de la representada no ha podido ocasionar una lesión en su derecho a la intimidad, pues no la presenta en circunstancias en nada distintas a las que ella misma publica a través de sus perfiles en redes sociales abiertos al público general. Así se ha apreciado por el Tribunal Supremo en anteriores ocasiones, en las que conociendo de causas con gran similitud con la presente: “[la] actora, evidentemente que tiene derecho al respeto de su imagen, pero cuando ella ha posado para la obtención de las fotografías litigiosas el único problema es el de si se han publicado sin su consentimiento o no. Por ello es limitado el daño moral que puede alegarse para su compensación pecuniaria. Sentencia del Tribunal Supremo 7859/2002 (Sala de lo Civil), de 25 de noviembre 2002 (Ponente: Don Antonio Guillon Ballesteros; ID CENDOJ: 28079110012002102524), (FJ 3).

De igual modo debe descartarse que la promoción de la imagen haya ocasionado un perjuicio económico en la demandante, por cuanto la actividad que configura su *modus vivendi* no se ha visto sino favorecido con la distribución de su imagen en conexión con una marca tan renombrada como SPCE IBIZA. Los personajes públicos gozan a menudo

de promoción sin retribución con el único objetivo de incrementar su reconocimiento público y con ello su *caché*.

A mayor abundamiento, esta parte está intrigada por el alcance del renombre y fama que se atribuye la actora. De acuerdo con la pericial estadística adjuntada, únicamente un 0,2% de la población reconoce la actora, siendo objeto de análisis el mismo sector poblacional objetivo de la campaña promocional. De este despreciable porcentaje, tan solo un 36% era capaz de reconocer la contraparte en la portada del CD.

Estos datos se reducen considerablemente cuando la misma cuestión se plantea a la población general, en la que únicamente un 0,1 reconoce la modelo, de los cuales únicamente un 56% la puede reconocer en el atuendo que presenta en la imagen de la carátula. Con ello, esta parte viene a cuestionar la autoatribuida fama de la actora, argumento principal de la contraparte para exigir el cobro de parte de los beneficios obtenidos con la venta del CD.

En segundo término, la contraparte sobredimensiona el alcance de la lesión aportando una prueba de su supuesta dimensión global: sostiene que por ofrecerse en páginas web de alcance mundial como lo son “AMAZON” o “VIRGIN”, debe asumirse el más alto alcance territorial de la supuesta lesión.

Pues bien, esta parte ya ha mencionado en los fundamentos de derecho del presente escrito que no participó de la organización y ejecución de la actividad de promoción y mercadotecnia del producto por estar a cargo de la productora A RECORDS, LTD. Sin embargo sí puede asegurar que el ámbito de la cesión de mi representada de los derechos de marca se circunscribía a la elaboración de un CD a comercializarse en el mercado de Reino Unido, de acuerdo con la cláusula 8ª del contrato de cesión mencionado. Si A RECORDS, LTD. se extralimitó en el ámbito territorial de la comercialización pactada, esta parte no tiene manera de saberlo pero sí estaría altamente interesada en conocerlo, puesto que acarrearía una lesión patrimonial a los derechos de marca de los que es titular. Sin perjuicio de lo anterior, esta parte considera relevante esclarecer que las plataformas de venta *online* tienen un alcance global por su misma naturaleza red, por lo que por el mero hecho de comercializar en ellas un producto no puede concluirse que el alcance de la campaña de promoción sea universal, de igual forma que no se predica la internacionalidad de un escaparate repleto de “*pannellets*” porque un ciudadano francés haya comprado una bandeja. Dicho de otro modo, deben analizarse otros elementos, estos sí propiamente referidos a la campaña de promoción para poder delimitar el “*target*” o población a la cual se dirige efectivamente la campaña promocional del producto, que esta parte sostiene que no es otro que el mercado de Reino Unido, y en concreto, sus ciudadanos usuarios de los locales de ocio de la isla pitiusa. Por un lado cabe destacar que las acciones y estrategias publicitarias utilizadas por A RECORDS, LTD. están claramente dirigidas a la población anglosajona aficionada a las actividades lúdico-festivas de la región en la que se encuentra el local de mi representada. Es ese preciso motivo el que justifica de inicio que la marca de mi representada “SPCE IBIZA BCH CLUB” esté presente en el CD, pues constituye el mayor reclamo del producto. Otra evidencia que soporta esta afirmación es el hecho que se haya publicitado en revistas de

la región de temática relacionada con el ocio nocturno, como lo demuestra que hayan mediado revistas titularidad de negocios competidores de mi representada, cuya lengua y contenido tienen como evidente destinatario el natural de reino unido que está transitoriamente visitando la isla para disfrutar de las ofertas de ocio que lo convierten en objetivo o *target* de la campaña. Por último, debe atacarse la dimensión global de la oferta *online* con una simple evidencia: las plataformas de venta *online* sí usan de limitaciones territoriales, las restricciones en los envíos. Así, en los mismos Documentos Cinco y Seis aportados de contrario puede apreciarse al pie de en sendas capturas de pantalla una frase precedida por asterisco que especifica “*UK shipping only*”, traducido cómo “envíos solo a Reino Unido”. Ello sin ni tan siquiera haber mencionado que el hecho que la contraria alega como prueba de la demarcación internacional de la campaña es precisamente que todo el material promocional está escrito en inglés, lengua oficial del territorio objetivo de la campaña.

Por todo ello debe desestimarse, por falta de evidencias concluyentes, que el alcance de la campaña que habría provocado la lesión tenga alcance internacional, pues la jurisprudencia exige probar de forma fehaciente el alcance territorial de la lesión y no se ha procedido de este modo de contrario.

En tercer término y respecto de los beneficios obtenidos con la comercialización del CD en contienda, esta parte insiste en que no dispone de los datos económicos del lucro obtenido por A RECORDS, LTD., por cuanto la contraprestación económica fijada en el contrato de cesión de la marca respondía a una mera obligación de medios, por lo que los resultados no le fueron facilitados.

Sí que debe atacarse la partidista selección de los ejemplos de precio de venta al público del CD aportados de contrario, pues como base de legitimación de la cuantía reclamada únicamente se menciona el punto de venta del CD con un precio más elevado: 32,99 dólares. Esta minuciosa selección es meridianamente capciosa por cuanto, por un lado, omite conscientemente portales en los que el mismo producto se ofrece por precios significativamente inferiores como lo son los 14,99 euros de “FNAC”, o los 7,99 euros de “ALIEXPRESS”; y por el otro olvida convertir el importe a 28,83 euros, que es la moneda en curso legal en España, cuyo ratio de conversión a su favor hace que disminuya la cifra y por consiguiente el efecto de alarma perseguido.

Lo que además debe desmentirse firmemente es que la utilización de la imagen de la modelo haya reportado un beneficio económico diferenciador. Los datos sobre el volumen de discos vendidos se indexan en listados y ránquines al alcance del público general, y puede observarse en el portal “los 40 Principales” cómo los índices de venta del disco en su edición del año pasado son similares a los de este año, cuya comparativa se ha aportado. Desde luego, la “excelente aceptación en el mercado” del producto no se debe a la utilización de la imagen de la modelo, sino al éxito intrínseco de la colaboración ya tan duradera entre mi representada y A RECORDS, LTD.

En el producto comercializado, la imagen de la actora es un elemento meramente accesorio. La prestación principal del CD no era la comercialización de la imagen de la

modelo sino su contenido musical, y si existe algún reclamo fuera de dicho contenido, este es sin duda la imagen de marca de mi representada. Este es, como se ha dicho, el motivo fundamental de la colaboración entre SPCE IBIZA BCH CLUB, S.L. y A RECORDS, LTD., pues es habitual y altamente lucrativo que discotecas de gran renombre produzcan por sí mismas discos con los temas de mayor éxito de la temporada o avalen dicha producción aportando su nombre, teniendo gran acogida entre el público asistente a sus locales. La imagen incluida en la portada no se trata por consiguiente de un elemento trascendental del producto en tanto que no se trata de un componente que sea “*importante, esencial o distintivo*”. Lo realmente distintivo de la portada del disco es la marca de la discoteca de mi representada, no una imagen meramente decorativa del diseño relegada a un segundo plano. La absoluta falta de relevancia de la imagen se demuestra reemplazabilidad, en que en nada se hubiesen modificado las características esenciales del producto de haberse utilizado otro modelo o, incluso, otro tipo de imagen, pues no se trata de una obra gráfica que el comprador adquiere por motivo del personaje en ella representado como podría ser un póster o cartel, sino de una obra musical cuyo empaquetado se complementa con una imagen con carácter meramente decorativo o accesorio.

En conclusión, no existe un lucro obtenido con la intromisión susceptible de ser apropiado por la titular del derecho, por lo que no puede estimarse derecho a percibir indemnización en este concepto.

En cuarto término y en cuanto a la determinación de los beneficios que individualmente SPCE IBIZA BCH CLUB, S.L. ha recibido respecto de la comercialización del CD con la imagen en portada, esta parte recuerda que ha obtenido un único precio por la colaboración con A RECORDS, LTD., por valor de 20.000 euros. Como se ha dicho, este precio es en contraprestación de la cesión de su marca para la producción del disco, aunque no en su integridad, pues una parte, 5.000 euros, responden a facturas impagadas por A RECORDS, LTD. de anteriores ediciones del CD.

Es inimaginable que una cantidad que responde a un concepto tan claro como justo pueda imputarse a un provecho en el que mi mandante nada puede haber tenido que ver. De nuevo, es una cantidad fija que responde a un contrato que sea venido novando por anualidades desde hace ya más de cinco años y que compensa a mi representada por aportar el reclamo que logra la buena acogida del producto en el mercado. En modo alguno ha podido tener incidencia en este precio la utilización de la imagen de la actora, por cuanto la cuantía del contrato de cesión no varía en función de los beneficios que obtiene la venta del producto.

Finalmente, debe analizarse el único contrato que la actora aporta como demostración de su “caché” en trabajos similares. Esta parte pone en cuestión ya de inicio, en vista a pericial aportada, que los pactos contenidos en ese contrato respondan a la cotización real en el mercado por lo elevado de las cantidades pactadas en relación con la cuasi nula relevancia pública de la actora y no a la libre voluntad de las partes – en las que *obiter dicta* pudieron mediar otros motivos –, pero en todo caso deberá tomarse como referencia en vistas a rebatirla.

En primer lugar, dicho contrato establece una prima de sesenta mil euros por seis días de rodaje, y la toma de la fotografía en cuestión no pudo durar más de diez minutos. Haciendo una simple regla de tres, y asumiendo un horario laboral de 8 horas, puede decirse que la actora cobraba el módico precio de 21 euros el minuto, que en el supuesto que nos ocupa resultaría en 208 euros. En segundo lugar, se pacta una prima de otros 60.000 euros en el caso en que finalmente adoptase un papel preponderante en la campaña, supuesto que debe descartarse de plano por los argumentos ya tan largamente desgranados.

A dicha cantidad de 208 euros debe sustraerse la comisión del 20%, esto es, 41,6 euros, a favor de la Agencia de representación que intervino en el negocio jurídico pero que como es obvio no habría intervenido en este caso, por lo que estaríamos hablando de un total de 166,4 euros.

Además, el contrato establecía una prohibición de contratar con la competencia durante un año, limitación que en todo caso debe venir remunerada. Esta parte desconoce en qué medida, pero duda que pudiese ser una cantidad inferior a 100 euros que es lo habitualmente exigido en el sector. Por todo ello, lo único a lo que podría aspirar la demandante es a una indemnización de 66,4 euros, cantidad baja pero justa en atención a lo aquí estudiado, y posiblemente coincidente con lo que A RECORDS, LTD debió ofrecerse a satisfacer en las conversaciones que esta alega haber mantenido con la productora.

Por último, debe desestimarse que la utilización de la imagen en autos haya causado en la actora daño emergente o lucro cesante alguno, por cuanto no se ha alegado que haya sido impedimento para la contratación de campañas profesionales como las que alega haber venido protagonizando, ni se ha justificado otro perjuicio económico sufrido.

Por todo lo anterior, esta parte interesa al Tribunal que la cuantificación de la indemnización que estimare a favor de la demandante y que eventualmente se impusiese a las codemandadas no exceda de la cantidad de SESENTA Y SEIS EUROS CON CUARENTA CÉNTIMOS DE EURO (66,40€), pues ir más allá en la estimación de la reclamación constituiría un lucro no amparado por el derecho, superándose el mero interés de defender el derecho de la demandante. En la eventual imposición, esta parte requiere que se individualicen los daños causados, dado que no puede realizarse una condena solidaria por no haber sido justificado de contrario.

2.3. Cuestiones procesales

2.3.1. Fundamentos de derecho de carácter adjetivo de la contestación a la demanda

Con carácter previo al desarrollo de este apartado, debe efectuarse una precisión respecto del supuesto de hecho a tenor de la dirección del tutor de este trabajo. Se trata de una cuestión relativa a la caducidad de la acción. Pues bien, la acción de protección contra las intromisiones ilegítimas al derecho a la propia imagen tiene una caducidad de

cuatro años contados desde que el legitimado pudo ejercerlas, en nuestro caso, desde que la actora tuvo conocimiento de la utilización de su imagen (*ex art. 9.5 LO 1/1982*). Hay, empero, que aplicar la presunción que tanto hechos como procedimiento acaecen en los años 2006-2007, por lo que no corresponde apreciarla ni de oficio ni a instancia de parte.

Como ha sido referido en el anterior apartado, de acuerdo con la dirección del presente trabajo las cuestiones de índole jurídico-procesal se resuelven en el formato establecido para el apartado homónimo del escrito de contestación a la demanda, el cual puede encontrarse en ANEXO II.

II. JURÍDICO-PROCESALES

PREVIO.- Excepciones procesales por inadecuación de procedimiento y por razón de competencia territorial

De acuerdo con el artículo 405.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC), esta parte opone en este momento procesal, sin perjuicio de su reiteración en la Audiencia Previa, la excepción procesal por inadecuación de procedimiento, por haberse incoado por el cauce del procedimiento especial del artículo 249.1 apartado 2º LEC de tutela del derecho al honor, a la intimidad personal y a la propia imagen; cuando debiese haberse tramitado por el procedimiento declarativo ordinario por razón de cuantía, en este caso, y de acuerdo con la cuantía del procedimiento, por el juicio ordinario de acuerdo con el artículo 249.2 LEC.

En tanto que la demandada acciona por la protección de su derecho de imagen en su vertiente patrimonial, por haber sufrido un perjuicio económico de índole contractual y no moral por los motivos que se en lo sucesivo, dicha protección no es sino objeto de protección procesal común, por cuanto el Tribunal Supremo en su reiterada jurisprudencia (por todas, Sentencia del Tribunal Supremo 3256/2001 (Sala de lo Civil), de 20 de abril de 2001 (Ponente: Don José de Asís Garrote; ID CENDOJ: 28079110012001101956) ha venido exigiendo que se ventilase por vía de procedimientos declarativos ordinarios en razón de cuantía económica, lejos del procedimiento especial por razón de materia en protección judicial de derechos fundamentales.

Por tratarse de un procedimiento en reclamación de cuantía ascendente a 20.000 euros, corresponde al tribunal ventilar la cuestión por el cauce del juicio ordinario, de acuerdo con el artículo 249.2 LEC.

A pesar de haberle precluido a esta parte la oportunidad procesal para contestar el procedimiento elegido de contrario para ventilar la cuestión, es oportuno mencionar que de apreciarse la excepción procesal expresada anteriormente, el artículo 50 LEC establece que el tribunal territorialmente competente para conocer de la causa debe ser el del domicilio del demandado. Estándose a que en este procedimiento existen dos demandados, y de acuerdo con el artículo 53.2 LEC, la actora debiera haber optado por presentarla ante el tribunal territorialmente competente bien en el domicilio de mi representada, esto es, en Ibiza, o en la de la codemandada, en Londres. En todo caso, de estimarse que el procedimiento debería haberse accionado por la vía del juicio ordinario

por razón de materia, no podrá ser procedente aplicar el fuero especial por razón de materia consagrado 53.1 apartado 6º LEC y apelado por la contraparte, por lo que deberá estimarse la presente excepción procesal por razón de competencia territorial.

PRIMERO.- Capacidad procesal y representación

Respecto a la demandante, y en hasta donde conoce esta parte, es mayor de edad, en pleno disfrute de sus derechos civiles y capacidad de obrar, por lo que de acuerdo con el artículo 6.1 apartado 1º y 7.1 LEC tiene capacidad para ser parte y comparecer por sí misma en este procedimiento.

Con relación a mi mandante, está legalmente constituida y tiene plena capacidad para ser parte de este proceso y comparecer en juicio, en aplicación del artículo 6.1 apartado 3º y 7.1 LEC, y comparece debidamente representada por su administrador único.

En cuanto a la codemandada, y en hasta donde conoce esta parte, está legalmente constituida y tiene plena capacidad para ser parte de este proceso y comparecer en juicio, de acuerdo con el artículo 6.1 apartado 3º y 7.1 LEC, aunque en tanto que persona jurídica deberá comparecer debidamente representada por la persona física que le represente.

SEGUNDO.- Postulación y defensa

De acuerdo con los artículos 23 y 31 LEC, la demandada comparece representada de procurador habilitado para actuar en la demarcación del Partido Judicial de Barcelona, en virtud de poder general para pleitos que acompaño para su unión a los autos solicitando la devolución del original; bajo la dirección letrada de la abogada ejerciente en el Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona con número de colegiación 00000.

TERCERO.- Legitimación

Ciertamente, de acuerdo con el artículo 10 LEC, la legitimación activa recae en el titular del derecho a la propia imagen por tratarse de un derecho personalísimo e indisponible. En caso de fallecer el titular, esta legitimación se extiende a sus herederos, a quienes se les transmiten los derechos económicos, y, en último término, al Ministerio fiscal. Sin embargo, esta parte se muestra disconforme con lo alegado de contrario respecto a la legitimación pasiva de este procedimiento, puesto que mi mandante no ha intervenido y por lo tanto no ha podido causar la lesión al derecho de imagen cuya protección reclama la actora.

CUARTO.- Jurisdicción

Conformes con la atribución, de acuerdo con el artículo 9.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, a los Juzgados del Orden Civil.

QUINTO.- Competencia objetiva

Conformes con la atribución del asunto en primera instancia al Juzgado de Primera Instancia de acuerdo con el artículo 85.1 LOPD y 45 de la LEC.

SEXTO.- Competencia territorial

Disconformes por lo desarrollado en el argumento jurídico-procesal Previo. El tribunal competente debe aquél competente en cualquiera de las residencias de los demandados y no del demandante, conforme al artículo 53.2 LEC.

SÉPTIMO.- Competencia territorial

Disconformes por lo tratado en el argumento jurídico-procesal Previo. En vistas a los hechos de la demanda, corresponde ventilar el litigio por razón de cuantía superior a 6.000 euros, esto es, por el cauce del juicio ordinario del artículo 249.2 LEC.

2.3.2. Encabezamiento y *petitum* de la demanda

De nuevo, la resolución del presente apartado se realiza desde la formalidad que aplica al escrito de contestación a la demanda.

2.3.2.1. Encabezamiento del escrito de contestación a la demanda

Juzgado Primera Instancia n.º 8 de Barcelona

Procedimiento de tutela del derecho al honor, a la intimidad personal y a la propia imagen n.º 18/2007-C

AL JUZGADO

Doña María Clara Deulofeu Expósito, procuradora de los tribunales y de la mercantil **SPCE IBIZA BCH CLUB, S.L.** según acredita mediante la escritura de poder especial para pleitos que acompaño para su unión a los autos solicitando la devolución del original, actuando bajo la dirección de la letrada Doña Eulàlia Roca Grau, colegiada ICAB n.º 00000, ante el juzgado comparezco y como mejor en Derecho proceda, **DIGO:**

Que en fecha 22 de septiembre de 2017 nos ha sido notificada demanda de juicio ordinario en ejercicio de acción de protección de los derechos fundamentales por la representación de D.ª Ana Claudia, y dentro del plazo conferido al efecto, de conformidad con lo establecido en los artículos 405 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC), por medio del presente escrito paso a formular escrito de **CONTESTACIÓN A LA DEMANDA**, con base a los siguientes

2.3.2.2. Petitum del escrito de contestación a la demanda

Por todo ello,

AL JUZGADO SOLICITO que teniendo por presentado este ESCRITO DE CONTESTACIÓN A LA DEMANDA, en tiempo y en forma, y admitiéndolo, se sirva tener por contestada la demanda en los autos de referencia y, previos los trámites de Ley, dicte Sentencia por la que desestime íntegramente la demanda, absolviendo a mi

mandante de los pedimentos formulados de contrario, con expresa condena en costas a la parte actora, y lo demás que en Derecho proceda. En su virtud,

Por ser de Justicia que se pide en Barcelona, a 20 de febrero de 2007.

OTROSÍ PRIMERO DIGO que subsidiariamente, de apreciarse la intromisión ilegítima alegada de contrario, se absuelva de ella a esta parte por no haber intervenido en su perpetración y por consiguiente tampoco se le condene en costas. Por lo expuesto,

DE NUEVO SOLICITO que, teniendo por efectuada la anterior manifestación, se sirva acordar lo que proceda.

Es de Justicia que pido en lugar y fecha indicados ut supra.

OTROSÍ SEGUNDO DIGO que con subsidiaridad a la anterior petición, si se condena a mi representada en el pago de la indemnización pedida por la actora, esta se cuantifique con arreglo a los criterios aquí argumentados con un límite de cuantía de **SESENTA Y SEIS EUROS CON CUARENTA CÉNTIMOS DE EURO (66,40 €)**, que en todo caso no se impute a esta parte en carácter de condena solidaria con la codemandada sino que se individualice en función de la participación que se estime que haya tenido cada una de las demandadas, y en todo caso no se impongan las costas a esta parte por no estimarse todas las pretensiones de la actora. Por lo expuesto,

DE NUEVO SOLICITO que, teniendo por efectuada la anterior manifestación, se sirva acordar lo que proceda.

Es de Justicia que pido en lugar y fecha indicados ut supra.

María Clara Deulofeu Expósito

Procuradora del ICPB

Eulàlia Roca Grau

Letrada ICAB n.º 000000

2.3.3. Instructa

Se preparan dos instructas, una primera que contiene información relevante a hacer valer en el acto de la audiencia previa, como son los artículos de proposición o tacha de la prueba; y una segunda en la que se contiene la proposición de prueba que se entregará al tribunal. El contenido de la instructa de uso personal en el acto de la Audiencia previa se desarrolla en el presente apartado.

De acuerdo con el artículo 124.1 LEC, los peritos designados por el tribunal podrán ser recusados por la vía del incidente de recusación del 127 LEC, por (i) haber dado dictamen contrario a la parte recusante sobre el mismo asunto y con carácter previo, ya

fuere dentro. Fuera del proceso; (ii) haber prestado servicios o ser dependiente o socio de la parte contraria o (iii) tener participación en una sociedad, establecimiento o empresa parte del proceso.

En aplicación del artículo 124.2 LEC, aquellos peritos que fuesen autores de dictámenes presentados por las partes podrán ser tachados, que no recusados, de acuerdo con los artículos 343 y 344 LEC, esto es, por las causas siguientes: (i) ser o haber sido cónyuge o pariente por consanguinidad o afinidad de una de las partes o sus representantes procesales; (ii) tener interés directo o indirecto en el asunto o en semejante; (iii) estar en situación de dependencia, comunidad o contraposición de intereses con una de las partes o sus representantes; (iv) tener amistad íntima o enemistad con cualquiera de las partes o sus representantes; (v) otra circunstancia que les haga desmerecer en cuanto a profesionalidad. Las tachas, en sede de juicio ordinario, se ponderarán en la audiencia previa.

Los testigos propuestos por la contraria podrán ser tachados, de acuerdo con el artículo 377, por las causas siguientes: (i) ser o haber sido cónyuge o pariente por consanguinidad o afinidad de una de las partes o sus representantes procesales; (ii) tener interés directo o indirecto en el asunto o en semejante; (iii) estar en situación de dependencia, comunidad o contraposición de intereses con una de las partes o sus representantes; (iv) tener amistad íntima o enemistad con cualquiera de las partes o sus representantes; (v) haber sido condenado por falso testimonio. Las tachas de testigos deberán formularse antes de que comience el juicio.

Con la formulación de las tachas, de acuerdo con el artículo 379 LEC, se podrá proponer prueba que la justifique exceptuando la testifical.

La parte que asistiese a la tacha de su testigo deberá oponerse por escrito en el plazo máximo de tres días, pudiendo aportar documentos, o de otro modo se entenderá que reconocer el fundamento de la tacha (artículo 279.3 LEC).

De acuerdo con el artículo 285 LEC, ante la admisión o inadmisión de una prueba cabrá recurso de reposición que se sustanciará y resolverá oralmente en la misma audiencia previa, y si se desestimare, la parte que lo hubiese interpuesto debe formular protesta a los efectos de poder hacer valer sus derechos en una eventual segunda instancia. Para que dicho recurso se encuentre formalmente bien formulado deberá invocarse expresamente el artículo 285 en conexión con el precepto que se considere infringido por la resolución recurrida. Así, invocaremos infracción del artículo 337 LEC en caso que el tribunal admita un informe pericial aportado de contrario el mismo día de la audiencia previa sin haberse dado previo traslado, el artículo 264.3 frente a la inadmisión de documentos aportados que acrediten el valor de la cosa litigiosa.

De acuerdo con el artículo 370 LEC; las partes podrán hacer notar al tribunal la concurrencia de cualquiera de las circunstancias de tacha del testigo-perito.

2.3.4. Proposición de prueba

Con la venia del tribunal,

La representación de la parte codemandada, la mercantil SPCE IBIZA BCH CLUB, S.L., propone los siguientes MEDIOS DE PRUEBA.

1. INTERROGATORIO de la actora, Doña ANA CLAUDIA ARANJUEZ ROLDÁN.
2. INTERROGATORIO de la codemandada, A RECORDS, LTD.
3. TESTIFICAL, interrogatorio de los testigos que se mencionan a continuación y que deberán ser citados judicialmente.
 - Al fotógrafo profesional D. JUAN RETRATISTA CAMARÓN, con Documento Nacional de Identidad (DNI) n.º 000000002-X y domicilio en 07800 Ibiza, Calle de Sta. Eularia des Riu, n.º 2, 2-1. Esta parte solicita que este testigo sea citado por el tribunal.
 - A la directora de mercadería de SPCE IBIZA BCH CLUB, S.L. Doña MARÍA PINTA MONAS, con DNI 00000004-E y domicilio en 07800 Ibiza, Calle de Noctámbulos, n.º 6, 1. Esta parte solicita que este testigo sea citado por el tribunal.
 - A la directora de mercadería de A RECORDS, LTD. Doña MARY SHEEP, con domicilio en SW1V Londres (REINO UNIDO), Brianston St., n.º 44, 9-2. Respecto de este testigo esta parte no dispone en este momento de algunos de sus datos, como es el caso de su número de pasaporte, por lo que de acuerdo con el artículo 285 LEC los aportará en el plazo de 5 días. Esta parte solicita que este testigo sea citado por el tribunal.
 - Al perito estadístico Don SALOMÓN MONEDERO GARCÍA, con DNI 000000003-Z y domicilio en 1700 Girona, Calle de la Creu, n.º 1, 1-2. Esta parte solicita que este testigo sea citado por el tribunal.
4. PERICIAL
 - Dictamen pericial estadístico emitido por Don SALOMÓN MONEDERO GARCÍA, de fecha 5 de febrero de 2007, que obra en autos.
5. DOCUMENTAL, por reproducida:
 - Prueba de la difusión pública de la imagen de la interesada, acaso en situaciones similares (fiestas, discotecas, baile), adjuntado a la contestación como DOCUMENTO DOS.
 - La contestación al burofax recibido en fecha 4 de diciembre de 2006, adjuntado a la contestación como DOCUMENTO TRES.
 - Contrato de prestación de servicios entre Spce Ibiza Bch Club, S.L. y el fotógrafo autónomo D. JUAN RETRATISTA CAMARÓN, adjuntado a la contestación como D DOCUMENTO CUATRO.
 - El contrato cesión de marca entre Spce Ibiza Bch Club, S.L. y A Records, Ltd., adjuntado a la contestación como DOCUMENTO CINCO.

- Cadena de correos entre el departamento de diseño de A Records, Ltd. y el de Spce Ibiza Bch Club, S.L., adjuntado a la contestación como DOCUMENTO SEIS.
 - Dictamen pericial sobre datos estadísticos relativos al reconocimiento de por parte del público objetivo, adjuntado a la contestación como DOCUMENTO SIETE.
 - Capturas de pantalla de distribuidores *online* del disco, adjuntado a la contestación como DOCUMENTO OCHO.
 - Comparativa entre índices de volúmenes de venta del disco en sus promociones de 2005 y 2006, adjuntado a la contestación como DOCUMENTO NUEVE.
6. La interesada por el Ministerio Fiscal y demás partes personadas.

2.3.5. Listado de preguntas a realizar en el interrogatorio

Se listan en lo sucesivo las preguntas propuestas ex ante y sin perjuicio de modificarse en función del desarrollo del juicio. Las preguntas incluidas siguen todas ellas una misma regla: evitar se capciosas, impertinentes o inútiles para no ser rechazadas por el Tribunal.

1. Interrogatorio de la actora, Doña ANA CLAUDIA ARANJUEZ ROLDÁN

- En sus visitas al local de mi representada, tuvo algún contacto con
- ¿Firmó usted algún contrato, autorización, o similar por el cual autorizara el fotógrafo que le tomó la fotografía a utilizarla?
- ¿Autorizó usted a que alguien para que pudiese ceder su derecho de imagen a terceros?
- ¿Posó usted para la toma de alguna fotografía?
- ¿Se identificó el fotógrafo? ¿Le enseñó algún distintivo que lo distinguiese como parte del personal de mi representada? ¿Cómo era ese distintivo?
- ¿Mantiene sus redes sociales abiertas al público, esto es, sin restricciones de acceso?
- ¿Ha publicado anteriormente alguna imagen en la que estuviese participando de una fiesta o se encontrase en un local de ocio nocturno?

2. Interrogatorio de la codemandada, A RECORDS, LTD.

- ¿Medió algún contrato entre A RECORDS LTD y el autor de la fotografía?
- ¿Medió algún precio? ¿Cuál?
- ¿Por qué no se procedió a recabar nuevo consentimiento de la Sra. Ana Claudia Aranjuez Roldán?

3. Testifical del fotógrafo profesional Don JUAN RETRATISTA CAMARÓN

- ¿Cuántos profesionales de la fotografía se encontraban autorizados por SPCE IBIZA BCH CLUB, S.L. entre los meses de junio a septiembre 2006?
- ¿Ha visto usted antes esta fotografía?
- ¿Es usted su autor?
- ¿Conoce usted quien la realizó?

4. Testifical de la directora de mercadotecnia de SPCE IBIZA BCH CLUB, S.L. DOÑA MARÍA PINTA MONAS

- ¿En qué consistían su relación con Mary Sheep?
- ¿Se le permitió modificar el diseño de la carátula del CD? ¿Respecto de qué elementos?
- ¿Intervino usted o alguien de su equipo en la elección de la fotografía incluida en el diseño?

5. Testifical de la directora de mercadotecnia de A RECOR, LTD. DOÑA MARY SHEEP

- ¿Tomó usted o alguien de su equipo la decisión creativa de utilizar la fotografía presente en el diseño final de la carátula del CD?
- ¿Quién les proveyó tal fotografía?
- ¿Por qué medios se cedió la fotografía?

6. Testifical del perito estadístico Don SALOMÓN MONEDERO GARCÍA

- En atención a su dictamen, ¿qué porcentaje de la población reconoce la Sra. Ana Claudia Aranjuez Roldán?
- ¿Qué porcentaje del público objetivo de la campaña promocional reconoce la Sra. Ana Claudia Aranjuez Roldán?
- ¿Qué porcentaje de población general reconoce la Sra. Ana Claudia Aranjuez Roldán en la carátula del CD?
- ¿Qué porcentaje del público objetivo de la campaña promocional reconoce la Sra. Ana Claudia Aranjuez Roldán en la carátula del CD?

2.4. Asesoramiento al cliente

2.4.1. Probabilidad de éxito

En atención a la doctrina jurisprudencial mayoritaria estudiada, es una causa que pocas probabilidades tiene de mantener indemne a mi representada, y ello debe ser convenientemente informado al cliente.

Las características de los antecedentes de hecho que hacen muy difícil que la causa prospere en favor de esta parte son dos: (a) la falta de consentimiento de la interesada; (b) el que la explotación de la imagen no se haya hecho bajo el paraguas de protección de un

derecho fundamental en colisión con el de imagen sino en la búsqueda de mero rédito económico.

Sin embargo, hay argumentos para defender la posición de esta demandada, que esgrimidos oportunamente pueden absolver a la mercantil aquí representada, como son: (i) la difícil justificación de haberse producido un daño moral en actos que la propia demandante realiza como *modus vivendi*; (ii) la falta de participación efectiva de la demandada en la toma, edición y publicación de la fotografía, y (iii) las usureras reglas de cuantificación del daño causado.

Respecto a este último punto, como se verá, es relevante a trasladar al cliente la posibilidad material de no obtener condena en costas, por la dificultad de que se aprecien todas las peticiones alzadas de contrario, y en especial, el modo de cálculo de la indemnización reclamada.

2.4.2. Coste del procedimiento

2.4.2.1. Tasas judiciales

Asimismo deberá informarse al cliente sobre la existencia de tasas por el ejercicio de la potestad jurisdiccional, también referidas como tasas judiciales, que le pudiesen ser aplicables.

En la actualidad, en esta materia aplica la Ley 10/2012, de 20 de noviembre, por la que se regulan determinadas tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses, reformada a raíz de la Sentencia del Tribunal Constitucional 140/2016, de 21 de julio, que trae causa de un recurso de inconstitucionalidad presentado por Diputados del Grupo Parlamentario Socialista en el Congreso de los Diputados. A resultas de su artículo 3 en consonancia con el 7, quien promoviere el ejercicio de la potestad jurisdiccional en el orden civil por el cauce del juicio ordinario, esto es, la parte actora que interpusiese demanda o la demandada que reconviniese, queda sujeto al pago de una tasa ascendente a 300 euros. Eventualmente dicha tasa se vería depreciada por la bonificación del diez por ciento contenida en el artículo 10 de la Ley 10/2012 de presentarse el escrito que la origina por vía telemática. Por su parte, al apelante se le instituye sujeto pasivo de una tasa de 800 euros y al que recurriese en casación o por la vía del recurso extraordinario por infracción procesal se le atribuye una cuota tributaria de 1.200 euros. Por último, el recurrente en amparo no debe sufragar ninguna tasa judicial.

Es menester recordar las importantes exenciones, de carácter objetivo y subjetivo, que reconfiguran esta obligación tributaria, que fueron ampliadas en pos del derecho a la tutela judicial efectiva (acceso a la justicia y acceso al recurso) con motivo del fallo constitucional mencionado. En primer término, se aplica un exención objetiva de la tasa al demandante y en su caso también recurrente en procesos especialmente configurados para la protección de derecho y libertades fundamentales como el que nos ocupa. Sin embargo, dicha exención no aplica por no encontrarnos en la posición de demandante.

Tampoco resulta relevante para mi cliente, por tratarse de una mercantil sin derecho a asistencia jurídica gratuita reconocido, la gran exención subjetiva introducida con la sentencia, la aplicada a las personas físicas. Por consiguiente, debe concluirse que en materia de tasas judiciales mi cliente tendría la obligación de pagar la tasa de 300 euros en caso de que la dirección letrada estimase conveniente reconvenir, una tasa que se vería rebajada a 270 euros de tramitarse por medios telemáticos, así como de pagar las tasas de 800 euros y 1.200 euros respectivamente si la estrategia procesal estimase pertinente la apelación o ulteriores recursos de apelación o extraordinario por infracción procesal o de casación.

En el momento coetáneo al supuesto de hecho, no estaba en vigor dicha Ley 10/2020, por lo que no existían tasas judiciales de las que informar al cliente.

2.4.2.1. Honorarios, hoja de encargo y provisión de fondos

De acuerdo con los artículos 23 y 31 LEC, la demandada debe comparecer en este procedimiento representada de procurador y bajo la dirección letrada de abogado en ejercicio.

Los honorarios del Procurador de los Tribunales vienen establecidos por el Real Decreto 1373/2003, de 7 de noviembre, *por el que se aprueba el arancel de derechos de los procuradores de los tribunales*, que resulta de aplicación tanto en el momento de los hechos como en la actualidad. Este Real Decreto no hace mención específica al procedimiento especial de protección de derechos fundamentales, sí relacionada en el anterior Real Decreto 1162/1991, de 22 de julio, *por el que se aprueba el Arancel de Derechos de los Procuradores de los Tribunales*, para cuyo supuesto el artículo 15 establecía una cantidad de 81,06 euros sin perjuicio de los aranceles que pudiesen devengar en caso de reclamarse también un indemnización. Dado que sin embargo un procedimiento en defensa de derechos fundamentales no se sustancia a raíz de una cuantía determinada por tener por objeto materias no susceptibles de cuantificación económica y que dicho procedimiento no tiene fijado expresamente un concepto especial de percepción de derechos del arancel, debemos estarnos al artículo 1.3 del Real Decreto 1373/2003, que establece una cuantía fija de 260 euros.

Debe tenerse en cuenta, además, la indemnización reclamada por la contraparte de 20.000 a los efectos del concepto de “cuantía determinada” del artículo 1.1 del Real Decreto 1373/2003, nos encontramos en la horquilla entre los 12.020,24 euros y los 24.040,48 euros, por lo que los derechos devengados estarán entre los 264,44 y los 396,67 euros, es decir, aproximadamente 330,55 euros. Estando a lo dispuesto en el artículo 2.b del mismo, la acumulación de esta pretensión devenga derechos conforme a su cuantía de forma independiente a los correspondientes por la demanda principal, en un modo tal que vienen a añadirse a los 260 euros ya determinados.

Finalmente, recordar que en juicio ordinario el procurador, con arreglo a la norma contenida en el artículo 1.4 del Real Decreto 1373/2003, tiene derecho a percibir un diez por ciento más sobre los derechos especificados anteriormente, y ello sin perjuicio de los

derechos que devengaren en virtud de la interposición de ulteriores recursos (artículos 48 y ss. del Real Decreto 1373/2003).

Respecto a la remuneración por la prestación de servicios del abogado, la cuantía de los honorarios profesionales a minutarse está sujeta al pacto entre el cliente y su letrado, siempre que se respete la normativa deontológica y la legislación en materia de libre competencia (artículo 39.1 de la Normativa de la Abogacía Catalana). La cuantificación de la minuta no puede ser, por lo tanto, arbitraria, sino que debe partir de una argumentación que la fundamente. Para solventar la cuestión, de entre otros métodos de cálculo a efectos de fijación del importe de los honorarios a percibir por el abogado, nuestro gremio ha venido utilizando ampliamente los criterios orientadores del Colegio profesional al que se adscriben, por ser una guía que racionaliza dicho cálculo y asegura una determinación ajustada y cuanto menos, lejos de ser abusiva.

En la actualidad, la elaboración de “criterios orientativos a los únicos efectos de la tasación de costas y de la jura de cuentas de los abogados” es una facultad otorgada por la Disposición adicional cuarta de la Ley 2/1974, de 13 de febrero, *sobre colegios profesionales*, introducida con la modificación de dicha norma de fecha 22 de diciembre de 2009. Por conocer del procedimiento los tribunales de Barcelona, resultarían de aplicación los criterios orientadores del Ilustre Colegio de la Abogacía de Barcelona, en su versión más reciente, la publicada el 1 de enero de 2010, cuya disponibilidad se ha visto afectada por haber sido recientemente objeto de sanción por parte de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC). La CNMC dictó el 8 de marzo de 2018 una Resolución por la que impuso una sanción de 1,46 millones de euros a nueve colegios de abogados españoles por entender que sus criterios orientadores incurrieran en infracción del artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, *de Defensa de la Competencia*, al realizar “*recomendaciones colectivas e indirectas sobre precios de los honorarios.*”²

Sin perjuicio de dicho procedimiento sancionador, cuya firmeza no es definitiva por cuanto el propio Colegio de abogados barcelonés ha anunciado la interposición de su recurso, esta alumna estima que la aplicación de estos criterios vierte una seguridad sobre lo ajustado del cálculo de los honorarios que favorece su aceptación por parte del cliente, por lo que se procede a su determinación con arreglo a dicha guía orientativa.

De acuerdo con el criterio 30, por un juicio ordinario con cuantía determinada (dado que no se especifica nada de la falta de determinación de cuantía) ascendiente en 20.000 euros corresponde aplicar el veinte por ciento sobre dicha cuantía, resultando una minuta de 4.300 euros.

Por todo lo anterior, en la actualidad esta alumna haría una propuesta a su cliente por una cantidad total de 4.300 euros en concepto de honorarios profesionales, explicando

² PORTELLA, Núria; VILA, Cristina. «La CNMC sanciona a nueve colegios de abogados por prácticas restrictivas de la competencia». 27/03/2018 En: *Cuatrecasas* [en línea]. <<https://bit.ly/2Qe0mVW>>. [Consulta: 25/10/18].

que es un importe del todo razonable y dentro de lo habitualmente cobrado por los profesionales del gremio para el caso que presenta.

Sin embargo, en atención al supuesto de hecho debemos hacer la ficción de que la propuesta económica se realiza *en el momento temporal del supuesto de hecho*, esto es, a inicios del 2007. Los criterios del Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona en vigor en ese año son los publicados en 2004, que en su criterio 4.2 apartado d prescriben la misma recomendación que los de 2009, esto es, unos honorarios de 4.300 euros.

El Código de Consumo de Cataluña establece la obligación de entregar al cliente un presupuesto previo con dicha propuesta económica, que habitualmente se plasma en la hoja de encargo. El Ilustre Colegio de la Abogacía de Barcelona ha puesto a disposición de los colegiados un modelo de dicho documento³.

Será indispensable solicitar al cliente una previsión de fondos que satisfaga, como mínimo, los gastos en los que de inicio se incurrirán en el proceso. En este sentido, deberán proveerse los importes que en su caso se requieran en concepto de tasas judiciales, así como aquellos fondos que requiera el procurador para sus actuaciones al inicio del proceso.

En relación con la provisión de fondos para el abogado, se estima procedente aplicar los criterios orientadores del Ilustre Colegio de la Abogacía de Barcelona ya anteriormente apelados. En su criterio 10, se establece una recomendación que distribuye el importe recomendado de los honorarios a minutar en tres fases distintas, una primera, el período de alegaciones, en la cual se recomienda imputar un cuarenta por ciento del total, una segunda consistente en la audiencia previa, ascendente en un treinta por ciento del total, y una final con una imputación del restante treinta por ciento.

2.4.3. Probabilidad de obtener condena en costas

En su asesoramiento al cliente, el abogado debe mostrarse confiado de su posibilidad de éxito, pero no puede obligar informarle de los distintos escenarios que podrían darse.

En el eventual escenario en que esta parte no viese estimadas sus pretensiones, debe descartarse una condena en costas, pues en vistas a la doctrina jurisprudencial en la materia, rara vez se estiman indemnizaciones por explotaciones ilegítimas de imagen con finalidades publicitarias de cuantías superiores a 17.000 euros, factualidad que sostiene por sí sola dicha afirmación sin necesidad de entrar a valorar el acierto de la fundamentación en que se apoya la actora para el cálculo del importe reclamado. De este modo, una pretensión indemnizatoria como la que se pide de contrario, de cuantía ascendente a 20.000 euros, no se vería estimada en su integridad y por consiguiente no correspondería la imposición de condena en costas.

³Ilustre Colegio de la Abogacía de Barcelona. «Hojas de encargo profesional». 2018. En: *Ilustre Colegio de la Abogacía de Barcelona* [en línea]. <<https://bit.ly/2zZB3wG>>. [Consulta: 25/09/18].

2.4.4. Posibilidad de recurso y ante qué instancias

Contra la sentencia que se dictare por el juez de Primera Instancia del juzgado n.º 8 de Barcelona cabe recurso de apelación de acuerdo con el artículo 455 y ss. LEC. Dicho recurso deberá interponerse contra el mismo juzgado que dictó la sentencia que se impugna en un plazo de 20 días hábiles desde que esta fue notificada. El tribunal competente para resolver de este recurso será la Audiencia Provincial de Barcelona.

Contra la sentencia que se dictase en segunda instancia cabría únicamente interponer recurso extraordinario por infracción procesal de acuerdo con los artículos 458 y ss. LEC o recurso de casación de acuerdo con el artículo 477 y ss. siempre que concurriesen los requisitos que se preceptúan para ser admisibles. Ambos recursos deberán interponerse en un plazo de 20 días hábiles tras la notificación efectiva de la resolución a impugnar y el tribunal competente para resolver será el Tribunal Supremo.

Por último, y dado que se trata de un procedimiento en tutela de derechos fundamentales, será posible recurrir en amparo por el cauce del artículo 44 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. Aunque la legitimidad de dicho recurso recae en el titular del derecho fundamental, también la tiene quién ha sido parte de en el proceso judicial en tutela del derecho siempre que alegue interés legítimo. Este recurso deberá presentarse dentro de los 30 días siguientes a la notificación de la resolución impugnada.

Finalmente, debe mencionarse que en sede de Primera Instancia cabría la posibilidad de interponer recursos contra ciertas decisiones del Tribunal y del Letrado de la administración de justicia: (a) recursos de reposición, con un plazo de 5 días desde que se dictase la decisión de acuerdo con los artículos del 451 al 454 LEC, contra diligencias de ordenación, decretos no definitivos y providencias y autos no definitivos; (b) recursos de revisión, con un plazo de 5 días de acuerdo con el artículo 454 bis LEC, contra los decretos que pongan fin al procedimiento o impidan su continuación o contra los decretos expresamente previstos, y (c) recurso de apelación, con un plazo de 20 días de acuerdo con el artículo 455 y ss. LEC, contra autos definitivos y aquellos autos expresamente señalados por la ley.

2.5. Conclusiones

- I.** En virtud de la doctrina jurisprudencial estudiada se concluye que derecho a la imagen es un derecho con doble dimensión: una primera constitucional, que protege el bien jurídico del derecho de la personalidad, y uno segundo no subsumible en el ámbito de protección del primero, el de carácter meramente patrimonial.
- II.** La estrategia procesal sustantiva de la demandada, con el fin de ver satisfechas sus pretensiones, es acogerse a la dimensión meramente económica de la lesión alegada por la actora, rebatiendo además cualquier cuestión incidental que pudiese haber

dado lugar a pretensiones en conexión con la supuesta intromisión ilegítima cuya tutela judicial civil se persigue en el procedimiento. Frente a la eventualidad en que se estimase, empero, la intromisión ilegítima en los derechos constitucionales de la demandante, la demandada interesa que se aprecie su falta de intervención en ella. En último término, y en el caso de que las anteriores pretensiones se vieses desestimadas.

- III.** En materia de reglas aplicables al proceso y en virtud de la estrategia procesal mencionada la demandada tiene la oportunidad procesal de plantear excepciones procesales por inadecuación de procedimiento y por razón de competencia territorial, así como de presentar un haz de material probatorio en soporte de los argumentos que esgrime, excepciones y pruebas que, sin embargo, tienen muy baja probabilidad de prosperar y de admitirse, respectivamente.
- IV.** Esta parte tiene una probabilidad real de ver desestimadas sus pretensiones, por cuanto las circunstancias del supuesto de hecho se han venido resolviendo en nuestros Tribunales con la estimación de intromisión ilegítima, pese al criterio de esta alumna, que entiende que el bien jurídico protegido por la norma constitucional no tiene un mero carácter económico y por consiguiente únicamente cabe apreciar lesión patrimonial.
- V.** El letrado de la demandada Spce Ibiza Bch Club, S.L. tiene, como se ha expuesto, un margen jurídico para defender a su cliente logrando el mejor de los resultados posibles y así debe informarle. La certera dirección letrada del asunto tendría como consecuencia, entre otros, una alta probabilidad de no obtener condena en costas por no estimarse la totalidad de lo pedido de contrario.
- VI.** Contra la sentencia que se dictase eventualmente en perjuicio de las pretensiones y derechos de la demandada cabe recurso de apelación; contra la sentencia que se dictase por la Audiencia Provincial de Barcelona en segunda instancia cabe, en los casos tasados, recurso de casación o recurso extraordinario por infracción procesal, cuyo conocimiento se atribuye al Tribunal Supremo; y ultimada la vía ordinaria, cabe interponer recurso de amparo, por el cual conocerá de la causa el Tribunal Constitucional.
- VII.** El cálculo del coste total del procedimiento para la demandada incluye los honorarios de su abogado y procurador, por ser preceptiva su intervención, y los honorarios de los peritos que en su caso interviniesen. Dichos gastos podrán verse sufragados por la otra parte, o por el contrario, deberán añadirse a los que incurriese aquella en función de la condena en costas. En el momento coetáneo a los hechos no existían tasas judiciales, por lo que no deben incluirse en el cómputo.

VIII. Como información precontractual, el abogado deberá presentar a su cliente, Spce Ibiza Bch Club, S.L., una propuesta de honorarios en forma de Hoja de encargo, que detalle sus conceptos que justifiquen la cuantía total a minutar, que en este trabajo se ha cifrado en 4.300 euros en concepto de servicios prestados por el abogado, y de 260 a 600 euros en concepto de aranceles del Procurador. El profesional dividir el importe a pagar por la prestación de servicios en una provisión de fondos del 30% con la doble finalidad de hacer frente a los gastos en que pudiese ir incurriendo y asegurarse el pago de su cliente, pues se imputaría al total a minutar.

3. EMISIÓN DEL DICTAMEN

Del análisis jurídico realizado en el presente dictamen al objeto de asesorar a la codemandada Spce Ibiza Bch Club, S.L. en un procedimiento de tutela del derecho al honor, a la intimidad personal y a la propia imagen, se extraen las siguientes recomendaciones.

La alegada lesión que fundamenta la acción de la demandante es subsumible en la dimensión patrimonial del derecho a la propia imagen por lo que ab initio se sugiere negar la existencia de una intromisión ilegítima para focalizar la resolución de la controversia en un plano meramente económico. En la misma línea, es recomendable rebatir cuantos argumentos pueda esgrimir la actora para alegar lesiones a sus derechos en conexión con la pretensión principal. En previsión de una inoportuna estimación de lesión a derecho constitucional, es recomendable por cuanto es también factible en atención a las circunstancias del supuesto alegar subsidiariamente la falta de participación de la mercantil en los hechos constitutivos de intromisión ilegítima. En tercer término, y ante la hipótesis de que tanto intromisión como intervención pudiesen ser apreciadas por el tribunal, debe atacarse el método de cuantificación de la indemnización perseguida por la demandante.

Porque la determinación del tipo de procedimiento recae en la parte contraria, se imponen los requisitos procesales de representación de abogado y procurador, aumentando con ello los costes del procedimiento. Sin embargo, no resulta aplicable tasa judicial alguna.

Se recomienda que el letrado ponga en conocimiento de la sociedad que los aranceles del procurador pueden ascender entre 260 y 600 euros en función del devenir de la causa, y que la minuta del abogado asciende en 4.300 euros, que se recomienda facturar en tres plazos: un primer pago en concepto de provisión de fondos por el 30% del importe final, un segundo pago del mismo porcentaje antes de la Audiencia previa, y un pago por el importe restante al finalizar el procedimiento.

Es recomendable, así mismo, informar de la posibilidad de interponer un recurso de apelación ante la sentencia que recayere en primera instancia, así como posteriormente recurso de casación o recurso extraordinario por infracción procesal. Finalmente, cabría la posibilidad de interponer recurso de amparo. Se recomienda informar al cliente de que estas actuaciones procesales no están amparadas en el presupuesto inicialmente propuesto.

A estos gastos debe añadirse aquellos en que pudiese incurrirse durante el proceso en atención al material probatorio que se interesase aportar por esta parte. Así, se recomienda contratar un perito estadístico, cuyos honorarios quedarían fuera de los precios presentados. En relación con este punto, es recomendable explicar la baja probabilidad de que esta y otras pruebas se admitan, a los efectos de que el cliente pueda administrar su presupuesto. Del mismo modo se recomienda proceder respecto de las excepciones procesales.

Por último, es aconsejable prevenir al cliente de las difíciles perspectivas de éxito de su posición, que sin embargo no puede dejar de defenderse por las negativas consecuencias que puede generarle. A pesar de la garantía de profesionalidad del abogado, la doctrina jurisprudencial en la materia ha asentado un criterio en favor del interesado que perjudica la posición de su parte. Sin embargo, la misma doctrina estima reiteradamente exceptuar la condena en costas, pues las pretensiones de la actora no suelen estimarse en su totalidad.

Por consiguiente, se recomienda presentar escrito de contestación a la demanda contra Spce Ibiza Bch Club, S.L. de acuerdo con la estrategia procesal absolutoria mencionada, previo pago de la provisión de fondos correspondiente al 30% de la minuta del letrado.

BIBLIOGRAFÍA

Artículos doctrinales y bibliografía

«Derecho a la propia imagen». 2009 En: *Wolters Kluwer Guías Jurídicas* [en línea]. <<https://bit.ly/2qSLWMH>>. [Consulta: 25/09/18].

ESCRIBANO, Patricia. «Algunas cuestiones sobre la problemática jurídica del derecho a la intimidad, al honor y a la propia imagen en internet y en las redes sociales». 2015. En: *vLex* [en línea]. <<https://bit.ly/2TE0i0E>>. [Consulta: 05/09/18].

GARCÍA SANZ, Javier. «La protección civil frente a la utilización in consentida de la propia imagen para fines publicitarios o comerciales. Doctrina judicial». 2007 En: *Uría Menendez* [en línea]. <<https://bit.ly/2ONhYDm>>. [Consulta: 25/09/18].

Ilustre Colegio de la Abogacía de Barcelona. «Hojas de encargo profesional». 2018. En: *Ilustre Colegio de la Abogacía de Barcelona* [en línea]. <<https://bit.ly/2zZB3wG>>. [Consulta: 25/09/18].

«La acción de enriquecimiento injustificado por intromisión en los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen». Núm. LXXI-I, Enero 2018. En: *Anuario de Derecho Civil* [en línea]. <<https://bit.ly/2zZB3wG>>. [Consulta: 25/09/18].

LORENTE, M^a Cristina. «Los derechos al Honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen en la jurisprudencia más reciente». 2015. En: *vLex* [en línea]. <<https://bit.ly/2DGp3U9>>. [Consulta: 05/09/18].

PORTELLA, Núria; VILA, Cristina. «La CNMC sanciona a nueve colegios de abogados por prácticas restrictivas de la competencia». 27/03/2018 En: *Cuatrecasas* [en línea]. <<https://bit.ly/2Qe0mVW>>. [Consulta: 25/10/18].

TURULL, Max (Dir.); ALDANUY, Jordi... [et al.]. *Tècniques de treball i de comunicació. Instrumentarium per a les ciències jurídiques i socials*. 2a edición. Barcelona: Huygens editorial, 2013. 335 pág. ISBN 978-84-939245-3-9.

Legislación y normativa

Cataluña. Código de consumo de Cataluña. («BOE» núm. 5677, de 23/07/2010, páginas 7985 a 8056). Texto consolidado. <<https://bit.ly/2NHfnM3>>. [Consulta: 10/11/18].

Cataluña. *Normativa de la Abogacía Catalana*. («DOGC» núm. 5354, de 06/04/2009, páginas 28874 a 28907). <<https://bit.ly/2r0Ra9j>>. [Consulta: 10/11/18].

«Criterios de Honorarios del Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona, de noviembre de 2004». En: *Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona* [en línea]. Noviembre 2004. <<https://bit.ly/2R6U1ZF>>. [Consulta: 10/11/18].

«Criterios de Honorarios del Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona, de noviembre de 2010». En: *Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona* [en línea]. Enero 2010. <<https://bit.ly/2KuFrZg>>. [Consulta: 10/11/18].

España. Código Civil. («BOE» núm. 206, de 25/07/1889, páginas 249 a 259). Texto consolidado. <<https://bit.ly/1UkAJti>>. [Consulta: 10/11/18].

España. Estatuto General de la Abogacía Española. («BOE» núm. 164, de 10/07/2001, páginas 24913 a 24932).

España. Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. («BOE» núm. 7, de 08/01/2000, páginas 575 a 728). Texto consolidado. <<https://bit.ly/2rultYh>>. [Consulta: 10/11/18].

España. Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia. («BOE» núm. 159, de 04/07/2007, páginas 28848 a 28872).

España. Ley 22/2010, de 20 de julio, del Código de consumo de Cataluña. («BOE» núm. 196, de 13/08/2010, páginas 71949 a 72020). Texto consolidado. <<https://bit.ly/2NHfnM3>>. [Consulta: 10/11/18].

España. Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional. («BOE» núm. 239, de 05/10/1979, páginas 23186 a 23195).

España. Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, sobre protección civil del derecho al honor, a la *intimidad* personal y familiar y a la propia imagen. («BOE» núm. 115, de 14/05/1982, páginas 12546 a 12548).

España. Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. («BOE» núm. 157, de 02/07/1985, páginas 20632 a 20678). Texto consolidado. <<https://bit.ly/1cBJyQw>>. [Consulta: 10/11/18].

España. Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal. («BOE» núm. 298, de 14/12/1999, páginas 43088 a 43099).

España. Real Decreto de 24 de julio de 1889, por el que se publica el Código Civil. («BOE» núm. 206, de 25/07/1889, páginas 249 a 259).

España. Real Decreto 658/2001, de 22 de junio, por el que se aprueba el Estatuto General de la Abogacía Española. («BOE» núm. 164, de 10/07/2001, páginas 24913 a 24932).

España. Real Decreto 1373/2003, de 7 de noviembre, por el que se aprueba el arancel de derechos de los procuradores de los tribunales. («BOE» núm. 278, de 20/11/2003, páginas a 41054 a 41065).

España. Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal. («BOE» núm. 17, de 19/01/2008, páginas 4103 a 4136).

España. Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal. («BOE» núm. 17, de 19/01/2008, páginas 4103 a 4136). Texto consolidado. <<https://bit.ly/1UHU2Sw>>. [Consulta: 10/11/18].

España. Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal. («BOE» núm. 17, de 19/01/2008, páginas 4103 a 4136). Texto consolidado. <<https://bit.ly/1UHU2Sw>>. [Consulta: 10/11/18].

España. Resolución JUS/880/2009, de 24 de marzo, *por la que, habiendo comprobado previamente su adecuación a la legalidad, se inscribe en el Registro de Colegios Profesionales de la Generalidad de Cataluña la Normativa de la Abogacía Catalana*. («DOGC» núm. 5354, de 06/04/2009, páginas 28874 a 28907).

Unión Europea. Reglamento (UE) 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*. («DOUE» núm. 119, de 04/05/2016, páginas 1 a 88).

Jurisprudencia

Sentencia del Tribunal Supremo 707/1998 (Sala de lo Civil), de 7 de julio de 1998 (Ponente: Don José Luis Albacar López; ID CENDOJ: 28079110011998101452).

Sentencia del Tribunal Constitucional 81/2001 (Sala Segunda), de 26 de marzo de 2001 (Ponente: Don Carles Viver Pi-Sunyer; ECLI:ES:TC:2001:81).

Sentencia del Tribunal Constitucional 139/2001 (Sala Segunda), de 18 de junio de 2001 (Ponente: Don Pedro Cruz Villalón; ECLI:ES:TC:2001:139)

Sentencia del Tribunal Constitucional 156/2001 (Sala Segunda), de 2 de julio de 2001 (Ponente: Don Carles Viver Pi-Sunyer; ECLI:ES:TC:2001:156).

Sentencia del Tribunal Supremo 3256/2001 (Sala de lo Civil), de 20 de abril de 2001 (Ponente: Don José de Asís Garrote; ID CENDOJ: 28079110012001101956).

Sentencia del Tribunal Supremo 371/2002 (Sala de lo Civil), de 25 de enero 2002 (Ponente: Don Antonio Guillon Ballesteros; ID CENDOJ: 28079110012002101691).

Sentencia del Tribunal Supremo 7859/2002 (Sala de lo Civil), de 25 de noviembre 2002 (Ponente: Don Antonio Guillon Ballesteros; ID CENDOJ: 28079110012002102524).

Sentencia del Tribunal Supremo 218/2004 (Sala de lo Civil), de 17 de marzo de 2004 (Ponente: Don Pedro González Poveda; ID CENDOJ: 28079110012004100177).

Sentencia del Tribunal Supremo 8124/2007 (Sala de lo Civil), de 28 de noviembre de 2007 (Ponente: Don José Ramón Ferrándiz Gabriel; ID CENDOJ: 28079110012007101273).

ANEXO I. HECHOS DEL SUPUESTO DE HECHO

“HECHOS DE LA DEMANDA

I. Que en el verano de 2006, la demandante se encontraba en el interior de la discoteca “SPCE”, ubicada en la playa d’en Bossa, Ibiza, y le fueron realizadas unas fotografías por el personal del mencionado local sin que tuviera conocimiento de ello.

II. Dichas fotografías las realizaron, al parecer, miembros de la discoteca, y posteriormente cedieron las imágenes a la productora demandada para realizar un CD de la propia SPCE.

III. La productora, A Records, Ltd., utilizó como carátula del CD una de las fotografías, para lo cual aisló digitalmente la figura del entorno real que la rodeaba, y todo ello sin solicitar la autorización de la denunciante.

Se adjuntó a la demanda como DOCUMENTO 1 la carátula del CD “A Records SI Presents SPCE IBIZA mixed by D Picci”.

IV. Nuestra representada vio, por casualidad, que habían reproducido su imagen en un CD (ver el DOCUMENTO UNO) y, posteriormente, en carteles y pancartas publicitarias (ver el documento 2), en diferentes medios escritos españoles (ver el DOCUMENTO TRES) y otros de índole nacional e internacional (ver el DOCUMENTO 4).

Se adjuntó a la demanda como DOCUMENTO DOS, fotos tomadas de un local de Ibiza de carteles y pancartas publicitarias del CD.

Se adjuntó a la demanda como DOCUMENTO TRES, 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.

Se adjuntó a la demanda como DOCUMENTO CUATRO revista “PCHA”; de julio -agosto de 2006, en su página 12 en la que se reproduce la fotografía del CD.

El mencionado CD se puede adquirir por Internet, desde cualquier país, y, a modo de ejemplo, en las páginas web de Amazon o en la de VIRGIN, que nos envía directamente a la página web de Amazo.com, y en tiendas como las de VIRGIN MSTORE, las cuales se encuentran en la red disponibles en todo el mundo, y en las tiendas físicas de esta última marca en los cinco continentes. Se adjuntó a la demanda como DOCUMENTO CINCO captura de la página web de Amazo.com con la imagen del CD, en fecha de 23 de Enero de 2007.

Se adjuntó a la demanda como DOCUMENTO SEIS captura de la página web de VIRGIN con la imagen del CD, en fecha 23 de Enero de 2007.

V. Se produjeron contactos con A RECORDS, LTD., y con la discoteca SPCE con el objetivo de poner fin a tal intromisión ilegítima, así como para solicitar una compensación económica por el daño sufrido. La mercantil SPCE IBIZA BCH CLUB, S.L. 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. A su vez, también se contactó con A Records, Ltd. para tratar la situación que hoy demandamos, con la que se llegó a negociar. Esta aceptó que se debía compensar económicamente a nuestra representada, pero ofrecieron unas cantidades insatisfactorias y ridículas teniendo en cuenta las cantidades percibidas en los contratos de

cesión de imagen que nuestra representada realiza. A modo de ejemplo se adjunta un contrato de cesión de imagen por participar como personaje secundario en un anuncio (ver el DOCUMENTO SIETE) de 16 de Agosto de 2006 firmado por nuestra mandante, por el cual en caso de que su imagen se cediera en las ediciones finales de anuncio y apareciera en todo el mundo, podría llegar a percibir un total de 60.000 euros, teniendo en cuenta que se trataba de seis días de rodaje, incluyendo el 20% de Agencia, y resaltando que era un contrato de personaje secundario y no principal como en el caso del CD que la productora ha editado.

Se adjuntó a la demanda como DOCUMENTO SIETE contrato de “consentimiento y publicación: personajes secundarios”, de fecha 16 de Agosto de 2006.

Asimismo, en los contactos mantenidos con la productora se nos aseguró que el CD solo se comercializó en el Reino Unido y no en Ibiza, siendo fácilmente entendible que no se comercializará en ningún otro lugar fuera de las Islas Británicas, aunque ello resulta poco creíble si tenemos en cuenta tanto los DOCUMENTOS TRES y CUATRO, donde se puede observar publicidad del CD en unas publicaciones españolas, una de las cuales También tiene sus textos en inglés, ya que no sólo va orientada al mercado español, así como las ya mencionadas páginas web (ver DOCUMENTO SEIS) y tiendas. Todo ello revela la clara vocación internacional del producto. Por ello, entendemos que dicho CD ha resultado tener un éxito importante que, unido al precio de 32,99 \$ que se puede observar en el DOCUMENTO TRES y CUATRO, se hace evidente un enriquecimiento, por parte de los implicados, más que considerable.

VI. Se envió, con el fin de advertir a dichas sociedades que nos encontrábamos en una situación límite, carta certificada a A Records, Ltd, con fecha de 7 de Diciembre de 2006, y burofaxes a la mencionada, con fecha de 20 de Diciembre de 2006, y a Spce Ibiza Bch Club, S.L, con fecha de 4 de Diciembre de 2006.

Se adjuntó a la demanda como DOCUMENTO OCHO carta certificada enviada a A Records, Ltd., con fecha 7 de Diciembre de 2006.

Se adjuntó a la demanda como DOCUMENTO NUEVE burofax enviado a A Records, Ltd., con fecha 20 de Diciembre de 2006.

Se adjuntó a la demanda como DOCUMENTO DIEZ burofax a Spce Ibiza Beh Club, S.L., con fecha 4 de Diciembre de 2006.

VII. Doña 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.

VIII. A día de hoy, la sociedad SPCE IBIZA BCH CLUB, S.L se mantiene en la posición mencionada en el referido Punto V de los hechos, y con A Records, Ltd. no se ha alcanzado un acuerdo con nuestra representada que, teniendo en cuenta el producto del que se trata, el cual tiene una excelente aceptación en el mercado internacional, y el hecho de que la demandante fundamenta sus ingresos en la cesión de su imagen, resulta comprensible que quiera protegerse ante esta intromisión ilegítima.

CONTESTACIÓN A LA DEMANDA

HECHOS

Primero. A los hechos I al V de la demanda.

Mi representada ignora si la fotografía donde aparece la actora fue tomada dentro de la discoteca.

Y niega rotundamente que alguna persona perteneciente a la plantilla de su discoteca, dependiente de ella o que actuara con su autorización haya tomado esa foto u otras imágenes de la actora, por lo que tampoco se cedieron a la productora A RECORDS, LTD.

Segundo. *Al hecho VI de la demanda*

Reiteramos que no es cierto que mi representada haya reconocido que había autorizado ni cedido esa fotografía.

Y si A RECORDS, LTD. ha aceptado que debe compensar económicamente a la actora, entendemos que ello implica un reconocimiento de su responsabilidad; ignorando esta parte qué cantidad pidió la actora y que cantidad le fue ofrecida.

Tercero. *A los Hechos VII al X de la demanda.*

Es cierto que mi representada recibió esas cartas, y que siempre ha alegado no ser el responsable de la fotografía tomada a la actora ni del uso dado a la misma.

Cuarto. *En relación con la pretensión de indemnización*

La actora nos dice que su profesión es la de modelo publicitaria, y que sus ingresos son precisamente de la cesión de su imagen para diferentes eventos, a cambio de contraprestación económica.

Y en la fotografía ella parece precisamente como una modelo, llevando gafas de sol y el abanico de la discoteca, y un atuendo, peinado y maquillaje que reconocemos que son perfectamente adecuados al ambiente de la discoteca, siendo este el probable motivo por el que la productora del disco eligió la foto.

Esta fotografía no refleja un aspecto de su persona que ella misma haya derivado de la difusión pública, sino todo lo contrario, ya que es precisamente la difusión pública de su imagen su fuente de ingresos.

Por ello, vista la profesión de la actora y vista la portada del disco, no parece que la intromisión ilegítima que denuncia le haya causado un daño moral, porque en esa foto no se la ve en pose ni situación alguna que pueda atentar a su buen nombre, a su vida íntima y reservada o a su prestigio profesional.

Debemos recordar que el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen son ámbitos distintos, y que la actora no denuncia daño alguno a su honor ni a su prestigio profesional.

*Según dice, contactó con mi representada y con la productora codemandada A RECORDS, LTD. “al objeto de poner fin a tal intromisión ilegítima, así como proceder a la inmediata petición de resarcimiento por los daños y perjuicios ocasionados, **en atención al lucro obtenido por las demandadas a costa de su imagen**” (cit. Hecho VI de la demanda, el resaltado es nuestro).*

Y esta es la petición lógica de quien tiene como medio de vida la explotación de sus derechos de imagen para la publicidad de esta; entendiéndose esta parte que, si la actora hubiera obtenido una contraprestación por la cesión de la fotografía para la portada del disco, no hubiera interpuesto ninguna demanda reclamando lesión a su intimidad e imagen.

Dicho esto, la actora afirma que a cambio de su intervención en la campaña de publicidad que fue objeto del contrato que acompaña, percibió la cantidad de 60.000 €, según los propios términos de ese contrato.

De este documento, esta parte ha recibido dos hojas, la primera con el encabezamiento y la segunda con la firma, ignorando si la fotocopia es completa.

Y allí consta que la actora cedía su nombre, imagen y voz, total o parcialmente y de forma conjunta o por separado, para cualquier medio y formato de divulgación, incluido expresamente el CD; siendo el ámbito de la campaña publicitaria toda Europa.

Este contrato se firmó para seis días de rodaje, según se explica en la demanda, a razón de 10.000 € diarios incluido el 20% de comisión para la agencia que la representaba.

Se añade que, en caso de aparecer como artista principal en la edición tendría derecho a percibir una única remuneración adicional de 60.000 € incluida la comisión de agencia.

Existen además otros pagos para opciones en países no europeos, que ignoramos en el caso dado.

El contrato se firmó para una campaña publicitaria de un año de duración y, en la prórroga, se pactó para el segundo año un incremento del 10% sobre las condiciones antes citadas, con cuyo percibo la actora declaró que no recibiría ninguna compensación.

Así resulta que la actora, a cambio de la cesión de su nombre, imagen y voz para una importante campaña multinacional como es Vodafone SA, durante un año, y para toda España habría cobrado 60.000 € por seis días rodaje, y tal vez otros 60.000 € si se mantenían las condiciones que allí se detallan; comprometiéndose además a no aparecer en otras campañas publicitarias de competidores directos de Vodafone SA, se supone que durante el período de duración de la campaña.

En definitiva, la actora puede haber sufrido un daño económico por no haber sido retribuida por la cesión de su imagen para la portada del disco, pero esta parte señala que, dada su profesión de modelo y a la vista de esa fotografía, ningún daño se ha causado a su honor, intimidad o prestigio.

La demandante no ha alegado qué contrataciones podrían haberse visto truncadas con motivo de esas publicaciones, ni que otros perjuicios profesionales podrían haberse causado a la modelo.

Y como antes se ha dicho, no parece que la fotografía de la actora muestre su imagen en un aspecto de su persona que ella desee preservar de la difusión pública a fin de garantizar un ámbito privativo para el desarrollo de su personalidad, pues estaba en un sitio público a la entrada de una discoteca.

En el presente caso la actora ni siquiera menciona en qué se ha visto afectada su dignidad y vida personal, en qué consiste el perjuicio moral que se ha causado a su persona por la publicación de la foto de portada del disco; ni qué intromisión en su vida íntima se ha producido para justificar la elevada indemnización por daños morales que solicita.

Quinto. *Para concretar los hechos que podría dar lugar a indemnización.*

Es cierto que la foto de portada tiene la repercusión mediática que es consustancial al lanzamiento y comercialización del disco por parte de la productora codemandada A RECORDS, LTD., cuyos beneficios esta parte desconoce.

Y es esta productora la que encargó de la promoción del disco, eligiendo por su mayor difusión la revista “PCHÁ” que es de una discoteca competidora directa de SPCE en la Isla de Ibiza.

Pero también es cierto que la intervención de mi representada se ha limitado a la cesión de su marca “SPCE”, y a controlar que en el disco en cuestión su logotipo tiene la forma, tamaño y colocación adecuada.

Esta colaboración entre productoras musicales y discotecas es frecuente, porque la actuación de estas últimas ayuda a vender discos; siendo también lógico un acuerdo del contenido musical, compuesto por temas de la conocida como “música del momento”.

En el acuerdo de cesión de marca existente entre mi representada SPCE y A RECORDS, LTD. Esta productora se encargaba de seleccionar los temas de los disc-jockeys contratados por SPCE, de tratar con ellos la cesión de derechos de autor, del diseño de la portada del disco - respetando la forma, tamaño y colocación del logotipo “SPCE”, como bien se ha dicho- y de la producción, edición y comercialización del mismo; sin que mi representada tuviera participación en los gastos e ingresos derivados de todo ello.

En cuanto a los ingresos, SPCE ha recibido a cambio de la cesión de sus derechos de marca la cantidad de 20.000€ que consta en la factura que se acompaña como DOCUMENTO UNO, que incluye un pago que quedó pendiente del año anterior, correspondiente a la cesión de derechos de marca del disco SPCE.

Dicho esto, mi representada entiende que no puede serle exigida cantidad alguna como contraprestación por la cesión de los derechos de imagen de la actora, y que esta debe dirigirse a la persona que haya tomado su foto sin su consentimiento, y a la empresa que la ha usado en la producción, edición, promoción y comercialización del disco, que es A RECORDS, LTD., la misma que, según dice la actora, le ha ofrecido una compensación económica que ella no acepta.

Aunque pueda decirse que también mi representada se ha beneficiado de la participación de ese disco porque ha recibido un dinero obtenido a cambio de la cesión de su imagen, le parece fuera de toda lógica que deba responder ante la actora por unas ventas y beneficios que le son del todo ajenos, porque es A RECORDS, LTD., la dueña del disco, quien lo ha producido y editado, y quien ha hecho suyas las ganancias derivadas de su comercialización.

(Según los documentos acompañados a la demanda, que son copias de páginas y tiendas de discos en internet, el precio del disco no es de 34,99 dólares USA, como afirma la actora, sino de 17,09 dólares en CDUNIVERS, de 19,95 € en AMAZON, y de 34,99 dólares en VIRGINMEGAST).

Sexto. *Respecto a SPCE.*

SPCE no ha colaborado en modo alguno en la edición gráfica del disco ni en la elección de su fotografía de portada, ni tampoco puede ser considerada cooperadora necesaria en la difusión de dicha foto, por lo que entendemos que no puede ni debe apreciarse concurrencias de culpas, siendo la conducta de la productora A RECORDS, LTD. la única y exclusiva determinante de esa publicación.

Apreciar la existencia de culpa en mi representada supondría imponerle una responsabilidad puramente objetiva, contraria a los principios que regulan la responsabilidad civil en nuestro ordenamiento.

En definitiva, como ya se ha dicho, mi representada no ha intervenido en la elección de la foto de la actora, ni en el diseño gráfico del disco, por lo que ninguna intencionalidad cabe atribuirle como sujeto de esas conductas infractoras: SPCE no ha vulnerado el derecho a la intimidad y a la propia imagen de la actora, ni ha participado en modo alguno en la intromisión ilegítima que ella denuncia.”

ANEXO II. CONTESTACIÓN A LA DEMANDA

Juzgado Primera Instancia n.º 8 de Barcelona

Procedimiento de tutela del derecho al honor, a la intimidad personal y a la propia imagen n.º 18/2007-C

AL JUZGADO

Doña María Clara Deulofeu Expósito, procuradora de los tribunales y de la mercantil **SPCE IBIZA BCH CLUB, S.L.** según acreditado mediante la escritura de poder especial para pleitos que acompaño para su unión a los autos solicitando la devolución del original, actuando bajo la dirección de la letrada Doña Eulàlia Roca Grau, colegiada ICAB n.º 00000, ante el juzgado comparezco y como mejor en Derecho proceda, **DIGO:**

Que en fecha 22 de septiembre de 2017 nos ha sido notificada demanda de juicio ordinario en ejercicio de acción de protección de los derechos fundamentales por la representación de Doña Ana Claudia, y dentro del plazo conferido al efecto, de conformidad con lo establecido en los artículos 405 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC), por medio del presente escrito paso a formular escrito de **CONTESTACIÓN A LA DEMANDA**, con base a los siguientes

HECHOS

PREVIO.- Negamos los hechos de la demanda en cuanto no se admitan expresamente en los siguientes.

PRIMERO.- A los hechos I al V de la demanda

Mi representada ignora si la fotografía donde aparece la actora fue tomada dentro de la discoteca.

Y niega rotundamente que alguna persona perteneciente a la plantilla de su discoteca, dependiente de ella o que actuara con su autorización haya tomado esa foto u otras imágenes de la actora, por lo que tampoco se cedieron a la productora A RECORDS, LTD.

SEGUNDO.- Al hecho VI de la demanda

Reiteramos que no es cierto que mi representada haya reconocido que había autorizado ni cedido esa fotografía.

Y si A RECORDS, LTD. ha aceptado que debe compensar económicamente a la actora, entendemos que ello implica un reconocimiento de su responsabilidad; ignorando esta parte qué cantidad pidió la actora y que cantidad le fue ofrecida.

TERCERO.- A los Hechos VII al X de la demanda

Es cierto que mi representada recibió esas cartas, y que siempre ha alegado no ser el responsable de la fotografía tomada a la actora ni del uso dado a la misma.

CUARTO.- En relación con la pretensión de indemnización

La actora nos dice que su profesión es la de modelo publicitaria, y que sus ingresos son precisamente de la cesión de su imagen para diferentes eventos, a cambio de contraprestación económica.

Y en la fotografía ella parece precisamente como una modelo, llevando gafas de sol y el abanico de la discoteca, y un atuendo, peinado y maquillaje que reconocemos que son perfectamente adecuados al ambiente de la discoteca, siendo este el probable motivo por el que la productora del disco eligió la foto.

Esta fotografía no refleja un aspecto de su persona que ella misma haya derivado de la difusión pública, sino todo lo contrario, ya que es precisamente la difusión pública de su imagen su fuente de ingresos.

Por ello, vista la profesión de la actora y vista la portada del disco, no parece que la intromisión ilegítima que denuncia le haya causado un daño moral, porque en esa foto no se la ve en pose ni situación alguna que pueda atentar a su buen nombre, a su vida íntima y reservada o a su prestigio profesional.

Debemos recordar que el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen son ámbitos distintos, y que la actora no denuncia daño alguno a su honor ni a su prestigio profesional.

Según dice, contactó con mi representada y con la productora codemandada A RECORDS, LTD. “al objeto de poner fin a tal intromisión ilegítima, así como proceder a la inmediata petición de resarcimiento por los daños y perjuicios ocasionados, **en atención al lucro obtenido por las demandadas a costa de su imagen**” (cit. Hecho VI de la demanda, el resaltado es nuestro).

Y esta es la petición lógica de quien tiene como medio de vida la explotación de sus derechos de imagen para la publicidad de esta; entendiendo esta parte que, si la actora hubiera obtenido una contraprestación por la cesión de la fotografía para la portada del disco, no hubiera interpuesto ninguna demanda reclamando lesión a su intimidad e imagen.

Dicho esto, la actora afirma que a cambio de su intervención en la campaña de publicidad que fue objeto del contrato que acompaña, percibió la cantidad de 60.000 €, según los propios términos de ese contrato.

De este documento, esta parte ha recibido dos hojas, la primera con el encabezamiento y la segunda con la firma, ignorando si la fotocopia es completa.

Y allí consta que la actora cedía su nombre, imagen y voz, total o parcialmente y de forma conjunta o por separado, para cualquier medio y formato de divulgación, incluido expresamente el CD; siendo el ámbito de la campaña publicitaria toda Europa.

Este contrato se firmó para seis días de rodaje, según se explica en la demanda, a razón de 10.000 € diarios incluido el 20% de comisión para la agencia que la representaba.

Se añade que, en caso de aparecer como artista principal en la edición tendría derecho a percibir una única remuneración adicional de 60.000 € incluida la comisión de agencia.

Existen además otros pagos para opciones en países no europeos, que ignoramos en el caso dado.

El contrato se firmó para una campaña publicitaria de un año de duración y, en la prórroga, se pactó para el segundo año un incremento del 10% sobre las condiciones antes citadas, con cuyo percibo la actora declaró que no recibiría ninguna compensación.

Así resulta que la actora, a cambio de la cesión de su nombre, imagen y voz para una importante campaña multinacional como es VODAFONE, S.A., durante un año, y para toda España habría cobrado 60.000 € por seis días rodaje, y tal vez otros 60.000 € si se mantenían las condiciones que allí se detallan; comprometiéndose además a no aparecer en otras campañas publicitarias de competidores directos de VODAFONE, S.A., se supone que durante el período de duración de la campaña.

En definitiva, la actora puede haber sufrido un daño económico por no haber sido retribuida por la cesión de su imagen para la portada del disco, pero esta parte señala que, dada su profesión de modelo y a la vista de esa fotografía, ningún daño se ha causado a su honor, intimidad o prestigio.

La demandante no ha alegado qué contrataciones podrían haberse visto truncadas con motivo de esas publicaciones, ni que otros perjuicios profesionales podrían haberse causado a la modelo.

Y como antes se ha dicho, no parece que la fotografía de la actora muestre su imagen en un aspecto de su persona que ella desee preservar de la difusión pública a fin de garantizar un ámbito privativo para el desarrollo de su personalidad, pues estaba en un sitio público a la entrada de una discoteca.

En el presente caso la actora ni siquiera menciona en qué se ha visto afectada su dignidad y vida personal, en qué consiste el perjuicio moral que se ha causado a su persona por la publicación de la foto de portada del disco; ni qué intromisión en su vida íntima se ha producido para justificar la elevada indemnización por daños morales que solicita.

QUINTO.- Para concretar los hechos que podría dar lugar a indemnización

Es cierto que la foto de portada tiene la repercusión mediática que es consustancial al lanzamiento y comercialización del disco por parte de la productora codemandada A RECORDS, LTD., cuyos beneficios esta parte desconoce.

Y es esta productora la que encargó de la promoción del disco, eligiendo por su mayor difusión la revista “PCHÁ” que es de una discoteca competidora directa de SPCE en la Isla de Ibiza.

Pero también es cierto que la intervención de mi representada se ha limitado a la cesión de su marca “SPCE”, y a controlar que en el disco en cuestión su logotipo tiene la forma, tamaño y colocación adecuada.

Esta colaboración entre productoras musicales y discotecas es frecuente, porque la actuación de estas últimas ayuda a vender discos; siendo también lógico un acuerdo del contenido musical, compuesto por temas de la conocida como “música del momento”.

En el acuerdo de cesión de marca existente entre mi representada SPCE y A RECORDS, LTD. Esta productora se encargaba de seleccionar los temas de los disc-jockeys contratados por SPCE, de tratar con ellos la cesión de derechos de autor, del diseño de la portada del disco - respetando la forma, tamaño y colocación del logotipo “SPCE”, como bien se ha dicho- y de la producción, edición y comercialización del mismo; sin que mi representada tuviera participación en los gastos e ingresos derivados de todo ello.

En cuanto a los ingresos, SPCE ha recibido a cambio de la cesión de sus derechos de marca la cantidad de 20.000€ que consta en la factura que se acompaña al presente escrito, que incluye un pago que quedó pendiente del año anterior, correspondiente a la cesión de derechos de marca del disco SPCE.

Dicho esto, mi representada entiende que no puede serle exigida cantidad alguna como contraprestación por la cesión de los derechos de imagen de la actora, y que esta debe dirigirse a la persona que haya tomado su foto sin su consentimiento, y a la empresa que la ha usado en la producción, edición, promoción y comercialización del disco, que es A RECORDS, LTD., la misma que, según dice la actora, le ha ofrecido una compensación económica que ella no acepta.

Aunque pueda decirse que también mi representada se ha beneficiado de la participación de ese disco porque ha recibido un dinero obtenido a cambio de la cesión de su imagen, le parece fuera de toda lógica que deba responder ante la actora por unas ventas y beneficios que le son del todo ajenos, porque es A RECORDS, LTD., la dueña del disco, quien lo ha producido y editado, y quien ha hecho suyas las ganancias derivadas de su comercialización.

(Según los documentos acompañados a la demanda, que son copias de páginas y tiendas de discos en internet, el precio del disco no es de 34,99 dólares USA, como afirma la actora, sino de 17,09 dólares en CDUNIVERS, de 19,95 € en AMAZON, y de 34,99 dólares en VIRGIN MEGAST).

SEXTO.- Respecto a SPCE

SPCE no ha colaborado en modo alguno en la edición gráfica del disco ni en la elección de su fotografía de portada, ni tampoco puede ser considerada cooperadora necesaria en la difusión de dicha foto, por lo que entendemos que no puede ni debe apreciarse concurrencias de culpas, siendo la conducta de la productora A RECORDS, LTD. la única y exclusiva determinante de esa publicación.

Apreciar la existencia de culpa en mi representada supondría imponerle una responsabilidad puramente objetiva, contraria a los principios que regulan la responsabilidad civil en nuestro ordenamiento.

En definitiva, como ya se ha dicho, mi representada no ha intervenido en la elección de la foto de la actora, ni en el diseño gráfico del disco, por lo que ninguna intencionalidad cabe atribuirle como sujeto de esas conductas infractoras:

SPCE no ha vulnerado el derecho a la intimidad y a la propia imagen de la actora, ni ha participado en modo alguno en la intromisión ilegítima que ella denuncia.

SÉPTIMO.- Documentación adjuntada al escrito de contestación a la demanda

Se adjunta a la demanda la siguiente documentación:

- Factura por la cesión derechos de la marca SPCE, adjuntado como Documento Uno;
- Prueba de la difusión pública de la imagen por parte de la propia interesada en situaciones similares (fiestas, discotecas, baile), adjuntado a la contestación como Documento Dos;
- La contestación al burofax recibido en fecha 4 de diciembre de 2006, adjuntado al presente escrito como Documento Tres;
- Contrato de prestación de servicios entre SPCE IBIZA BCH CLUB, S.L. y el fotógrafo autónomo Don JUAN RETRATISTA CAMARÓN, adjuntado a la contestación a la demanda como Documento Cuatro;
- El contrato cesión de marca entre SPCE IBIZA BCH CLUB, S.L. y A RECORDS, LTD., adjuntado como Documento Cinco;
- Cadena de correos entre el departamento de diseño de A RECORDS, LTD. y el de SPCE IBIZA BCH CLUB, S.L. adjuntado al presente como Documento Seis
- Informe pericial sobre datos estadísticos relativos al reconocimiento de por parte del público objetivo, adjuntado a la contestación a la demanda como Documento Siete;
- Capturas de pantalla de distribuidores *online* del disco en contienda, adjuntado como Documento Ocho,
- Comparativa entre índices de volúmenes de venta del disco en sus promociones de 2005 y 2006, adjuntado a este escrito como Documento Nueve.

A los anteriores hechos le son aplicables los siguientes

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I. JURIDICO-MATERIALES

PREVIA.- Negamos las calificaciones jurídicas efectuadas de contrario de la demanda en cuanto no se admitan expresamente en las siguientes.

PRIMERA.- De la falta de dimensión constitucional de la lesión alegada y de la falta de intromisión ilegítima al derecho a la propia imagen

Esta parte niega con contundencia que los hechos acaecidos puedan subsumirse en la protección constitucional del derecho a la propia imagen, y, en todo caso, que estos antecedentes de hecho puedan sean constitutivos de intromisión ilegítima de este derecho de la personalidad de la demandante.

La protección reclamada por la actora no es sino sobre el control sobre los efectos económicos de la utilización de su imagen, una cuestión relativa a la vertiente puramente patrimonial de la imagen: su explotación comercial. Por ello, y en atención a la jurisprudencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, en consonancia con la doctrina jurisprudencial del Tribunal constitucional, una eventual lesión a este derecho carece de dimensión constitucional.

A diferencia de los restantes derechos constitucionales consagrados en el artículo 18.1 CE, derecho al honor y a la intimidad, el derecho a la propia imagen tiene una dimensión de carácter patrimonial. El Tribunal Constitucional, en su Sentencia del Tribunal Constitucional 81/2001 (Sala Segunda), de 26 de marzo de 2001 (Ponente: Don Carles Viver Pi-Sunyer; ECLI:ES:TC:2001:81) estableció que la protección otorgada a dicho aspecto económico de la imagen debe escapar de la protección constitucional para ceñirse en la puramente legal pues *“la 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”* (FJ2).

Esta parte no quiere en este punto negar que el conjunto de derechos relativos a la explotación comercial de la imagen sean dignos de protección por nuestro ordenamiento. Lo que sí viene a cuestionar es la sobredimensión que pretende otorgarse a una supuesta lesión que únicamente podría tener relevancia patrimonial.

La actora alega intromisión a su derecho fundamental a la propia imagen por violación de la protección consagrada en el artículo 7.6 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*, en conexión con su artículo 2, que previene la utilización de la imagen de una persona para fines publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga sin su consentimiento. Sin embargo, estudiando dicha prohibición en relación con la limitación a la protección constitucional de la imagen establecida por el Alto Tribunal, debe precisarse que para que la lesión sea calificada de intromisión ilegítima y por lo tanto subsumible en dicha previsión, debe revestir de una gravedad bastante que así lo justifique: debe producir una lesión que sea contraria a la dignidad de la persona titular del derecho.

Además, para que dicha lesión a la dignidad personal sea calificada como violación del derecho constitucional a la imagen debe revestir de antijuridicidad respecto de este derecho individualmente considerado, esto es, despreciando una hipotética vulneración de los demás derechos regulados en el artículo 18.1 CE. La jurisprudencia constitucional

ha dejado resuelta la cuestión sobre la configuración autónoma del derecho a la imagen respecto del resto de derechos consagrados en el artículo 18.1 CE, esto es, que la intromisión ilegítima al derecho a la imagen no debe ligarse, para su apreciación, a una lesión al derecho al honor o al derecho a la intimidad personal y familiar.

Es necesario en este punto volver a traer a colación los argumentos en los que se fundamenta la lesión y la indemnización pretendida de contrario, muy especialmente aquellos referidos a la prima o “caché” cobrada anteriormente por la demandante para utilizations comerciales de su imagen. Desconociendo el alcance de su error, es la propia demandante quien desvirtúa la pretendida ofensa a su derecho personalísimo a la imagen sirviéndonos en bandeja de plata el mayor argumento para su desestimación: el hecho que comercialice con su derecho.

Por lo tanto, esta parte viene a refutar enérgicamente el pretendido alcance moral de la lesión a su derecho a la imagen alegada por la contraparte, pues es contradictorio afirmar que un supuesto de utilización de la imagen análogo al uso que reiteradamente ha hecho la demandante de su imagen en el tráfico laboral y comercial sea únicamente en el presente caso un atentado a la dignidad de la persona titular.

SEGUNDA.- Sobre la inexistencia de intromisión ilegítima a los restantes derechos consagrados en el artículo 18.1 CE

Habiendo sido atacada la subsumibilidad de la causa en el derecho constitucional que protege el derecho a la propia imagen, esta parte argumenta ahora la imposibilidad de apreciar violación de los restantes derechos consagrados en el artículo 18.1 CE.

Respecto a la posibilidad de haberse producido una intromisión ilegítima al honor o a su prestigio profesional, esta parte quiere apelar a la documental adjuntada, en concreto aquella en la que se listan ejemplos de imágenes difundidos públicamente por la propia interesada por medio de sus perfiles en redes sociales (que, recordamos, es el Documento Dos). En dichas imágenes, la contraparte aparece bailando en fiestas, discotecas y *shows* en actitudes harto más informativas que la que presenta en la imagen obrante en autos. Tampoco marcan una diferencia de interés el texto o elementos decorativos que envuelven la imagen en el diseño de la carátula del CD: no se hacen aseveraciones ni se anuncia un espectáculo que pudiese insinuar la atribución de un determinado apelativo negativo a la interesada representada en ella. Es evidente que, por consiguiente, la imagen en cuestión no pudo atacar a su honor, pues no ataca su buen nombre, ni la difama, ni afecta su reputación o la hace desmerecer en consideración ajena en ninguna forma que no hubiese sido revelada previamente por la propia interesada, y, a mayor abundamiento, su contenido es inocuo, nada deshonoroso ni difamatorio. Por ello, y con arreglo a la doctrina jurisprudencial asentada en esta materia, no puede estimarse que los hechos en los que la actora funda su reclamación puedan ser constitutivos de intromisión ilegítima a su derecho al honor en cuanto al contenido de la fotografía, pues *“no es un escándalo social, y las leyes han de interpretarse de acuerdo a la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas (art. 2o.1 Cód. civ.)”*. (FJ3), Sentencia del Tribunal Supremo

7859/2002, (Sala de lo Civil), de 25 de noviembre 2002 (Ponente: Don Antonio Guillon Ballesteros; ID CENDOJ: 28079110012002102524).

Debe descartarse que los hechos enjuiciados puedan ser calificados como intromisión ilegítima a la intimidad personal de la actora, por no darse en el momento de la toma de la fotografía un ambiente que fundamente la apariencia de privacidad ni desvelar, la captura, información íntima de la modelo Sra. ANA CLAUDIA ARANJUEZ ROLDÁN.

En las circunstancias de la toma de la fotografía no concurren las notas de privacidad que pudiesen haber dado lugar a la exposición de aspectos vulnerables de la personalidad de la actora. En vistas a los elementos presentes en la fotografía, como son la posición de la modelo, su atuendo y actitud, en la cual la actora porta gafas de sol, abanico y vestimenta festiva debe realizarse la necesaria inducción de que en el momento de la toma de la fotografía esta no se encontraba en un lugar recluido del que se pudiese guardar una cierta expectativa de intimidad, sino en un lugar abierto, incluso concurrido, ya fuese un espacio público como un local abierto al público, en el que se encontraba mostrando su faceta más social y extravertida. Es la misma actitud de la modelo la que lleva a afirmar que, siendo además plenamente consciente de que el ambiente a su alrededor ofrecía nulas garantías de privacidad, el objetivo personalmente perseguido no era pasar desapercibida, sino destacar. No es el respeto a su intimidad lo que busca potenciar en el momento de la toma de la imagen, sino darse publicidad, llamar la atención sobre sí misma y sobre su imagen.

La fotografía tampoco aporta información relevante acerca de hábitos o vicios que pudiesen exponer facetas de la esfera privada de la modelo que esta no quisiese revelar. Los elementos que forman parte de la fotografía, como lo son las gafas de sol o el abanico, así como la importante ausencia de elementos posiblemente comprometedores como lo serían una bebida alcohólica o posición insinuante, no desvelan datos sobre la vida personal de la modelo y podrían calificarse de elementos vacíos de contenido informativo habitualmente utilizados en la escenografía de fotografías de la misma categoría. Ello, sumado a la ausencia de elementos identificativos del lugar de la toma de la fotografía, revela la absoluta neutralidad de la imagen, que podría haberse tomado en un plató.

Como colofón, la absoluta falta en la imagen de contenido informativo sobre aspectos privados de la actora tampoco se desmiente de contrario, por cuanto no se hace mención a la vulneración de su privacidad o a la exposición pública de aspectos personales de su carácter.

Por consiguiente, no puede apreciarse vulneración alguna del derecho a la intimidad personal en dicha fotografía, porque como se ha dicho, no se desvela en ella aspectos de sí misma que la modelo haya excluido de la difusión pública.

TERCERA.- De la imposibilidad de apreciarse tratamiento ilegítimo de datos de carácter personal

En tercer lugar se interesa que se desestime la posibilidad de apreciar un hipotético tratamiento ilícito de datos de carácter personal de la demandante por haberse difundido una imagen que permite reconocerle.

Como ha venido alegándose, ha sido la propia interesada que ha venido haciendo este dato de carácter personal manifiestamente público por los medios de comunicación social, y por consiguiente, de acuerdo con el artículo 6.2 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, *de Protección de Datos de Carácter Personal*, en conexión con el artículo 7.1 letra “e” del Reglamento de desarrollo de la LOPD, aprobado por medio del Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, no cabe apreciar lesión a los derechos y libertades fundamentales de la demandante. Además, la propia demandante conocía de la toma de la fotografía y no se opuso, por lo que concurren todos los requisitos del consentimiento tácito.

CUARTA.- De la inexistencia de lesión

Ha quedado demostrada la imposibilidad de que se haya perpetuado intromisión ilegítima alguna a los derechos constitucionales consagrados en el artículo 18.1 CE, lo que inevitablemente pone de manifiesto que la aquí actora ha pretendido encauzar un mero desacuerdo de índole contractual referido al precio a cobrar por la explotación comercial de su imagen por el procedimiento de protección sumaria reservado a los bienes jurídicos más sensibles del estado de derecho, los que cimientan el libre desarrollo de la personalidad de sus ciudadanos.

Concentrándose la cuestión, pues, en el ámbito contractual, debemos analizar un contrato celebrado presuntamente sin la intervención de la demandante en virtud del cual alega habersele ocasionado unos perjuicios no puramente constitucionales sino económicos. En estas, deben analizarse dos aspectos consustanciales al contrato: por un lado, la prestación de consentimiento en el momento original de la toma de la fotografía, y por el otro, la ulterior cesión de los derechos de imagen en relación con la misma. Antes de adentrarnos en el análisis de la primera de las cuestiones, la relativa a la prestación o no de consentimiento, esta parte declara que desconoce la autoría de la imagen discutida, los pormenores de su toma y la forma en la que fue puesta a disposición de A RECORDS, LTD.

Nada dice la contraparte ni se ha podido averiguar por esta demandada, a falta de comparecencia de su litisconsorte, acerca del alcance del consentimiento verbal que otorgó la modelo al fotógrafo que le tomó la fotografía en tienda. Por tratarse de un contrato verbal y por ello convenientemente imposible su interpretación, exige la demandante que se considere que no se había cedido su derecho al profesional ni apoderado para ello, por lo que el negocio jurídico posterior celebrado sin su concurrencia debió ser en todo caso nulo. Ello se vincula además a una supuesta falta de diligencia de la empresa cesionaria por no solicitar el consentimiento de la propia titular de la imagen.

No le constan a esta parte los motivos por los que A RECORDS, LTD. hubiese podido considerar que le habían sido cedidos los derechos a la imagen reproducida en la

fotografía, ni puede aportar más prueba que permita entrar a discutir la razonabilidad de la asunción de que el cedente estaba en capacidad de ceder los derechos económicos de la actora y que por ello fuese innecesario recabar nueva autorización, ni tan siquiera conoce si medió contraprestación económica en virtud de la transacción. En cualquier caso no puede exigirse a esta parte responsabilidad por un acto que subjetivamente no le es imputable, por encontrarse fuera del ámbito de su control. De nuevo, mi representada no intervino en la empresa y no guarda relación alguna con las partes implicadas en la transacción, fuera de su relación comercial con A RECORDS, LTD., que nada tiene que ver con la toma, cesión o utilización de esta fotografía.

Por lo anterior, la responsabilidad de mi representada respecto de la falta de consentimiento y así como respecto de la posterior cesión, independientemente de si el cedente aparentaba suficientemente ser titular de los derechos económicos de la modelo o no, es necesariamente nula.

QUINTA.- De la falta de intervención de mi representada

Si subsidiariamente el Tribunal apreciare en los hechos expuestos la existencia de lesión patrimonial en la demandante, esta demandada interesa que se le repute inocente de su perpetración por no concurrir los requisitos de legitimación pasiva al no haber tenido participación alguna en ella.

Mi representada no participó de ninguna acción ni intervino en la toma de ninguna decisión que tuviese incidencia en la inclusión de la imagen en discusión en el diseño final de la carátula del CD. SPCE IBIZA BCH CLUB, S.L. no pudo intervenir de forma alguna en la toma de la fotografía, cuyo origen y circunstancias desconocía hasta la recepción el 4 de diciembre del pasado año del burofax remitido a su nombre por la demandante, ni en las decisiones de marketing y diseño que llevaron a su inclusión en la versión final de la carátula del CD.

El Hecho I de la demanda se da por cierto que la fotografía en cuestión se tomó en el interior del local de ocio de mi representada por un trabajador en plantilla de SPCE IBIZA BCH CLUB, S.L. Asimismo, en el Hecho V se redacta ambigua y tendenciosamente una frase que da a entender que esta parte reconoce haber tomado las fotografías y haberlas cedido a A RECORDS, LTD., declaración que esta parte habría vertido en el marco de unas conversaciones con la ahora actora previas al envío de su burofax. Pues bien, esta parte niega tajantemente haber tenido contacto alguno con la actora con anterioridad al momento en que, con absoluta perplejidad, recibió un burofax en el que se le imputaban los hechos que sustentan esta causa, y se reitera en su negativa a haber intervenido en la toma y cesión de la fotografía y en haber cedido espacio de su local para ello, explicaciones ya aportadas mediante su contestación al burofax citado anteriormente en fecha 4 de diciembre de 2006.

Esta parte niega que se tomase dicha fotografía en el interior de su local, y las evidencias aportadas de contrario no lo desmienten. La fotografía obrante en autos carece de fondo por habersele aislado la figura humana, y no ha sido aportada ninguna otra

prueba sobre las circunstancias de su toma, por lo que no puede asumirse como se ha afirmado que se hubiese capturado en el interior de las instalaciones de mi representada, asunción que tanto asistiría las pretensiones de la contraparte como causaría indefensión en esta. Es cierto que la tendencia doctrinal reciente exige, en los casos en los que existan indicios de vulneración de derecho fundamental, trasladar la carga de la prueba a la demandada, pues de otro modo podría operar una *probatio diabolica* que actuase en perjuicio de la parte damnificada. Antes bien, como ha sido argumentado detalladamente, los hechos enjuiciados no pueden calificarse jurídicamente como una hipotética intromisión ilegítima a derechos constitucionales, sino que únicamente podrían sustanciarse como lesión de carácter económico. Por consiguiente, no puede afirmarse que la fotografía se tomase en el interior del local de mi representada, por lo que tampoco puede atribuírsele el ámbito de control en la situación, ni que por acción u omisión hubiese intervenido en dicha captura.

Respecto del autor de la fotografía, es la propia actora quién pone en entredicho que fuese un trabajador de mi representada, pues matiza su afirmación con la locución “al parecer” que apunta más a una presunción basada en indicios que a un hecho probado. Ante todo, debe precisarse que SPCE IBIZA BCH CLUB, S.L. no cuenta entre su plantilla profesionales dedicados a la fotografía, por lo que contrata dichos servicios a profesionales de la zona en función de sus necesidades. Para la temporada alta del año 2006, esto es, de junio septiembre, la mercantil contrató al fotógrafo autónomo Don JUAN RETRATISTA CAMARÓN, cuyo contrato de prestación de servicios se aporta al presente escrito. En virtud de dicho contrato, Don RETRATISTA realizaba un número fijo de fotografías de los asistentes a veladas organizadas por mi representada, que posteriormente ponía a su disposición para que esta las publicase por medio de sus redes sociales, como es costumbre en el sector. Todas las fotografías así realizadas de dicha temporada figuran publicadas en el perfil de Facebook de mi representada, en la dirección <www.facebook.com/spce/verano2006>, y puede observarse que no figura entre ellas la fotografía aquí enjuiciada, pues mi representada nunca la tuvo en su poder. En un ejercicio de autocrítica y control interno, a la luz de los hechos alegados por la actora esta parte ha requerido a D. JUAN RETRATISTA que clarifique si intervino en la toma de dicha fotografía, habiendo obtenido el más categórico no por respuesta. Por todo ello, esta parte entiende demostrada la absoluta falta de nexo entre la toma de la fotografía y el personal de sus instalaciones.

Con relación al negocio jurídico de cesión de la imagen por el autor de la fotografía y la toma de la decisión de incluirla en la portada, con las modificaciones que se estimaron pertinentes, no puede apreciarse concurrencia de culpas entre mi representada y la productora. El hecho que sostiene esta afirmación se sustancia en la limitada capacidad de intercesión de mi representada en el diseño de la carátula del producto, circunscrita a la verificación del cumplimiento de sus normas internas de imagen corporativa, requisito impuesto por mi representada en el contrato de cesión de sus derechos de marca para la edición del CD del verano 2006 como se desprende del Documento Cinco aportado. Así, es cierto que mi representada tuvo acceso al diseño en un momento previo a su

lanzamiento y que intervino en él para realizar algunas modificaciones estilísticas que preservaran el correcto uso de su marca, como lo demuestran los correos intercambiados entre la diseñadora gráfica de A RECORDS, LTD. y la directora del departamento de mercadotecnia de SPCE IBIZA BCH CLUB, S.L., pero más allá de ello en nada pudo actuar respecto a la elección de la composición de dicho empaquetado. Ciertamente no gozaba de una facultad en positivo, de elección libre, sino en negativo, de corrección: únicamente podía oponerse en caso de estimar que el diseño final lesionaba el buen prestigio de su marca. En estos términos, no puede predicarse que mi representada incurriera en falta de diligencia debida, pues no estaba en su ámbito de control la elección de la imagen decorativa a incluir en el diseño, y por extensión, tampoco puede exigírsele desde una perspectiva ex ante el haber verificado la legitimidad de su uso.

A mayor abundamiento, la litisconsorte pasiva acepta su responsabilidad subjetiva con respecto a la utilización de la fotografía, de modo que es patente a quién debe atribuirse la lesión de estimarse cometida. De nuevo, hacer extensiva esta responsabilidad a mi representada no podría hacerse sino en carácter objetivo, una posibilidad excluida por nuestro ordenamiento con relación a la responsabilidad civil si no concurren las circunstancias de la representación vicarial.

SEXTA.- De la falta de justificación de la cuantía reclamada

A la espera de la calificación jurídica de los hechos que realice el Tribunal, que si no obstante lo anteriormente alegado estimase que esta parte participó de algún modo en la consumación, a saber, de la lesión patrimonial o intromisión ilegítima, debe apreciarse una pluspetición en lo pedido de contrario en concepto de indemnización.

Esta parte quiere argumentar la inconsistencia de los argumentos vertidos de contrario para la determinación de la indemnización económica en sus dos posibles vertientes: la indemnización por daños y perjuicios de carácter moral por intromisión ilegítima en primer término y la indemnización por responsabilidad civil por daños y perjuicios puramente económicos en segundo. Es procedente advertir que la falta de cuantificación de la indemnización reclamada, que la contraparte subrepticamente deja en manos del tribunal en un claro intento de evitar la falta de imposición de costas por no estimársele indemnización en la cuantía exacta que desearía reclamar, causa indefensión en esta.

En la eventualidad de que se apreciase intromisión ilegítima en los derechos de la personalidad de la demandante, el artículo 9 LO 1/1982 establece que la tutela judicial deberá comprender, además del restablecimiento del derecho del perjudicado y la prevención de intromisiones inminentes o ulteriores, la indemnización de los daños y perjuicios causados, la apropiación por el perjudicado del lucro obtenido con la intromisión. Dicha indemnización deberá extenderse al daño moral, que operará como presunción, cuyo contenido económico se cuantificará en función de las circunstancias del caso y la gravedad de la lesión efectivamente producida, en la que se tendrá en cuenta la difusión o medio a través del cual se hubiese producido.

La divulgación de la imagen de la representada no ha podido ocasionar una lesión en su derecho a la intimidad, pues no la presenta en circunstancias en nada distintas a las que ella misma publica a través de sus perfiles en redes sociales abiertos al público general. Así se ha apreciado por el Tribunal Supremo en anteriores ocasiones, en las que conociendo de causas con gran similitud con la presente: “[la] actora, evidentemente que tiene derecho al respeto de su imagen, pero cuando ella ha posado para la obtención de las fotografías litigiosas el único problema es el de si se han publicado sin su consentimiento o no. Por ello es limitado el daño moral que puede alegarse para su compensación pecuniaria. Sentencia del Tribunal Supremo 7859/2002 (Sala de lo Civil), de 25 de noviembre 2002 (Ponente: Don Antonio Guillon Ballesteros; ID CENDOJ: 28079110012002102524), (FJ 3).

De igual modo debe descartarse que la promoción de la imagen haya ocasionado un perjuicio económico en la demandante, por cuanto la actividad que configura su *modus vivendi* no se ha visto sino favorecido con la distribución de su imagen en conexión con una marca tan renombrada como SPCE IBIZA. Los personajes públicos gozan a menudo de promoción sin retribución con el único objetivo de incrementar su reconocimiento público y con ello su “caché”.

A mayor abundamiento, esta parte está intrigada por el alcance del renombre y fama que se atribuye la actora. De acuerdo con la pericial estadística adjuntada, únicamente un 0,2% de la población reconoce la actora, siendo objeto de análisis el mismo sector poblacional objetivo de la campaña promocional. De este despreciable porcentaje, tan solo un 36% era capaz de reconocer la contraparte en la portada del CD.

Estos datos se reducen considerablemente cuando la misma cuestión se plantea a la población general, en la que únicamente un 0,1 reconoce la modelo, de los cuales únicamente un 56% la puede reconocer en el atuendo que presenta en la imagen de la carátula. Con ello, esta parte viene a cuestionar la autoatribuida fama de la actora, argumento principal de la contraparte para exigir el cobro de parte de los beneficios obtenidos con la venta del CD.

En segundo término, la contraparte sobredimensiona el alcance de la lesión aportando una prueba de su supuesta dimensión global: sostiene que por ofrecerse en páginas web de alcance mundial como lo son “AMAZON” o “VIRGIN”, debe asumirse el más alto alcance territorial de la supuesta lesión.

Pues bien, esta parte ya ha mencionado en los fundamentos de derecho del presente escrito que no participó de la organización y ejecución de la actividad de promoción y mercadotecnia del producto por estar a cargo de la productora A RECORDS, LTD. Sin embargo sí puede asegurar que el ámbito de la cesión de mi representada de los derechos de marca se circunscribía a la elaboración de un CD a comercializarse en el mercado de Reino Unido, de acuerdo con la cláusula 8ª del contrato de cesión mencionado. Si A RECORDS, LTD. se extralimitó en el ámbito territorial de la comercialización pactada, esta parte no tiene manera de saberlo pero sí estaría altamente interesada en conocerlo, puesto que acarrearía una lesión patrimonial a los derechos de marca de los que es titular.

Sin perjuicio de lo anterior, esta parte considera relevante esclarecer que las plataformas de venta *online* tienen un alcance global por su misma naturaleza red, por lo que por el mero hecho de comercializar en ellas un producto no puede concluirse que el alcance de la campaña de promoción sea universal, de igual forma que no se predica la internacionalidad de un escaparate repleto de “*pannellets*” porque un ciudadano francés haya comprado una bandeja. Dicho de otro modo, deben analizarse otros elementos, estos sí propiamente referidos a la campaña de promoción para poder delimitar el “*target*” o población a la cual se dirige efectivamente la campaña promocional del producto, que esta parte sostiene que no es otro que el mercado de Reino Unido, y en concreto, sus ciudadanos usuarios de los locales de ocio de la isla pitiusa. Por un lado cabe destacar que las acciones y estrategias publicitarias utilizadas por A RECORDS, LTD. están claramente dirigidas a la población anglosajona aficionada a las actividades lúdico-festivas de la región en la que se encuentra el local de mi representada. Es ese preciso motivo el que justifica de inicio que la marca de mi representada “SPCE IBIZA BCH CLUB” esté presente en el CD, pues constituye el mayor reclamo del producto. Otra evidencia que soporta esta afirmación es el hecho que se haya publicitado en revistas de la región de temática relacionada con el ocio nocturno, como lo demuestra que hayan mediado revistas titularidad de negocios competidores de mi representada, cuya lengua y contenido tienen como evidente destinatario el natural de reino unido que está transitoriamente visitando la isla para disfrutar de las ofertas de ocio que lo convierten en objetivo o *target* de la campaña. Por último, debe atacarse la dimensión global de la oferta *online* con una simple evidencia: las plataformas de venta *online* sí usan de limitaciones territoriales, las restricciones en los envíos. Así, en los mismos Documentos Cinco y Seis aportados de contrario puede apreciarse al pie de en sendas capturas de pantalla una frase precedida por asterisco que especifica “*UK shipping only*”, traducido cómo “envíos solo a Reino Unido”. Ello sin ni tan siquiera haber mencionado que el hecho que la contraria alega como prueba de la demarcación internacional de la campaña es precisamente que todo el material promocional está escrito en inglés, lengua oficial del territorio objetivo de la campaña.

Por todo ello debe desestimarse, por falta de evidencias concluyentes, que el alcance de la campaña que habría provocado la lesión tenga alcance internacional, pues la jurisprudencia exige probar de forma fehaciente el alcance territorial de la lesión y no se ha procedido de este modo de contrario.

En tercer término y respecto de los beneficios obtenidos con la comercialización del CD en contienda, esta parte insiste en que no dispone de los datos económicos del lucro obtenido por A RECORDS, LTD., por cuanto la contraprestación económica fijada en el contrato de cesión de la marca respondía a una mera obligación de medios, por lo que los resultados no le fueron facilitados.

Sí que debe atacarse la partidista selección de los ejemplos de precio de venta al público del CD aportados de contrario, pues como base de legitimación de la cuantía reclamada únicamente se menciona el punto de venta del CD con un precio más elevado: 32,99 dólares. Esta minuciosa selección es meridianamente capciosa por cuanto, por un

lado, omite conscientemente portales en los que el mismo producto se ofrece por precios significativamente inferiores como lo son los 14,99 euros de “FNAC”, o los 7,99 euros de “ALIEXPRESS”; y por el otro olvida convertir el importe a 28,83 euros, que es la moneda en curso legal en España, cuyo ratio de conversión a su favor hace que disminuya la cifra y por consiguiente el efecto de alarma perseguido.

Lo que además debe desmentirse firmemente es que la utilización de la imagen de la modelo haya reportado un beneficio económico diferenciador. Los datos sobre el volumen de discos vendidos se indexan en listados y ránquines al alcance del público general, y puede observarse en el portal “los 40 Principales” cómo los índices de venta del disco en su edición del año pasado son similares a los de este año, cuya comparativa se ha aportado. Desde luego, la “excelente aceptación en el mercado” del producto no se debe a la utilización de la imagen de la modelo, sino al éxito intrínseco de la colaboración ya tan duradera entre mi representada y A RECORDS, LTD.

En el producto comercializado, la imagen de la actora es un elemento meramente accesorio. La prestación principal del CD no era la comercialización de la imagen de la modelo sino su contenido musical, y si existe algún reclamo fuera de dicho contenido, este es sin duda la imagen de marca de mi representada. Este es, como se ha dicho, el motivo fundamental de la colaboración entre SPCE IBIZA BCH CLUB, S.L. y A RECORDS, LTD., pues es habitual y altamente lucrativo que discotecas de gran renombre produzcan por sí mismas discos con los temas de mayor éxito de la temporada o avalen dicha producción aportando su nombre, teniendo gran acogida entre el público asistente a sus locales. La imagen incluida en la portada no se trata por consiguiente de un elemento trascendental del producto en tanto que no se trata de un componente que sea “*importante, esencial o distintivo*”. Lo realmente distintivo de la portada del disco es la marca de la discoteca de mi representada, no una imagen meramente decorativa del diseño relegada a un segundo plano. La absoluta falta de relevancia de la imagen se demuestra reemplazabilidad, en que en nada se hubiesen modificado las características esenciales del producto de haberse utilizado otro modelo o, incluso, otro tipo de imagen, pues no se trata de una obra gráfica que el comprador adquiere por motivo del personaje en ella representado como podría ser un póster o cartel, sino de una obra musical cuyo empaquetado se complementa con una imagen con carácter meramente decorativo o accesorio.

En conclusión, no existe un lucro obtenido con la intromisión susceptible de ser apropiado por la titular del derecho, por lo que no puede estimarse derecho a percibir indemnización en este concepto.

En cuarto término y en cuanto a la determinación de los beneficios que individualmente SPCE IBIZA BCH CLUB, S.L. ha recibido respecto de la comercialización del CD con la imagen en portada, esta parte recuerda que ha obtenido un único precio por la colaboración con A RECORDS, LTD., por valor de 20.000 euros. Como se ha dicho, este precio es en contraprestación de la cesión de su marca para la producción del disco, aunque no en su integridad, pues una parte, 5.000 euros, responden a facturas impagadas por A RECORDS, LTD. de anteriores ediciones del CD.

Es inimaginable que una cantidad que responde a un concepto tan claro como justo pueda imputarse a un provecho en el que mi mandante nada puede haber tenido que ver. De nuevo, es una cantidad fija que responde a un contrato que sea venido novando por anualidades desde hace ya más de cinco años y que compensa a mi representada por aportar el reclamo que logra la buena acogida del producto en el mercado. En modo alguno ha podido tener incidencia en este precio la utilización de la imagen de la actora, por cuanto la cuantía del contrato de cesión no varía en función de los beneficios que obtiene la venta del producto.

Finalmente, debe analizarse el único contrato que la actora aporta como demostración de su “caché” en trabajos similares. Esta parte pone en cuestión ya de inicio, en vista a pericial aportada, que los pactos contenidos en ese contrato respondan a la cotización real en el mercado por lo elevado de las cantidades pactadas en relación con la cuasi nula relevancia pública de la actora y no a la libre voluntad de las partes – en las que *obiter dicta* pudieron mediar otros motivos –, pero en todo caso deberá tomarse como referencia en vistas a rebatirla.

En primer lugar, dicho contrato establece una prima de sesenta mil euros por seis días de rodaje, y la toma de la fotografía en cuestión no pudo durar más de diez minutos. Haciendo una simple regla de tres, y asumiendo un horario laboral de 8 horas, puede decirse que la actora cobraba el módico precio de 21 euros el minuto, que en el supuesto que nos ocupa resultaría en 208 euros. En segundo lugar, se pacta una prima de otros 60.000 euros en el caso en que finalmente adoptase un papel preponderante en la campaña, supuesto que debe descartarse de plano por los argumentos ya tan largamente desgranados.

A dicha cantidad de 208 euros debe sustraerse la comisión del 20%, esto es, 41,6 euros, a favor de la Agencia de representación que intervino en el negocio jurídico pero que como es obvio no habría intervenido en este caso, por lo que estaríamos hablando de un total de 166,4 euros.

Además, el contrato establecía una prohibición de contratar con la competencia durante un año, limitación que en todo caso debe venir remunerada. Esta parte desconoce en qué medida, pero duda que pudiese ser una cantidad inferior a 100 euros que es lo habitualmente exigido en el sector. Por todo ello, lo único a lo que podría aspirar la demandante es a una indemnización de 66,4 euros, cantidad baja pero justa en atención a lo aquí estudiado, y posiblemente coincidente con lo que A RECORDS, LTD debió ofrecerse a satisfacer en las conversaciones que esta alega haber mantenido con la productora.

Por último, debe desestimarse que la utilización de la imagen en autos haya causado en la actora daño emergente o lucro cesante alguno, por cuanto no se ha alegado que haya sido impedimento para la contratación de campañas profesionales como las que alega haber venido protagonizando, ni se ha justificado otro perjuicio económico sufrido.

Por todo lo anterior, esta parte interesa al Tribunal que la cuantificación de la indemnización que estimare a favor de la demandante y que eventualmente se impusiese

a las codemandadas no exceda de la cantidad de SESENTA Y SEIS EUROS CON CUARENTA CÉNTIMOS DE EURO (66,40€), pues ir más allá en la estimación de la reclamación constituiría un lucro no amparado por el derecho, superándose el mero interés de defender el derecho de la demandante. En la eventual imposición, esta parte requiere que se individualicen los daños causados, dado que no puede realizarse una condena solidaria por no haber sido justificado de contrario.

Asimismo, a los Hechos les son de aplicación los siguientes Fundamentos de Derecho

II. JURÍDICO-PROCESALES

PREVIO.- Excepciones procesales por inadecuación de procedimiento y por razón de competencia territorial

De acuerdo con el artículo 405.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC), esta parte opone en este momento procesal, sin perjuicio de su reiteración en la Audiencia Previa, la excepción procesal por inadecuación de procedimiento, por haberse incoado por el cauce del procedimiento especial del artículo 249.1 apartado 2º LEC de tutela del derecho al honor, a la intimidad personal y a la propia imagen; cuando debiese haberse tramitado por el procedimiento declarativo ordinario por razón de cuantía, en este caso, y de acuerdo con la cuantía del procedimiento, por el juicio ordinario de acuerdo con el artículo 249.2 LEC.

En tanto que la demandada acciona por la protección de su derecho de imagen en su vertiente patrimonial, por haber sufrido un perjuicio económico de índole contractual y no moral por los motivos que se en lo sucesivo, dicha protección no es sino objeto de protección procesal común, por cuanto el Tribunal Supremo en su reiterada jurisprudencia, por todas, Sentencia del Tribunal Supremo 3256/2001 (Sala de lo Civil), de 20 de abril de 2001 (Ponente: Don José de Asís Garrote; ID CENDOJ: 28079110012001101956), ha venido exigiendo que se ventilase por vía de procedimientos declarativos ordinarios en razón de cuantía económica, lejos del procedimiento especial por razón de materia en protección judicial de derechos fundamentales.

Por tratarse de un procedimiento en reclamación de cuantía ascendente a 20.000 euros, corresponde al tribunal ventilar la cuestión por el cauce del juicio ordinario, de acuerdo con el artículo 249.2 LEC.

A pesar de haberle precluido a esta parte la oportunidad procesal para contestar el procedimiento elegido de contrario para ventilar la cuestión, es oportuno mencionar que de apreciarse la excepción procesal expresada anteriormente, el artículo 50 LEC establece que el tribunal territorialmente competente para conocer de la causa debe ser el del domicilio del demandado. Estándose a que en este procedimiento existen dos demandados, y de acuerdo con el artículo 53.2 LEC, la actora debiera haber optado por

presentarla ante el tribunal territorialmente competente bien en el domicilio de mi representada, esto es, en Ibiza, o en la de la codemandada, en Londres. En todo caso, de estimarse que el procedimiento debería haberse accionado por la vía del juicio ordinario por razón de materia, no podrá ser procedente aplicar el fuero especial por razón de materia consagrado 53.1 apartado 6º LEC y apelado por la contraparte, por lo que deberá estimarse la presente excepción procesal por razón de competencia territorial.

PRIMERO.- Capacidad procesal y representación

Respecto a la demandante, y en hasta donde conoce esta parte, es mayor de edad, en pleno disfrute de sus derechos civiles y capacidad de obrar, por lo que de acuerdo con el artículo 6.1 apartado 1º y 7.1 LEC tiene capacidad para ser parte y comparecer por sí misma en este procedimiento.

Con relación a mi mandante, está legalmente constituida y tiene plena capacidad para ser parte de este proceso y comparecer en juicio, en aplicación del artículo 6.1 apartado 3º y 7.1 LEC, y comparece debidamente representada por su administrador único.

En cuanto a la codemandada, y en hasta donde conoce esta parte, está legalmente constituida y tiene plena capacidad para ser parte de este proceso y comparecer en juicio, de acuerdo con el artículo 6.1 apartado 3º y 7.1 LEC, aunque en tanto que persona jurídica deberá comparecer debidamente representada por la persona física que le represente.

SEGUNDO.- Postulación y defensa

De acuerdo con los artículos 23 y 31 LEC, la demandada comparece representada de procurador habilitado para actuar en la demarcación del Partido Judicial de Barcelona, en virtud de poder general para pleitos que acompaño para su unión a los autos solicitando la devolución del original; bajo la dirección letrada de la abogada ejerciente en el Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona con número de colegiación 00000.

TERCERO.- Legitimación

Ciertamente, de acuerdo con el artículo 10 LEC, la legitimación activa recae en el titular del derecho a la propia imagen por tratarse de un derecho personalísimo e indisponible. En caso de fallecer el titular, esta legitimación se extiende a sus herederos, a quienes se les transmiten los derechos económicos, y, en último término, al Ministerio fiscal. Sin embargo, esta parte se muestra disconforme con lo alegado de contrario respecto a la legitimación pasiva de este procedimiento, puesto que mi mandante no ha intervenido y por lo tanto no ha podido causar la lesión al derecho de imagen cuya protección reclama la actora.

CUARTO.- Jurisdicción

Conformes con la atribución, de acuerdo con el artículo 9.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, a los Juzgados del Orden Civil.

QUINTO.- Competencia objetiva

Conformes con la atribución del asunto en primera instancia al Juzgado de Primera Instancia de acuerdo con el artículo 85.1 LOPD y 45 de la LEC.

SEXTO.- Competencia territorial

Disconformes por lo desarrollado en el argumento jurídico-procesal Previo. El tribunal competente debe aquél competente en cualquiera de las residencias de los demandados y no del demandante, conforme al artículo 53.2 LEC.

SÉPTIMO.- Competencia territorial

Disconformes por lo tratado en el argumento jurídico-procesal Previo. En vistas a los hechos de la demanda, corresponde ventilar el litigio por razón de cuantía superior a 6.000 euros, esto es, por el cauce del juicio ordinario del artículo 249.2 LEC.

Por todo ello,

AL JUZGADO SOLICITO que teniendo por presentado este ESCRITO DE CONTESTACIÓN A LA DEMANDA, en tiempo y en forma, y admitiéndolo, se sirva tener por contestada la demanda en los autos de referencia y, previos los trámites de Ley, dicte Sentencia por la que desestime íntegramente la demanda, absolviendo a mi mandante de los pedimentos formulados de contrario, con expresa condena en costas a la parte actora, y lo demás que en Derecho proceda. En su virtud,

Por ser de Justicia que se pide en Barcelona, a 20 de febrero de 2007.

OTROSÍ PRIMERO DIGO que subsidiariamente, de apreciarse la intromisión ilegítima alegada de contrario, se absuelva de ella a esta parte por no haber intervenido en su perpetración y por consiguiente tampoco se le condene en costas. Por lo expuesto,

DE NUEVO SOLICITO que, teniendo por efectuada la anterior manifestación, se sirva acordar lo que proceda.

Es de Justicia que pido en lugar y fecha indicados ut supra.

OTROSÍ SEGUNDO DIGO que con subsidiaridad a la anterior petición, si se condena a mi representada en el pago de la indemnización pedida por la actora, esta se cuantifique con arreglo a los criterios aquí argumentados con un límite de cuantía de SESENTA Y SEIS EUROS CON CUARENTA CÉNTIMOS DE EURO (66,40 €), que en todo caso no se impute a esta parte en carácter de condena solidaria con la codemandada sino que se individualice en función de la participación que se estime que haya tenido cada una de las demandadas, y en todo caso no se impongan las costas a esta parte por no estimarse todas las pretensiones de la actora. Por lo expuesto,

DE NUEVO SOLICITO que, teniendo por efectuada la anterior manifestación, se sirva acordar lo que proceda.

Es de Justicia que pido en lugar y fecha indicados ut supra.

María Clara Deulofeu Expósito
Procuradora del ICPB

Eulàlia Roca Grau
Letrada ICAB n.º 000000



UNIVERSITAT DE
BARCELONA

FACULTAT DE DRET



EL DERECHO A LA PROPIA IMAGEN EN SU EXPLOTACIÓN COMERCIAL

Posición B del Caso práctico 3

Resolución del supuesto de hecho relativo a una supuesta intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen desde la posición de abogado de la mercantil demandada

ROCA GRAU, Eulàlia

NIUB: 16190005

Trabajo Final de Máster

Máster de la Abogacía 2017-2018

*Universitat de Barcelona - Il·lustre Col·legi
de l'Advocacia de Barcelona*

Dr. Dos Santos

Departamento de Derecho Privado

RESUMEN

El presente dictamen tiene por objeto el estudio del tratamiento procesal y sustantivo del ámbito de protección jurisdiccional y legal del derecho a la imagen en su dimensión patrimonial.

Con la finalidad de desarrollar el análisis del derecho positivo en su aproximación más casuística, el estudio se plantea enmarcado en un supuesto de hecho basado en hechos reales y de actualidad que exponen la posible intromisión ilegítima al derecho a la propia imagen por explotación comercial no consentida. Este escenario es analizado desde la posición partidista que necesariamente debe tomar el letrado, en este caso desde la posición de abogado de la parte demandada. Desde la óptica de esta posición procesal, se resuelven asimismo cuestiones estrictamente relativas a la relación del abogado con su cliente.

Para la resolución de las cuestiones planteadas han sido analizadas legislación sustantiva aplicable, normas procesales y doctrina jurisprudencial de los órdenes civil y constitucional, todo ello teniendo en cuenta dos puntos de referencia temporal distintos: el coetáneo al supuesto de hecho y el contemporáneo.

Palabras clave: Derecho de imagen, Derecho a la propia imagen, Derecho al honor, intromisión ilegítima, lesión moral, Derechos constitucionales, Derechos fundamentales, Derechos patrimoniales.

ABSTRACT

The purpose of this legal opinion is to study the procedural and substantive treatment of the jurisdictional and legal protection of the right to the own image in its patrimonial dimension.

In order to develop the analysis of positive law in its most casuistic approach, the study is framed in a set of facts based on real and current events that expose the possible illegitimate interference with the right to one's own image by a non-consensual commercial exploitation. This scenario is analysed from the partidist position which shall necessarily be taken by the lawyer, in this case from the position of lawyer of the defendant. From the point of view of this procedural position, issues strictly related to the lawyer's relationship with his client are also addressed.

Applicable substantive legislation, procedural rules and jurisprudential doctrine of civil and constitutional orders have been analysed for the resolution of the issues proposed, all taking into account two different points of reference in time: the time period coetaneous to that of the set of facts and the contemporaneous time.

Key words: *Right to the own image, Right to image, Right to honour, illegitimate interference, moral damage, Constitutional rights, Fundamental rights, Economic rights.*

ÍNDICE

DICTAMEN	3
1. APROXIMACIÓN AL SUPUESTO DE HECHO	3
1.1. Hechos y datos en los que se basa el supuesto	3
1.2. Documentación	4
1.2.1. Documentación otorgada.....	4
1.2.2. Documentación no aportada.....	4
1.3. Cuestiones planteadas	5
1.3.1. Cuestiones sustantivas.....	5
1.3.2. Cuestiones procesales.....	5
1.3.3. Otras cuestiones interesadas	5
2. RESOLUCIÓN DE LAS CUESTIONES PLANTEADAS	6
2.1. Fuentes aplicables al caso	6
2.1.1. Normativa aplicable	6
2.1.2. Doctrina jurisprudencial en la materia	9
2.2. Calificación jurídica de los hechos	13
2.2.1. Fundamentos de derecho de carácter sustantivo de la contestación a la demanda	13
2.3. Cuestiones procesales	24
2.3.1. Fundamentos de derecho de carácter adjetivo de la contestación a la demanda...	24
2.3.2. Encabezamiento y <i>petitum</i> de la demanda.....	27
2.3.2.1. Encabezamiento del escrito de contestación a la demanda.....	27
2.3.2.2. <i>Petitum</i> del escrito de contestación a la demanda.....	27
2.3.3. Instructa.....	28
2.3.4. Proposición de prueba	29
2.3.5. Listado de preguntas a realizar en el interrogatorio.....	31
2.4. Asesoramiento al cliente	32
2.4.1. Probabilidad de éxito.....	32
2.4.2. Coste del procedimiento.....	33
2.4.2.1. Tasas judiciales.....	33
2.4.2.1. Honorarios, hoja de encargo y provisión de fondos.....	34
2.4.3. Probabilidad de obtener condena en costas	36
2.4.4. Posibilidad de recurso y ante qué instancias	37
2.5. Conclusiones.....	37
3. EMISIÓN DEL DICTAMEN.....	40
BIBLIOGRAFÍA.....	42
ANEXO I. HECHOS DEL SUPUESTO DE HECHO.....	45
ANEXO II. CONTESTACIÓN A LA DEMANDA.....	51

DICTAMEN

1. APROXIMACIÓN AL SUPUESTO DE HECHO

1.1. Hechos y datos en los que se basa el supuesto

Los hechos contenidos en el supuesto de hecho se redactan en forma de “Hechos de la demanda” y “hechos de la contestación de la demanda”, que se incorporan al presente trabajo en el Anexo I y se resumen para la mejor comprensión del lector en el presente apartado.

Durante el verano de 2006 la demandante Doña Ana Claudia Aranjuez Roldán¹, modelo de profesión, acudió al local de ocio nocturno de la codemandada Spce Ibiza Bch Club, S.L., donde se le tomó al menos una fotografía portando material promocional de la discoteca que fue posteriormente utilizada, aislando su figura del entorno, como elemento gráfico de la portada de un CD producido por la codemandada A Records, Ltd. en colaboración con la mercantil ibicenca. La demandante tomó conocimiento de este hecho al tomar contacto con material promocional de dicho producto, disponible al público en plataformas de venta *online*, pues no había sido previamente informada y no le había sido recabado el consentimiento para la explotación comercial de unas fotografías que reconoce ser consciente de que le habían sido tomadas.

Tras estos hechos la demandante se puso en contacto con las mercantiles solicitando el cese de la intromisión ilegítima a su derecho a la propia imagen, peticiones que no fueron atendidas convenientemente de acuerdo con sus expectativas ni en aquél primer contacto ni en las contestaciones de sendos burofaxes que les remitió. En sus respectivas contestaciones, A Records, Ltd. reconoce la infracción pero a juicio de la interesada propone una satisfacción insuficiente de los perjuicios causados, y Spce Ibiza Bch Club, S.L. niega haber intervenido en modo alguno en la toma, cesión, utilización y explotación económica de la fotografía controvertida. Tras estos infructuosos intentos extraprocesales de resolver la cuestión, la demandante insta una acción en protección de su derecho constitucional por el cauce del procedimiento especial de tutela del derecho al honor, a la intimidad personal y a la propia imagen derechos contra las mercantiles Spce Ibiza Bch Club, S.L. y A Records, Ltd. cuya *petitum* no viene planteada en la redacción del supuesto de hecho a resolver en el presente Dictamen.

Cabe añadir que por aclaraciones efectuadas por el Director del presente dictamen en el marco de las reuniones de seguimiento, debe precisarse que (i) se presume que la contestación de la demanda se presenta a inicios de 2007, en términos de legislación aplicable y la imposibilidad de oponer excepciones por prescripción y caducidad; (ii) los hechos alegados por las partes en el enunciado del caso se tienen por ciertos, y (iii) se tienen por no impugnadas las pruebas aportadas en los hechos de la demanda y de la contestación.

¹ Nota: los nombres propios utilizados en la redacción del presente Dictamen han sido seudonimizados y no se corresponden con la realidad. Cualquier coincidencia será meramente por razones del azar.

1.2. Documentación

1.2.1. Documentación otorgada

En la redacción de los antecedentes de hecho, la demandante dice aportar la siguiente documentación:

- Como Documento Uno, la carátula del CD “A Records *Presents* SPCE IBIZA *mixed by* D. Picci”;
- Como Documento Dos, fotos tomadas de un local de Ibiza de carteles y pancartas publicitarias del CD;
- Como Documento Tres, 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.
- Como Documento Cuatro, revista “Pcha”, de julio-agosto de 2006, en su página 12 en la que se reproduce la fotografía del CD;
- Como Documento Cinco, captura de la página web de Amazo.com con la imagen del CD, en fecha de 23 de enero de 2007;
- Como Documento Seis, captura de la página web de Virgin con la imagen del CD, en fecha 23 de enero de 2007;
- Como Documento Siete, contrato de “consentimiento y publicación: personajes secundarios”, de fecha 16 de agosto de 2006;
- Como Documento Ocho, carta certificada enviada a A Records, Ltd., con fecha 7 de diciembre de 2006;
- Como Documento Nueve, burofax enviado a A Records, Ltd., con fecha 20 de diciembre de 2006, y,
- Finalmente, como Documento Diez, burofax a Spce Ibiza Bch Club, S.L., con fecha 4 de diciembre de 2006.

En la redacción de los antecedentes de hecho por la demandada no se mencionan documentos aportados más allá de:

- Documento Uno: factura por la cesión derechos de marca.

1.2.2. Documentación no aportada

Entre la documentación que no se aporta, evidentemente, se encuentra la autorización para la utilización de la imagen del interesado, documento que de aportarse en este momento procesal reconfiguraría el supuesto de hecho desvirtuando sus mismos objetivos y el contenido del presente trabajo, por lo que debe descartarse su existencia.

Sin embargo, el supuesto de hecho insinúa la existencia de documentos no aportados que sí podrían formar parte de la prueba documental de la demandada, y dado que su trascendencia es relativa por ya haberse apuntado su contenido en los hechos expuestos, permite enriquecer la estrategia procesal de esta parte. Entre esta documentación encontramos:

- Prueba de la difusión pública de la imagen de la interesada, acaso en situaciones similares (fiestas, discotecas, baile), adjuntado a la contestación como Documento Dos;
- La contestación al burofax recibido en fecha 4 de diciembre de 2006, adjuntado a la contestación como Documento Tres;
- Contrato de prestación de servicios entre Spce Ibiza Bch Club, S.L. y el fotógrafo autónomo D. JUAN RETRATISTA CAMARÓN, adjuntado a la contestación como Documento Cuatro;
- El contrato cesión de marca entre Spce Ibiza Bch Club, S.L. y A Records, Ltd., adjuntado a la contestación como Documento Cinco;
- Cadena de correos entre el departamento de diseño de A Records, Ltd. y el de Spce Ibiza Bch Club, S.L., adjuntado a la contestación como Documento Seis
- Informe pericial sobre datos estadísticos relativos al reconocimiento de por parte del público objetivo, adjuntado a la contestación como Documento Siete;
- Capturas de pantalla de distribuidores *online* del disco, adjuntado a la contestación como Documento Ocho,
- Comparativa entre índices de volúmenes de venta del disco en sus promociones de 2005 y 2006, adjuntado a la contestación como Documento Nueve.

1.3. Cuestiones planteadas

1.3.1. Cuestiones sustantivas

Como abogada de la parte demandada:

- Redacte los fundamentos de derecho de carácter sustantivo,
- Incluya Sentencias del Tribunal Supremo y señale la *ratio decidendi* aplicable al caso.

1.3.2. Cuestiones procesales

Como abogada de la parte demandada:

- Redacte los fundamentos de derecho de carácter adjetivo;
- Incluya Sentencias del Tribunal Supremo y señale la *ratio decidendi* aplicable al caso;
- Redacte formalmente la contestación de la demanda, y
- Haga la proposición de la prueba e inestructa y el listado de preguntas a realizar en el interrogatorio.

1.3.3. Otras cuestiones interesadas

Como abogado de la parte demandada, asesore a su cliente en las siguientes materias:

- Sobre la probabilidad de éxito;
- Sobre el coste del procedimiento, por intervención de abogado y procurador;
- Sobre la posibilidad de obtener condena en costas, y
- Sobre la posibilidad de recurso y ante qué instancias.

2. RESOLUCIÓN DE LAS CUESTIONES PLANTEADAS

2.1. Fuentes aplicables al caso

La configuración legislativa y jurisdiccional en el ámbito civil del derecho a la propia imagen en su uso para fines publicitarios o comerciales.

2.1.1. Normativa aplicable

La protección legislativa del derecho constitucional a la propia imagen se consagra, junto al derecho al honor y el derecho a la intimidad personal, en el artículo 18.1 de la Constitución española (en adelante referida como “**CE**”), esto es, dentro de la sección reguladora de los derechos fundamentales y las libertades públicas. Dicho artículo 18.1. CE reza “*Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen*”. En tanto que derecho fundamental, sus garantías legislativas vienen a regularse en la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, *sobre protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen* (en adelante, “**LO 1/1982**”). Es aquí impropio analizar la posible aplicación de leyes forales, pues el desarrollo de los derechos y libertades constitucionales es materia reservada a las leyes orgánicas y por lo tanto es competencia del Estado.

Efectuada esta primera introducción al ámbito normativo aplicable, se acota ahora al supuesto de hecho que sirve de base de estudio, que presenta la posible violación del derecho de la modelo a la propia imagen por haberse explotado publicitariamente su fotografía sin su consentimiento. Estos hechos son subsumibles en lo que el artículo 7.6 LO 1/1982 define como intromisión ilegítima por haberse utilizado “*la imagen de una persona para fines publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga*”. Sin embargo esta afirmación no está exenta de salvedades, que vienen a consagrarse en el artículo 8 de la misma Ley Orgánica, entre las que destacan las contenidas en las letras “a” y “c” de su primer apartado, que son supuestos que la protección del derecho de imagen no puede impedir.

Esta letra “a” es de gran apoyo para la parte demandada, al establecer una excepción al derecho de imagen en el sentido de que no podrá impedirse, basándonos en él, la *captación, reproducción o publicación por cualquier medio cuando se trate de personas que ejerzan un cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública y la imagen se capte durante un acto público o en lugares abiertos al público*. En primer término, porque puede inferirse de la profesión de la demandante sus notas intrínsecas de notoriedad o proyección pública, indistintamente de que se alcancen o no, y en segundo, porque puede razonablemente entenderse que la imagen en contienda fue tomada en la vía pública o en un local abierto al público.

Sin embargo, la subsunción de los hechos del supuesto en la letra “c” del mismo apartado es ya de más difícil justificación. El contenido literal de dicha disposición reza que el derecho de imagen no impedirá la *información gráfica sobre un suceso o acaecimiento público cuando la imagen de una persona determinada aparezca como*

meramente accesoria. De inicio podría pensarse en la línea argumental de la accesoriedad de la imagen en material difundido en relación con la toma de una fotografía en un espacio abierto al público, pero es imposible la justificación de que se difunde como elemento accesorio al principal cuando en atención a la norma dicho adjetivo se predica exclusivamente referido a un contenido informativo, esto es, en pos de la salvaguarda del derecho a la libertad de información. Por ello, debe abandonarse este argumento por no poder prosperar razonablemente.

Por la especial configuración constitucional del derecho a la propia imagen, las acciones que se interpusieren en su defensa deberán tramitarse por medio de un procedimiento basado en la preferencia y la sumariedad, como lo es el previsto en el artículo 249.1.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (“**LEC**”), contando además con la vía del recurso de amparo constitucional una vez ultimada la vía ordinaria de amparo civil.

Sin embargo, y como se desarrollará seguidamente, el derecho a la imagen tiene así mismo una dimensión no amparada en el texto constitucional: la dimensión patrimonial del derecho, cuya regulación únicamente prevé protección legal. Esta dimensión patrimonial se concreta en la actividad económica que tiene por objeto la transacción de la imagen como bien en sí misma, pues no hay que olvidar que es una facultad a disposición de su titular. Como actividad habitual en la que se enmarcan dichas transacciones, encontramos precisamente la actividad del profesional actor o modelo que cede su imagen para fines publicitarios o comerciales. Aquí es donde la profesión o transacciones reiteradas del titular del derecho ponen de manifiesto el límite del derecho constitucional y así, como se desarrollará en el punto siguiente, lo ha sentenciado nuestra doctrina jurisprudencial: la protección del artículo 7.6 LO 1/1982 se configura en favor de las personas anónimas que no rentabilizan económicamente su derecho, pero no de aquellas que viven de su explotación y aprovechan el texto constitucional para sobredimensionar unas lesiones que tienen un carácter meramente pecuniario.

En segundo lugar, debe estudiarse si bajo el amparo de la normativa citada anteriormente la demandante tiene posibilidad de encontrar protección jurisdiccional a derechos en conexión con el derecho a la imagen, como son el derecho al honor y el derecho a la intimidad personal y familiar.

En tercer lugar, porque la imagen es un dato que permite la identificación de su titular, su tratamiento debe estudiarse bajo la óptica de la normativa relativa a la protección de datos de carácter personal. En este sentido, encontramos que en el momento actual se encuentra plenamente vigente y aplicable el Reglamento General de Protección de datos (“**RGPD**”), que da una configuración a este dato personal como de tipología especial, por tratarse de un dato biométrico, cuyo tratamiento se prohíbe salvo cuando concurren las excepciones del artículo 9 RGPD. Empero, los hechos deben analizarse desde su perspectiva temporal, el verano de 2006, cuando la normativa en vigor no era sino la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, *de Protección de Datos de Carácter Personal* (LOPD), y su reglamento de desarrollo, el Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre (RLOPD). Debe apuntarse ya en este momento que si bien esta normativa exige que el tratamiento de datos personales sea convenientemente informado a su titular, así como

consentido por este, existe una excepción que excluye la lesión por tratamiento ilegítimo cuando fuese el propio interesado el que pusiese el dato personal en cuestión al acceso del público.

Por último debe abordarse la normativa aplicable en materia de resarcimiento por daños y perjuicios irrogados por la intromisión ilegítima o simple lesión patrimonial que, en su caso, pudiese estimarse.

Por encontrar su regulación en *lex specialis*, la reparación de los daños y perjuicios causados por intromisión ilegítima en los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen deben tratarse de acuerdo con las disposiciones contenidas en la LO 1/1982, y en concreto, en su artículo noveno, que regula tanto las medidas para poner fin a dicha intromisión como las reglas de cuantificación de la indemnización resarcitoria. En el segundo de los apartados de este artículo se preceptúa que, en caso de intromisión ilegítima, deberán adoptarse “*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 encontramos: (i) medidas cautelares encaminadas al cese inmediato de la intromisión ilegítima; (ii) el reconocimiento del derecho a replicar, (iii) la difusión de la sentencia y (iv) la condena a indemnizar los perjuicios causados. Es en el tercer apartado del mismo artículo donde encontramos las reglas de cuantificación de la indemnización a percibir por el agraviado por el perjuicio sufrido, cuya producción se presumirá en todo caso. Así, se regula que 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*”.

Finalmente, respecto a la eventual apreciación de lesión patrimonial, la indemnización por daños y perjuicios vendría a cuantificarse de acuerdo con las normas de responsabilidad extracontractual del Código Civil español, pues debe desestimarse la aplicación de a legislación foral catalana por tener lugar los hechos en el territorio de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares. En este territorio existe únicamente una ley foral que podría ser potencialmente aplicable, el Decreto Legislativo 79/1990, de 6 de septiembre, *por el que se aprueba el texto refundido de la compilación del derecho civil de las Islas Baleares*, que sin embargo no regula la materia por lo que debemos remitirnos al Derecho civil común.

Por lo anterior, la legislación aplicable al supuesto de hecho y por consiguiente estudiada en el presente Dictamen es la siguiente:

- Ley 50/1980, de 8 de octubre, *de Contrato de Seguro*, aplicada por analogía.
- Ley 1/2000, de 7 de enero, *de Enjuiciamiento Civil*;
- Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, *del Tribunal Constitucional*;
- Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, *sobre protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen*;

- Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, *del Poder Judicial*;
- Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, *de Protección de Datos de Carácter Personal*.
- Código Civil español, aprobado por el Real Decreto de 24 de julio de 1889, *por el que se publica el Código Civil*;
- Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal, aprobado por el Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, *por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal*.
- Reglamento (UE) 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*.

Además, por ser necesaria para resolver las cuestiones de relativas a las responsabilidades y derechos del letrado, se trata la siguiente normativa:

- Criterios de Honorarios del Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona, de noviembre de 2004;
- Criterios de Honorarios del Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona, de enero de 2010;
- Ley 15/2007, de 3 de julio, *de Defensa de la Competencia*;
- Código de Consumo de Cataluña, aprobado por la Ley 22/2010, de 20 de julio, *del Código de consumo de Cataluña*;
- Estatuto General de la Abogacía, aprobado por el Real Decreto 658/2001, de 22 de junio, *por el que se aprueba el Estatuto General de la Abogacía Española*;
- Real Decreto 1373/2003, de 7 de noviembre, *por el que se aprueba el arancel de derechos de los procuradores de los tribunales*,
- Normativa de la Abogacía Catalana, aprobada por la Resolución JUS/880/2009, de 24 de marzo, *por la que, habiendo comprobado previamente su adecuación a la legalidad, se inscribe en el Registro de Colegios Profesionales de la Generalidad de Cataluña la Normativa de la Abogacía Catalana*.

Como última precisión, mencionar que si se toman como referencia los criterios aprobados por el Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona por estarse actuando en su ámbito en atención al artículo 44.1 del Estatuto General de la Abogacía Española.

2.1.2. Doctrina jurisprudencial en la materia

La doctrina jurisprudencia del Tribunal Constitucional configura el derecho constitucional a la propia imagen en dos vertientes o facultades: (a) la vertiente o facultad positiva como derecho a disponer libremente del ámbito de utilización de la propia imagen, el derecho a determinar el ámbito de captación o reproducción, y (b) la vertiente

o facultad negativa como el derecho a impedir la intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen, delimitando el ámbito de captación o reproducción de la imagen sin consentimiento de su titular (excepto limitaciones legales). Así la Sentencia del Tribunal Constitucional 139/2001 (Sala Segunda), de 18 de junio de 2001 (Ponente: Don Pedro Cruz Villalón; ECLI:ES:TC:2001:139) el derecho a la propia imagen *“atribuye a su titular un derecho a determinar la información gráfica generada por sus rasgos físicos personales que puede tener difusión pública” que 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.”*

La doctrina jurisprudencial civil y constitucional ha resuelto señalar que la explotación económica del derecho a la imagen es una consecuencia necesaria de esa vertiente positiva del derecho, pero que sin embargo origina una protección que escapa del ámbito constitucional, dado que el bien jurídico protegido, aunque digno de protección y efectivamente protegido por nuestro ordenamiento, es distinto de los propios de un derecho de la personalidad y por consiguiente no forma parte del contenido del derecho fundamental del artículo 18.1 CE. Así lo dictamina la Sentencia del Tribunal Constitucional 81/2001 (Sala Segunda), de 26 de marzo de 2001 (Ponente: Don Carles Viver Pi-Sunyer; ECLI:ES:TC:2001:81) *“Es cierto que en nuestro Ordenamiento especialmente en la Ley Orgánica 1/1982 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”* (FJ 2). Unos meses más tarde, en la Sentencia del Tribunal Constitucional 156/2001 (Sala Segunda), de 2 de julio de 2001 (Ponente: Don Carles Viver Pi-Sunyer; ECLI:ES:TC:2001:156) *“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, aunque son dignos de protección y en nuestro Ordenamiento se encuentran protegidos -en especial en la Ley Orgánica 1/1982, (...)-, no forman parte del contenido del derecho fundamental a la propia imagen que consagra el art. 18.1 CE.”* (FJ 6).

En otro orden de cosas, reiterada doctrina del TC coincide en definir el derecho a la propia imagen como un derecho de configuración autónoma y con sustantividad propia respecto del derecho al honor y el derecho a la intimidad personal y familiar (también consagrados en el art. 18.1. CE). Según esta línea jurisprudencial, desarrollada entre otras en la citada Sentencia del Tribunal Constitucional 81/2001 (Sala Segunda), de 26 de marzo de 2001 (Ponente: Don Carles Viver Pi-Sunyer; ECLI:ES:TC:2001:81), (FJ 2), la vulneración de cualquiera de estos dos últimos derechos no vendría a ser requisito para apreciar vulneración al derecho a la propia imagen, sino que de concurrir vendría únicamente a acrecentar el perjuicio producido por vulnerarse más de un derecho constitucional. En virtud de esta doctrina, la eventual apreciación de intromisión de legítima de más de uno de los derechos consagrados en el artículo 18.1 CE exige el

cumplimiento previo de un requisito de procedibilidad, pues “[la] especificidad de cada uno de estos derechos impide considerar subsumido en alguno de ellos las vulneraciones de los otros derechos que puedan ocasionarse a través de una imagen que muestre, además de los rasgos físicos que permiten la identificación de la persona, aspectos de su vida privada, partes íntimas de su cuerpo o la represente en una situación que pueda hacer desmerecer su buen nombre o su propia estima.” (FJ 3), (Sentencia del Tribunal Constitucional 156/2001 (Sala Segunda), de 2 de julio de 2001 (Ponente: Don Carles Viver Pi-Sunyer; ECLI:ES:TC:2001:156).

De esta forma se exige que la parte demandante alegue la intromisión de cada uno de los derechos autónomamente considerados con el fin de posibilitar la decisión del Tribunal de primera instancia o de posteriores instancias, ya que no se estiman ulteriores reclamaciones alegando que, por ejemplo, “*bajo el nomen iuris de derecho a la propia imagen, en realidad se está haciendo referencia también al derecho a la intimidad*”. En este respecto debe precisarse que el supuesto de hecho nada dice acerca de las peticiones de contrario, de modo que debe efectuarse la ficción de que así se hace.

Respecto de una hipotética intromisión ilegítima en el derecho al honor, debe apreciarse la gran importancia que doctrinalmente se atribuye a la adecuación de la normativa a la contemporaneidad de los hechos y a los usos sociales: así en la Sentencia del Tribunal Supremo 371/2002 (Sala de lo Civil), de 25 de enero 2002 (Ponente: Don Antonio Guillon Ballesteros; ID CENDOJ: 28079110012002101691), se desestima haber lugar a declarar intromisión ilegítima al derecho al honor de una persona física a quien habían explotado la imagen y nombre para fines comerciales, atribuyéndosele una frase que no había pronunciado, “*al basarse exclusivamente en consideraciones meramente subjetivas sobre cuándo existe infracción de sus derechos, siendo así que el art. 2o de la Ley 1/82 se refiere a los "usos sociales" para delimitar el ámbito de protección de los mismos.(...) Es claro que las mismas no constituyen en el sentir social el más mínimo ataque al honor*” (FJ 2).

Respecto a la intromisión ilegítima al derecho a la imagen, debe tenerse presente que en la mayoría de ocasiones, en contra del criterio de esta parte, se viene estimando la lesión en cuanto faltan los requisitos de previa información y consentimiento del interesado. Así, y sobre todo a efectos de asesoramiento del cliente, debe traerse a colación la siguiente sentencia a modo ilustrativo, ya que plantea un escenario parecido al obrante en el supuesto de hecho: la Sentencia del Tribunal Supremo 8124/2007 (Sala de lo Civil), de 28 de noviembre de 2007 (Ponente: Don José Ramón Ferrándiz Gabriel; ID CENDOJ: 28079110012007101273). Esta sentencia habla de los límites del derecho a la imagen “*dicha fotografía, tomada en plena competición, únicamente podía publicarse sin consentimiento de los interesados a fines de mera información, pero nunca para fines publicitarios o comerciales, ya que el derecho fundamental a la propia imagen podía ceder ante otro derecho del mismo rango, como el de información, pero no "ante el mero interés crematístico de un tercero"* (FJ 3).

Como parte del desarrollo de la base doctrinal de la figura de la intromisión ilegítima, como se ha dicho anteriormente, no es aconsejable argumentar la excepción de

accesoriedad de la imagen por configurarse en protección al derecho de información: *“las fotografías se podían publicar “sin precisión de un permiso especial de la fotografiada por ser las imágenes difundidas accesorias de un artículo periodístico cuya difusión se halla permitida en aras de la libertad de información” (Sentencia del Tribunal Supremo 707/1998 (Sala de lo Civil), de 7 de julio de 1998 (Ponente: Don José Luis Albacar López; ID CENDOJ: 28079110011998101452), (FJ 3); y “el concepto de “accesoriedad” de la Ley (atr. 8.2.a) hace referencia “a lo que es objeto principal de la noticia o reportaje gráfico” (sentencia de 19 de octubre de 1992), no concurriendo cuando no guarda relación con el contenido de la información escrita (sentencia de 19 de octubre de 1992) pero si en otro caso (sentencias de 21 de octubre y 28 de octubre de 1966, 7 de julio y 25 de septiembre de 1998, 27 de marzo de 1999 y 23 de abril de 2000)” (Sentencia 218/2004 del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 17 de marzo de 2004 (Ponente: Don Pedro González Poveda; ID CENDOJ: 28079110012004100177), (FJ 2).*

En cuanto a la cuantificación económica de los perjuicios causados para la determinación de la indemnización, debe estudiarse separadamente el daño material irrogado del daño moral.

En cuanto al daño moral, es muy ilustrativa la Sentencia del Tribunal Supremo 7859/2002 (Sala de lo Civil), de 25 de noviembre 2002 (Ponente: Don Antonio Guillon Ballesteros; ID CENDOJ: 28079110012002102524), en la que se aprecia el alcance moral de la lesión en circunstancias análogas a las del supuesto de hecho: *“ha de tenerse en cuenta que era una conocida top-model internacional, que hace de la exhibición de su imagen para publicitar objetos o marcas su legítima profesión, por lo que no hay duda de que es persona acostumbrada a negociar sobre ese bien de la personalidad. Parece pues que no cabe considerarla como una persona anónima, que por mor de un reportaje gráfico sale de ese estado contra su voluntad. La actora, evidentemente que tiene derecho al respeto de su imagen, pero cuando ella ha posado para la obtención de las fotografías litigiosas el único problema es el de si se han publicado sin su consentimiento o no. Por ello es limitado el daño moral que puede alegarse para su compensación pecuniaria” (FJ3).* Más allá de esta primera limitación, la sentencia conviene en definir el daño moral en distinción del daño patrimonial dado que *“[la] moderna doctrina jurídica abandonó hace tiempo la distinción entre daños con repercusión s[o]lo en la persona física o psíquica de la víctima, y con repercusión también en su patrimonio. La más autorizada sostiene que el daño moral debe reducirse al sufrimiento o perturbación de carácter psicofísico en el ámbito de la persona a consecuencia de lesiones de derechos de la personalidad” (FJ3).* Así las cosas, la cuantificación del daño patrimonial sufrido no podrá realizarse por aplicación de la LO 1/1982 sino que deberá aplicarse las normas tradicionales de cuantificación de la responsabilidad civil extracontractual, que abarcan la reparación del daño efectivamente causado, así como el lucro cesante y el daño emergente. La cuantificación de tales daños será realizada por el Tribunal, pero ello no significa que la actora no deba justificar los criterios a utilizar, pues en otro caso se produciría indefensión en la demandada.

Finalmente, respecto de la condena solidaria en materia indemnizatoria, apreciar que la Sala de lo civil del Tribunal Supremo “*viene declarando que cuando no está individualizada la responsabilidad personal de cada uno de los intervinientes, ha de decretarse la responsabilidad solidaria, tendente a dotar de mayor eficacia, (...) si bien no se aprecia motivo que eluda su aplicación*”, Sentencia del Tribunal Supremo 218/2004 (Sala de lo Civil), de 17 de marzo de 2004 (Ponente: Don Pedro González Poveda; ID CENDOJ: 28079110012004100177), (FJ 1). En todo caso, debe recordarse que la parte responde por acto propio (por no ser un supuesto subsumible en las excepciones de responsabilidad por hecho ajeno), por lo que debe demostrarse la relación de causalidad.

2.2. Calificación jurídica de los hechos

2.2.1. Fundamentos de derecho de carácter sustantivo de la contestación a la demanda

Siguiendo las indicaciones del Director del presente Dictamen, se incluyen en el presente apartado los fundamentos de derecho de carácter jurídico-material redactados en las formalidades propias del escrito de contestación a la demanda, cuyo texto íntegro se incorpora al presente trabajo como Anexo II.

FUNDAMENTOS DE DERECHO JURÍDICO-MATERIALES

PREVIA.- Negamos las calificaciones jurídicas efectuadas de contrario de la demanda en cuanto no se admitan expresamente en las siguientes.

PRIMERA.- De la falta de dimensión constitucional de la lesión alegada y de la falta de intromisión ilegítima al derecho a la propia imagen

Esta parte niega con contundencia que los hechos acaecidos puedan subsumirse en la protección constitucional del derecho a la propia imagen, y, en todo caso, que estos antecedentes de hecho puedan sean constitutivos de intromisión ilegítima de este derecho de la personalidad de la demandante.

La protección reclamada por la actora no es sino sobre el control sobre los efectos económicos de la utilización de su imagen, una cuestión relativa a la vertiente puramente patrimonial de la imagen: su explotación comercial. Por ello, y en atención a la jurisprudencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, en consonancia con la doctrina jurisprudencial del Tribunal constitucional, una eventual lesión a este derecho carece de dimensión constitucional.

A diferencia de los restantes derechos constitucionales consagrados en el artículo 18.1 CE, derecho al honor y a la intimidad, el derecho a la propia imagen tiene una dimensión de carácter patrimonial. El Tribunal Constitucional, en su Sentencia del Tribunal Constitucional 81/2001 (Sala Segunda), de 26 de marzo de 2001 (Ponente: Don

Carles Viver Pi-Sunyer; ECLI:ES:TC:2001:81) estableció que la protección otorgada a dicho aspecto económico de la imagen debe escapar de la protección constitucional para ceñirse en la puramente legal pues *“la 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”* (FJ2).

Esta parte no quiere en este punto negar que el conjunto de derechos relativos a la explotación comercial de la imagen sean dignos de protección por nuestro ordenamiento. Lo que sí viene a cuestionar es la sobredimensión que pretende otorgarse a una supuesta lesión que únicamente podría tener relevancia patrimonial.

La actora alega intromisión a su derecho fundamental a la propia imagen por violación de la protección consagrada en el artículo 7.6 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*, en conexión con su artículo 2, que previene la utilización de la imagen de una persona para fines publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga sin su consentimiento. Sin embargo, estudiando dicha prohibición en relación con la limitación a la protección constitucional de la imagen establecida por el Alto Tribunal, debe precisarse que para que la lesión sea calificada de intromisión ilegítima y por lo tanto subsumible en dicha previsión, debe revestir de una gravedad bastante que así lo justifique: debe producir una lesión que sea contraria a la dignidad de la persona titular del derecho.

Además, para que dicha lesión a la dignidad personal sea calificada como violación del derecho constitucional a la imagen debe revestir de antijuridicidad respecto de este derecho individualmente considerado, esto es, despreciando una hipotética vulneración de los demás derechos regulados en el artículo 18.1 CE. La jurisprudencia constitucional ha dejado resuelta la cuestión sobre la configuración autónoma del derecho a la imagen respecto del resto de derechos consagrados en el artículo 18.1 CE, esto es, que la intromisión ilegítima al derecho a la imagen no debe ligarse, para su apreciación, a una lesión al derecho al honor o al derecho a la intimidad personal y familiar.

Es necesario en este punto volver a traer a colación los argumentos en los que se fundamenta la lesión y la indemnización pretendida de contrario, muy especialmente aquellos referidos a la prima o *“caché”* cobrada anteriormente por la demandante para utilidades comerciales de su imagen. Desconociendo el alcance de su error, es la propia demandante quien desvirtúa la pretendida ofensa a su derecho personalísimo a la imagen sirviéndonos en bandeja de plata el mayor argumento para su desestimación: el hecho que comercialice con su derecho.

Por lo tanto, esta parte viene a refutar enérgicamente el pretendido alcance moral de la lesión a su derecho a la imagen alegada por la contraparte, pues es contradictorio afirmar que un supuesto de utilización de la imagen análogo al uso que reiteradamente ha hecho la demandante de su imagen en el tráfico laboral y comercial sea únicamente en el presente caso un atentado a la dignidad de la persona titular.

SEGUNDA.- Sobre la inexistencia de intromisión ilegítima a los restantes derechos consagrados en el artículo 18.1 CE

Habiendo sido atacada la subsumibilidad de la causa en el derecho constitucional que protege el derecho a la propia imagen, esta parte argumenta ahora la imposibilidad de apreciar violación de los restantes derechos consagrados en el artículo 18.1 CE.

Respecto a la posibilidad de haberse producido una intromisión ilegítima al honor o a su prestigio profesional, esta parte quiere apelar a la documental adjuntada, en concreto aquella en la que se listan ejemplos de imágenes difundidos públicamente por la propia interesada por medio de sus perfiles en redes sociales (que, recordamos, es el Documento Dos). En dichas imágenes, la contraparte aparece bailando en fiestas, discotecas y *shows* en actitudes harto más informativas que la que presenta en la imagen obrante en autos. Tampoco marcan una diferencia de interés el texto o elementos decorativos que envuelven la imagen en el diseño de la carátula del CD: no se hacen aseveraciones ni se anuncia un espectáculo que pudiese insinuar la atribución de un determinado apelativo negativo a la interesada representada en ella. Es evidente que, por consiguiente, la imagen en cuestión no pudo atacar a su honor, pues no ataca su buen nombre, ni la difama, ni afecta su reputación o la hace desmerecer en consideración ajena en ninguna forma que no hubiese sido revelada previamente por la propia interesada, y, a mayor abundamiento, su contenido es inocuo, nada deshonoroso ni difamatorio. Por ello, y con arreglo a la doctrina jurisprudencial asentada en esta materia, no puede estimarse que los hechos en los que la actora funda su reclamación puedan ser constitutivos de intromisión ilegítima a su derecho al honor en cuanto al contenido de la fotografía, pues *“no es un escándalo social, y las leyes han de interpretarse de acuerdo a la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas (art. 2o.1 Cód. civ.)”*. (FJ3), Sentencia del Tribunal Supremo 7859/2002, (Sala de lo Civil), de 25 de noviembre 2002 (Ponente: Don Antonio Guillon Ballesteros; ID CENDOJ: 28079110012002102524).

Debe descartarse que los hechos enjuiciados puedan ser calificados como intromisión ilegítima a la intimidad personal de la actora, por no darse en el momento de la toma de la fotografía un ambiente que fundamente la apariencia de privacidad ni desvelar, la captura, información íntima de la modelo Sra. ANA CLAUDIA ARANJUEZ ROLDÁN.

En las circunstancias de la toma de la fotografía no concurren las notas de privacidad que pudiesen haber dado lugar a la exposición de aspectos vulnerables de la personalidad de la actora. En vistas a los elementos presentes en la fotografía, como son la posición de la modelo, su atuendo y actitud, en la cual la actora porta gafas de sol, abanico y vestimenta festiva debe realizarse la necesaria inducción de que en el momento de la toma de la fotografía esta no se encontraba en un lugar recluso del que se pudiese guardar una cierta expectativa de intimidad, sino en un lugar abierto, incluso concurrido, ya fuese un espacio público como un local abierto al público, en el que se encontraba mostrando su faceta más social y extravertida. Es la misma actitud de la modelo la que lleva a afirmar que, siendo además plenamente consciente de que el ambiente a su alrededor ofrecía nulas

garantías de privacidad, el objetivo personalmente perseguido no era pasar desapercibida, sino destacar. No es el respeto a su intimidad lo que busca potenciar en el momento de la toma de la imagen, sino darse publicidad, llamar la atención sobre sí misma y sobre su imagen.

La fotografía tampoco aporta información relevante acerca de hábitos o vicios que pudiesen exponer facetas de la esfera privada de la modelo que esta no quisiese revelar. Los elementos que forman parte de la fotografía, como lo son las gafas de sol o el abanico, así como la importante ausencia de elementos posiblemente comprometedores como lo serían una bebida alcohólica o posición insinuante, no desvelan datos sobre la vida personal de la modelo y podrían calificarse de elementos vacíos de contenido informativo habitualmente utilizados en la escenografía de fotografías de la misma categoría. Ello, sumado a la ausencia de elementos identificativos del lugar de la toma de la fotografía, revela la absoluta neutralidad de la imagen, que podría haberse tomado en un plató.

Como colofón, la absoluta falta en la imagen de contenido informativo sobre aspectos privados de la actora tampoco se desmiente de contrario, por cuanto no se hace mención a la vulneración de su privacidad o a la exposición pública de aspectos personales de su carácter.

Por consiguiente, no puede apreciarse vulneración alguna del derecho a la intimidad personal en dicha fotografía, porque como se ha dicho, no se desvela en ella aspectos de sí misma que la modelo haya excluido de la difusión pública.

TERCERA.- De la imposibilidad de apreciarse tratamiento ilegítimo de datos de carácter personal

En tercer lugar se interesa que se desestime la posibilidad de apreciar un hipotético tratamiento ilícito de datos de carácter personal de la demandante por haberse difundido una imagen que permite reconocerle.

Como ha venido alegándose, ha sido la propia interesada que ha venido haciendo este dato de carácter personal manifiestamente público por los medios de comunicación social, y por consiguiente, de acuerdo con el artículo 6.2 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, *de Protección de Datos de Carácter Personal*, en conexión con el artículo 7.1 letra “e” del Reglamento de desarrollo de la LOPD, aprobado por medio del Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, no cabe apreciar lesión a los derechos y libertades fundamentales de la demandante. Además, la propia demandante conocía de la toma de la fotografía y no se opuso, por lo que concurren todos los requisitos del consentimiento tácito.

CUARTA.- De la inexistencia de lesión

Ha quedado demostrada la imposibilidad de que se haya perpetrado intromisión ilegítima alguna a los derechos constitucionales consagrados en el artículo 18.1 CE, lo

que inevitablemente pone de manifiesto que la aquí actora ha pretendido encauzar un mero desacuerdo de índole contractual referido al precio a cobrar por la explotación comercial de su imagen por el procedimiento de protección sumaria reservado a los bienes jurídicos más sensibles del estado de derecho, los que cimientan el libre desarrollo de la personalidad de sus ciudadanos.

Concentrándose la cuestión, pues, en el ámbito contractual, debemos analizar un contrato celebrado presuntamente sin la intervención de la demandante en virtud del cual alega habersele ocasionado unos perjuicios no puramente constitucionales sino económicos. En estas, deben analizarse dos aspectos consustanciales al contrato: por un lado, la prestación de consentimiento en el momento original de la toma de la fotografía, y por el otro, la ulterior cesión de los derechos de imagen en relación con la misma. Antes de adentrarnos en el análisis de la primera de las cuestiones, la relativa a la prestación o no de consentimiento, esta parte declara que desconoce la autoría de la imagen discutida, los pormenores de su toma y la forma en la que fue puesta a disposición de A RECORDS, LTD.

Nada dice la contraparte ni se ha podido averiguar por esta demandada, a falta de comparecencia de su litisconsorte, acerca del alcance del consentimiento verbal que otorgó la modelo al fotógrafo que le tomó la fotografía en contienda. Por tratarse de un contrato verbal y por ello convenientemente imposible su interpretación, exige la demandante que se considere que no se había cedido su derecho al profesional ni apoderado para ello, por lo que el negocio jurídico posterior celebrado sin su concurrencia debió ser en todo caso nulo. Ello se vincula además a una supuesta falta de diligencia de la empresa cesionaria por no solicitar el consentimiento de la propia titular de la imagen.

No le constan a esta parte los motivos por los que A RECORDS, LTD. hubiese podido considerar que le habían sido cedidos los derechos a la imagen reproducida en la fotografía, ni puede aportar más prueba que permita entrar a discutir la razonabilidad de la asunción de que el cedente estaba en capacidad de ceder los derechos económicos de la actora y que por ello fuese innecesario recabar nueva autorización, ni tan siquiera conoce si medió contraprestación económica en virtud de la transacción. En cualquier caso no puede exigirse a esta parte responsabilidad por un acto que subjetivamente no le es imputable, por encontrarse fuera del ámbito de su control. De nuevo, mi representada no intervino en la empresa y no guarda relación alguna con las partes implicadas en la transacción, fuera de su relación comercial con A RECORDS, LTD., que nada tiene que ver con la toma, cesión o utilización de esta fotografía.

Por lo anterior, la responsabilidad de mi representada respecto de la falta de consentimiento y así como respecto de la posterior cesión, independientemente de si el cedente aparentaba suficientemente ser titular de los derechos económicos de la modelo o no, es necesariamente nula.

QUINTA.- De la falta de intervención de mi representada

Si subsidiariamente el Tribunal apreciare en los hechos expuestos la existencia de lesión patrimonial en la demandante, esta demandada interesa que se le repute inocente de su perpetración por no concurrir los requisitos de legitimación pasiva al no haber tenido participación alguna en ella.

Mi representada no participó de ninguna acción ni intervino en la toma de ninguna decisión que tuviese incidencia en la inclusión de la imagen en discusión en el diseño final de la carátula del CD. SPCE IBIZA BCH CLUB, S.L. no pudo intervenir de forma alguna en la toma de la fotografía, cuyo origen y circunstancias desconocía hasta la recepción el 4 de diciembre del pasado año del burofax remitido a su nombre por la demandante, ni en las decisiones de marketing y diseño que llevaron a su inclusión en la versión final de la carátula del CD.

El Hecho I de la demanda se da por cierto que la fotografía en cuestión se tomó en el interior del local de ocio de mi representada por un trabajador en plantilla de SPCE IBIZA BCH CLUB, S.L. Asimismo, en el Hecho V se redacta ambigua y tendenciosamente una frase que da a entender que esta parte reconoce haber tomado las fotografías y haberlas cedido a A RECORDS, LTD., declaración que esta parte habría vertido en el marco de unas conversaciones con la ahora actora previas al envío de su burofax. Pues bien, esta parte niega tajantemente haber tenido contacto alguno con la actora con anterioridad al momento en que, con absoluta perplejidad, recibió un burofax en el que se le imputaban los hechos que sustentan esta causa, y se reitera en su negativa a haber intervenido en la toma y cesión de la fotografía y en haber cedido espacio de su local para ello, explicaciones ya aportadas mediante su contestación al burofax citado anteriormente en fecha 4 de diciembre de 2006.

Esta parte niega que se tomase dicha fotografía en el interior de su local, y las evidencias aportadas de contrario no lo desmienten. La fotografía obrante en autos carece de fondo por habersele aislado la figura humana, y no ha sido aportada ninguna otra prueba sobre las circunstancias de su toma, por lo que no puede asumirse como se ha afirmado que se hubiese capturado en el interior de las instalaciones de mi representada, asunción que tanto asistiría las pretensiones de la contraparte como causaría indefensión en esta. Es cierto que la tendencia doctrinal reciente exige, en los casos en los que existan indicios de vulneración de derecho fundamental, trasladar la carga de la prueba a la demandada, pues de otro modo podría operar una *probatio diabolica* que actuase en perjuicio de la parte damnificada. Antes bien, como ha sido argumentado detalladamente, los hechos enjuiciados no pueden calificarse jurídicamente como una hipotética intromisión ilegítima a derechos constitucionales, sino que únicamente podrían sustentarse como lesión de carácter económico. Por consiguiente, no puede afirmarse que la fotografía se tomase en el interior del local de mi representada, por lo que tampoco puede atribuírsele el ámbito de control en la situación, ni que por acción u omisión hubiese intervenido en dicha captura.

Respecto del autor de la fotografía, es la propia actora quién pone en entredicho que fuese un trabajador de mi representada, pues matiza su afirmación con la locución “al parecer” que apunta más a una presunción basada en indicios que a un hecho probado.

Ante todo, debe precisarse que SPCE IBIZA BCH CLUB, S.L. no cuenta entre su plantilla profesionales dedicados a la fotografía, por lo que contrata dichos servicios a profesionales de la zona en función de sus necesidades. Para la temporada alta del año 2006, esto es, de junio septiembre, la mercantil contrató al fotógrafo autónomo D. JUAN RETRATISTA CAMARÓN, cuyo contrato de prestación de servicios se aporta al presente escrito. En virtud de dicho contrato, D. FOTOSÍNTESIS realizaba un número fijo de fotografías de los asistentes a veladas organizadas por mi representada, que posteriormente ponía a su disposición para que esta las publicase por medio de sus redes sociales, como es costumbre en el sector. Todas las fotografías así realizadas de dicha temporada figuran publicadas en el perfil de Facebook de mi representada, en la dirección *URL* <www.facebook.com/spce/verano2006>, y puede observarse que no figura entre ellas la fotografía aquí enjuiciada, pues mi representada nunca la tuvo en su poder. En un ejercicio de autocrítica y control interno, a la luz de los hechos alegados por la actora esta parte ha requerido a D. JUAN FOTOSÍNTESIS que clarifique si intervino en la toma de dicha fotografía, habiendo obtenido el más categórico no por respuesta. Por todo ello, esta parte entiende demostrada la absoluta falta de nexo entre la toma de la fotografía y el personal de sus instalaciones.

Con relación al negocio jurídico de cesión de la imagen por el autor de la fotografía y la toma de la decisión de incluirla en la portada, con las modificaciones que se estimaron pertinentes, no puede apreciarse concurrencia de culpas entre mi representada y la productora. El hecho que sostiene esta afirmación se sustancia en la limitada capacidad de intercesión de mi representada en el diseño de la carátula del producto, circunscrita a la verificación del cumplimiento de sus normas internas de imagen corporativa, requisito impuesto por mi representada en el contrato de cesión de sus derechos de marca para la edición del CD del verano 2006 como se desprende del Documento Cinco aportado. Así, es cierto que mi representada tuvo acceso al diseño en un momento previo a su lanzamiento y que intervino en él para realizar algunas modificaciones estilísticas que preservaran el correcto uso de su marca, como lo demuestran los correos intercambiados entre la diseñadora gráfica de A RECORDS, LTD. y la directora del departamento de mercadotecnia de SPCE IBIZA BCH CLUB, S.L., pero más allá de ello en nada pudo actuar respecto a la elección de la composición de dicho empaquetado. Ciertamente no gozaba de una facultad en positivo, de elección libre, sino en negativo, de corrección: únicamente podía oponerse en caso de estimar que el diseño final lesionaba el buen prestigio de su marca. En estos términos, no puede predicarse que mi representada incurriera en falta de diligencia debida, pues no estaba en su ámbito de control la elección de la imagen decorativa a incluir en el diseño, y por extensión, tampoco puede exigírsele desde una perspectiva *ex ante* el haber verificado la legitimidad de su uso.

A mayor abundamiento, la litisconsorte pasiva acepta su responsabilidad subjetiva con respecto a la utilización de la fotografía, de modo que es patente a quién debe atribuirse la lesión de estimarse cometida. De nuevo, hacer extensiva esta responsabilidad a mi representada no podría hacerse sino en carácter objetivo, una posibilidad excluida

por nuestro ordenamiento con relación a la responsabilidad civil si no concurren las circunstancias de la representación vicarial.

SEXTA.- De la falta de justificación de la cuantía reclamada

A la espera de la calificación jurídica de los hechos que realice el Tribunal, que si no obstante lo anteriormente alegado estimase que esta parte participó de algún modo en la consumación, a saber, de la lesión patrimonial o intromisión ilegítima, debe apreciarse una pluspetición en lo pedido de contrario en concepto de indemnización.

Esta parte quiere argumentar la inconsistencia de los argumentos vertidos de contrario para la determinación de la indemnización económica en sus dos posibles vertientes: la indemnización por daños y perjuicios de carácter moral por intromisión ilegítima en primer término y la indemnización por responsabilidad civil por daños y perjuicios puramente económicos en segundo. Es procedente advertir que la falta de cuantificación de la indemnización reclamada, que la contraparte subrepticamente deja en manos del tribunal en un claro intento de evitar la falta de imposición de costas por no estimársele indemnización en la cuantía exacta que desearía reclamar, causa indefensión en esta.

En la eventualidad de que se apreciase intromisión ilegítima en los derechos de la personalidad de la demandante, el artículo 9 LO 1/1982 establece que la tutela judicial deberá comprender, además del restablecimiento del derecho del perjudicado y la prevención de intromisiones inminentes o ulteriores, la indemnización de los daños y perjuicios causados, la apropiación por el perjudicado del lucro obtenido con la intromisión. Dicha indemnización deberá extenderse al daño moral, que operará como presunción, cuyo contenido económico se cuantificará en función de las circunstancias del caso y la gravedad de la lesión efectivamente producida, en la que se tendrá en cuenta la difusión o medio a través del cual se hubiese producido.

La divulgación de la imagen de la representada no ha podido ocasionar una lesión en su derecho a la intimidad, pues no la presenta en circunstancias en nada distintas a las que ella misma publica a través de sus perfiles en redes sociales abiertos al público general. Así se ha apreciado por el Tribunal Supremo en anteriores ocasiones, en las que conociendo de causas con gran similitud con la presente: “[la] actora, evidentemente que tiene derecho al respeto de su imagen, pero cuando ella ha posado para la obtención de las fotografías litigiosas el único problema es el de si se han publicado sin su consentimiento o no. Por ello es limitado el daño moral que puede alegarse para su compensación pecuniaria. Sentencia del Tribunal Supremo 7859/2002 (Sala de lo Civil), de 25 de noviembre 2002 (Ponente: Don Antonio Guillon Ballesteros; ID CENDOJ: 28079110012002102524), (FJ 3).

De igual modo debe descartarse que la promoción de la imagen haya ocasionado un perjuicio económico en la demandante, por cuanto la actividad que configura su *modus vivendi* no se ha visto sino favorecido con la distribución de su imagen en conexión con una marca tan renombrada como SPCE IBIZA. Los personajes públicos gozan a menudo

de promoción sin retribución con el único objetivo de incrementar su reconocimiento público y con ello su *caché*.

A mayor abundamiento, esta parte está intrigada por el alcance del renombre y fama que se atribuye la actora. De acuerdo con la pericial estadística adjuntada, únicamente un 0,2% de la población reconoce la actora, siendo objeto de análisis el mismo sector poblacional objetivo de la campaña promocional. De este despreciable porcentaje, tan solo un 36% era capaz de reconocer la contraparte en la portada del CD.

Estos datos se reducen considerablemente cuando la misma cuestión se plantea a la población general, en la que únicamente un 0,1 reconoce la modelo, de los cuales únicamente un 56% la puede reconocer en el atuendo que presenta en la imagen de la carátula. Con ello, esta parte viene a cuestionar la autoatribuida fama de la actora, argumento principal de la contraparte para exigir el cobro de parte de los beneficios obtenidos con la venta del CD.

En segundo término, la contraparte sobredimensiona el alcance de la lesión aportando una prueba de su supuesta dimensión global: sostiene que por ofrecerse en páginas web de alcance mundial como lo son “AMAZON” o “VIRGIN”, debe asumirse el más alto alcance territorial de la supuesta lesión.

Pues bien, esta parte ya ha mencionado en los fundamentos de derecho del presente escrito que no participó de la organización y ejecución de la actividad de promoción y mercadotecnia del producto por estar a cargo de la productora A RECORDS, LTD. Sin embargo sí puede asegurar que el ámbito de la cesión de mi representada de los derechos de marca se circunscribía a la elaboración de un CD a comercializarse en el mercado de Reino Unido, de acuerdo con la cláusula 8ª del contrato de cesión mencionado. Si A RECORDS, LTD. se extralimitó en el ámbito territorial de la comercialización pactada, esta parte no tiene manera de saberlo pero sí estaría altamente interesada en conocerlo, puesto que acarrearía una lesión patrimonial a los derechos de marca de los que es titular. Sin perjuicio de lo anterior, esta parte considera relevante esclarecer que las plataformas de venta *online* tienen un alcance global por su misma naturaleza red, por lo que por el mero hecho de comercializar en ellas un producto no puede concluirse que el alcance de la campaña de promoción sea universal, de igual forma que no se predica la internacionalidad de un escaparate repleto de “*pannellets*” porque un ciudadano francés haya comprado una bandeja. Dicho de otro modo, deben analizarse otros elementos, estos sí propiamente referidos a la campaña de promoción para poder delimitar el “*target*” o población a la cual se dirige efectivamente la campaña promocional del producto, que esta parte sostiene que no es otro que el mercado de Reino Unido, y en concreto, sus ciudadanos usuarios de los locales de ocio de la isla pitiusa. Por un lado cabe destacar que las acciones y estrategias publicitarias utilizadas por A RECORDS, LTD. están claramente dirigidas a la población anglosajona aficionada a las actividades lúdico-festivas de la región en la que se encuentra el local de mi representada. Es ese preciso motivo el que justifica de inicio que la marca de mi representada “SPCE IBIZA BCH CLUB” esté presente en el CD, pues constituye el mayor reclamo del producto. Otra evidencia que soporta esta afirmación es el hecho que se haya publicitado en revistas de

la región de temática relacionada con el ocio nocturno, como lo demuestra que hayan mediado revistas titularidad de negocios competidores de mi representada, cuya lengua y contenido tienen como evidente destinatario el natural de reino unido que está transitoriamente visitando la isla para disfrutar de las ofertas de ocio que lo convierten en objetivo o *target* de la campaña. Por último, debe atacarse la dimensión global de la oferta *online* con una simple evidencia: las plataformas de venta *online* sí usan de limitaciones territoriales, las restricciones en los envíos. Así, en los mismos Documentos Cinco y Seis aportados de contrario puede apreciarse al pie de en sendas capturas de pantalla una frase precedida por asterisco que especifica “*UK shipping only*”, traducido cómo “envíos solo a Reino Unido”. Ello sin ni tan siquiera haber mencionado que el hecho que la contraria alega como prueba de la demarcación internacional de la campaña es precisamente que todo el material promocional está escrito en inglés, lengua oficial del territorio objetivo de la campaña.

Por todo ello debe desestimarse, por falta de evidencias concluyentes, que el alcance de la campaña que habría provocado la lesión tenga alcance internacional, pues la jurisprudencia exige probar de forma fehaciente el alcance territorial de la lesión y no se ha procedido de este modo de contrario.

En tercer término y respecto de los beneficios obtenidos con la comercialización del CD en contienda, esta parte insiste en que no dispone de los datos económicos del lucro obtenido por A RECORDS, LTD., por cuanto la contraprestación económica fijada en el contrato de cesión de la marca respondía a una mera obligación de medios, por lo que los resultados no le fueron facilitados.

Sí que debe atacarse la partidista selección de los ejemplos de precio de venta al público del CD aportados de contrario, pues como base de legitimación de la cuantía reclamada únicamente se menciona el punto de venta del CD con un precio más elevado: 32,99 dólares. Esta minuciosa selección es meridianamente capciosa por cuanto, por un lado, omite conscientemente portales en los que el mismo producto se ofrece por precios significativamente inferiores como lo son los 14,99 euros de “FNAC”, o los 7,99 euros de “ALIEXPRESS”; y por el otro olvida convertir el importe a 28,83 euros, que es la moneda en curso legal en España, cuyo ratio de conversión a su favor hace que disminuya la cifra y por consiguiente el efecto de alarma perseguido.

Lo que además debe desmentirse firmemente es que la utilización de la imagen de la modelo haya reportado un beneficio económico diferenciador. Los datos sobre el volumen de discos vendidos se indexan en listados y ránquines al alcance del público general, y puede observarse en el portal “los 40 Principales” cómo los índices de venta del disco en su edición del año pasado son similares a los de este año, cuya comparativa se ha aportado. Desde luego, la “excelente aceptación en el mercado” del producto no se debe a la utilización de la imagen de la modelo, sino al éxito intrínseco de la colaboración ya tan duradera entre mi representada y A RECORDS, LTD.

En el producto comercializado, la imagen de la actora es un elemento meramente accesorio. La prestación principal del CD no era la comercialización de la imagen de la

modelo sino su contenido musical, y si existe algún reclamo fuera de dicho contenido, este es sin duda la imagen de marca de mi representada. Este es, como se ha dicho, el motivo fundamental de la colaboración entre SPCE IBIZA BCH CLUB, S.L. y A RECORDS, LTD., pues es habitual y altamente lucrativo que discotecas de gran renombre produzcan por sí mismas discos con los temas de mayor éxito de la temporada o avalen dicha producción aportando su nombre, teniendo gran acogida entre el público asistente a sus locales. La imagen incluida en la portada no se trata por consiguiente de un elemento trascendental del producto en tanto que no se trata de un componente que sea “*importante, esencial o distintivo*”. Lo realmente distintivo de la portada del disco es la marca de la discoteca de mi representada, no una imagen meramente decorativa del diseño relegada a un segundo plano. La absoluta falta de relevancia de la imagen se demuestra reemplazabilidad, en que en nada se hubiesen modificado las características esenciales del producto de haberse utilizado otro modelo o, incluso, otro tipo de imagen, pues no se trata de una obra gráfica que el comprador adquiere por motivo del personaje en ella representado como podría ser un póster o cartel, sino de una obra musical cuyo empaquetado se complementa con una imagen con carácter meramente decorativo o accesorio.

En conclusión, no existe un lucro obtenido con la intromisión susceptible de ser apropiado por la titular del derecho, por lo que no puede estimarse derecho a percibir indemnización en este concepto.

En cuarto término y en cuanto a la determinación de los beneficios que individualmente SPCE IBIZA BCH CLUB, S.L. ha recibido respecto de la comercialización del CD con la imagen en portada, esta parte recuerda que ha obtenido un único precio por la colaboración con A RECORDS, LTD., por valor de 20.000 euros. Como se ha dicho, este precio es en contraprestación de la cesión de su marca para la producción del disco, aunque no en su integridad, pues una parte, 5.000 euros, responden a facturas impagadas por A RECORDS, LTD. de anteriores ediciones del CD.

Es inimaginable que una cantidad que responde a un concepto tan claro como justo pueda imputarse a un provecho en el que mi mandante nada puede haber tenido que ver. De nuevo, es una cantidad fija que responde a un contrato que sea venido novando por anualidades desde hace ya más de cinco años y que compensa a mi representada por aportar el reclamo que logra la buena acogida del producto en el mercado. En modo alguno ha podido tener incidencia en este precio la utilización de la imagen de la actora, por cuanto la cuantía del contrato de cesión no varía en función de los beneficios que obtiene la venta del producto.

Finalmente, debe analizarse el único contrato que la actora aporta como demostración de su “caché” en trabajos similares. Esta parte pone en cuestión ya de inicio, en vista a pericial aportada, que los pactos contenidos en ese contrato respondan a la cotización real en el mercado por lo elevado de las cantidades pactadas en relación con la cuasi nula relevancia pública de la actora y no a la libre voluntad de las partes – en las que *obiter dicta* pudieron mediar otros motivos –, pero en todo caso deberá tomarse como referencia en vistas a rebatirla.

En primer lugar, dicho contrato establece una prima de sesenta mil euros por seis días de rodaje, y la toma de la fotografía en cuestión no pudo durar más de diez minutos. Haciendo una simple regla de tres, y asumiendo un horario laboral de 8 horas, puede decirse que la actora cobraba el módico precio de 21 euros el minuto, que en el supuesto que nos ocupa resultaría en 208 euros. En segundo lugar, se pacta una prima de otros 60.000 euros en el caso en que finalmente adoptase un papel preponderante en la campaña, supuesto que debe descartarse de plano por los argumentos ya tan largamente desgranados.

A dicha cantidad de 208 euros debe sustraerse la comisión del 20%, esto es, 41,6 euros, a favor de la Agencia de representación que intervino en el negocio jurídico pero que como es obvio no habría intervenido en este caso, por lo que estaríamos hablando de un total de 166,4 euros.

Además, el contrato establecía una prohibición de contratar con la competencia durante un año, limitación que en todo caso debe venir remunerada. Esta parte desconoce en qué medida, pero duda que pudiese ser una cantidad inferior a 100 euros que es lo habitualmente exigido en el sector. Por todo ello, lo único a lo que podría aspirar la demandante es a una indemnización de 66,4 euros, cantidad baja pero justa en atención a lo aquí estudiado, y posiblemente coincidente con lo que A RECORDS, LTD debió ofrecerse a satisfacer en las conversaciones que esta alega haber mantenido con la productora.

Por último, debe desestimarse que la utilización de la imagen en autos haya causado en la actora daño emergente o lucro cesante alguno, por cuanto no se ha alegado que haya sido impedimento para la contratación de campañas profesionales como las que alega haber venido protagonizando, ni se ha justificado otro perjuicio económico sufrido.

Por todo lo anterior, esta parte interesa al Tribunal que la cuantificación de la indemnización que estimare a favor de la demandante y que eventualmente se impusiese a las codemandadas no exceda de la cantidad de SESENTA Y SEIS EUROS CON CUARENTA CÉNTIMOS DE EURO (66,40€), pues ir más allá en la estimación de la reclamación constituiría un lucro no amparado por el derecho, superándose el mero interés de defender el derecho de la demandante. En la eventual imposición, esta parte requiere que se individualicen los daños causados, dado que no puede realizarse una condena solidaria por no haber sido justificado de contrario.

2.3. Cuestiones procesales

2.3.1. Fundamentos de derecho de carácter adjetivo de la contestación a la demanda

Con carácter previo al desarrollo de este apartado, debe efectuarse una precisión respecto del supuesto de hecho a tenor de la dirección del tutor de este trabajo. Se trata de una cuestión relativa a la caducidad de la acción. Pues bien, la acción de protección contra las intromisiones ilegítimas al derecho a la propia imagen tiene una caducidad de

cuatro años contados desde que el legitimado pudo ejercerlas, en nuestro caso, desde que la actora tuvo conocimiento de la utilización de su imagen (*ex art. 9.5 LO 1/1982*). Hay, empero, que aplicar la presunción que tanto hechos como procedimiento acaecen en los años 2006-2007, por lo que no corresponde apreciarla ni de oficio ni a instancia de parte.

Como ha sido referido en el anterior apartado, de acuerdo con la dirección del presente trabajo las cuestiones de índole jurídico-procesal se resuelven en el formato establecido para el apartado homónimo del escrito de contestación a la demanda, el cual puede encontrarse en ANEXO II.

II. JURÍDICO-PROCESALES

PREVIO.- Excepciones procesales por inadecuación de procedimiento y por razón de competencia territorial

De acuerdo con el artículo 405.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC), esta parte opone en este momento procesal, sin perjuicio de su reiteración en la Audiencia Previa, la excepción procesal por inadecuación de procedimiento, por haberse incoado por el cauce del procedimiento especial del artículo 249.1 apartado 2º LEC de tutela del derecho al honor, a la intimidad personal y a la propia imagen; cuando debiese haberse tramitado por el procedimiento declarativo ordinario por razón de cuantía, en este caso, y de acuerdo con la cuantía del procedimiento, por el juicio ordinario de acuerdo con el artículo 249.2 LEC.

En tanto que la demandada acciona por la protección de su derecho de imagen en su vertiente patrimonial, por haber sufrido un perjuicio económico de índole contractual y no moral por los motivos que se en lo sucesivo, dicha protección no es sino objeto de protección procesal común, por cuanto el Tribunal Supremo en su reiterada jurisprudencia (por todas, Sentencia del Tribunal Supremo 3256/2001 (Sala de lo Civil), de 20 de abril de 2001 (Ponente: Don José de Asís Garrote; ID CENDOJ: 28079110012001101956) ha venido exigiendo que se ventilase por vía de procedimientos declarativos ordinarios en razón de cuantía económica, lejos del procedimiento especial por razón de materia en protección judicial de derechos fundamentales.

Por tratarse de un procedimiento en reclamación de cuantía ascendente a 20.000 euros, corresponde al tribunal ventilar la cuestión por el cauce del juicio ordinario, de acuerdo con el artículo 249.2 LEC.

A pesar de haberle precluido a esta parte la oportunidad procesal para contestar el procedimiento elegido de contrario para ventilar la cuestión, es oportuno mencionar que de apreciarse la excepción procesal expresada anteriormente, el artículo 50 LEC establece que el tribunal territorialmente competente para conocer de la causa debe ser el del domicilio del demandado. Estándose a que en este procedimiento existen dos demandados, y de acuerdo con el artículo 53.2 LEC, la actora debiera haber optado por presentarla ante el tribunal territorialmente competente bien en el domicilio de mi representada, esto es, en Ibiza, o en la de la codemandada, en Londres. En todo caso, de estimarse que el procedimiento debería haberse accionado por la vía del juicio ordinario

por razón de materia, no podrá ser procedente aplicar el fuero especial por razón de materia consagrado 53.1 apartado 6º LEC y apelado por la contraparte, por lo que deberá estimarse la presente excepción procesal por razón de competencia territorial.

PRIMERO.- Capacidad procesal y representación

Respecto a la demandante, y en hasta donde conoce esta parte, es mayor de edad, en pleno disfrute de sus derechos civiles y capacidad de obrar, por lo que de acuerdo con el artículo 6.1 apartado 1º y 7.1 LEC tiene capacidad para ser parte y comparecer por sí misma en este procedimiento.

Con relación a mi mandante, está legalmente constituida y tiene plena capacidad para ser parte de este proceso y comparecer en juicio, en aplicación del artículo 6.1 apartado 3º y 7.1 LEC, y comparece debidamente representada por su administrador único.

En cuanto a la codemandada, y en hasta donde conoce esta parte, está legalmente constituida y tiene plena capacidad para ser parte de este proceso y comparecer en juicio, de acuerdo con el artículo 6.1 apartado 3º y 7.1 LEC, aunque en tanto que persona jurídica deberá comparecer debidamente representada por la persona física que le represente.

SEGUNDO.- Postulación y defensa

De acuerdo con los artículos 23 y 31 LEC, la demandada comparece representada de procurador habilitado para actuar en la demarcación del Partido Judicial de Barcelona, en virtud de poder general para pleitos que acompaño para su unión a los autos solicitando la devolución del original; bajo la dirección letrada de la abogada ejerciente en el Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona con número de colegiación 00000.

TERCERO.- Legitimación

Ciertamente, de acuerdo con el artículo 10 LEC, la legitimación activa recae en el titular del derecho a la propia imagen por tratarse de un derecho personalísimo e indisponible. En caso de fallecer el titular, esta legitimación se extiende a sus herederos, a quienes se les transmiten los derechos económicos, y, en último término, al Ministerio fiscal. Sin embargo, esta parte se muestra disconforme con lo alegado de contrario respecto a la legitimación pasiva de este procedimiento, puesto que mi mandante no ha intervenido y por lo tanto no ha podido causar la lesión al derecho de imagen cuya protección reclama la actora.

CUARTO.- Jurisdicción

Conformes con la atribución, de acuerdo con el artículo 9.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, a los Juzgados del Orden Civil.

QUINTO.- Competencia objetiva

Conformes con la atribución del asunto en primera instancia al Juzgado de Primera Instancia de acuerdo con el artículo 85.1 LOPD y 45 de la LEC.

SEXTO.- Competencia territorial

Disconformes por lo desarrollado en el argumento jurídico-procesal Previo. El tribunal competente debe aquél competente en cualquiera de las residencias de los demandados y no del demandante, conforme al artículo 53.2 LEC.

SÉPTIMO.- Competencia territorial

Disconformes por lo tratado en el argumento jurídico-procesal Previo. En vistas a los hechos de la demanda, corresponde ventilar el litigio por razón de cuantía superior a 6.000 euros, esto es, por el cauce del juicio ordinario del artículo 249.2 LEC.

2.3.2. Encabezamiento y *petitum* de la demanda

De nuevo, la resolución del presente apartado se realiza desde la formalidad que aplica al escrito de contestación a la demanda.

2.3.2.1. Encabezamiento del escrito de contestación a la demanda

Juzgado Primera Instancia n.º 8 de Barcelona

Procedimiento de tutela del derecho al honor, a la intimidad personal y a la propia imagen n.º 18/2007-C

AL JUZGADO

Doña María Clara Deulofeu Expósito, procuradora de los tribunales y de la mercantil **SPCE IBIZA BCH CLUB, S.L.** según acredita mediante la escritura de poder especial para pleitos que acompaño para su unión a los autos solicitando la devolución del original, actuando bajo la dirección de la letrada Doña Eulàlia Roca Grau, colegiada ICAB n.º 00000, ante el juzgado comparezco y como mejor en Derecho proceda, **DIGO:**

Que en fecha 22 de septiembre de 2017 nos ha sido notificada demanda de juicio ordinario en ejercicio de acción de protección de los derechos fundamentales por la representación de D.ª Ana Claudia, y dentro del plazo conferido al efecto, de conformidad con lo establecido en los artículos 405 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC), por medio del presente escrito paso a formular escrito de **CONTESTACIÓN A LA DEMANDA**, con base a los siguientes

2.3.2.2. Petitum del escrito de contestación a la demanda

Por todo ello,

AL JUZGADO SOLICITO que teniendo por presentado este ESCRITO DE CONTESTACIÓN A LA DEMANDA, en tiempo y en forma, y admitiéndolo, se sirva tener por contestada la demanda en los autos de referencia y, previos los trámites de Ley, dicte Sentencia por la que desestime íntegramente la demanda, absolviendo a mi

mandante de los pedimentos formulados de contrario, con expresa condena en costas a la parte actora, y lo demás que en Derecho proceda. En su virtud,

Por ser de Justicia que se pide en Barcelona, a 20 de febrero de 2007.

OTROSÍ PRIMERO DIGO que subsidiariamente, de apreciarse la intromisión ilegítima alegada de contrario, se absuelva de ella a esta parte por no haber intervenido en su perpetración y por consiguiente tampoco se le condene en costas. Por lo expuesto,

DE NUEVO SOLICITO que, teniendo por efectuada la anterior manifestación, se sirva acordar lo que proceda.

Es de Justicia que pido en lugar y fecha indicados ut supra.

OTROSÍ SEGUNDO DIGO que con subsidiaridad a la anterior petición, si se condena a mi representada en el pago de la indemnización pedida por la actora, esta se cuantifique con arreglo a los criterios aquí argumentados con un límite de cuantía de **SESENTA Y SEIS EUROS CON CUARENTA CÉNTIMOS DE EURO (66,40 €)**, que en todo caso no se impute a esta parte en carácter de condena solidaria con la codemandada sino que se individualice en función de la participación que se estime que haya tenido cada una de las demandadas, y en todo caso no se impongan las costas a esta parte por no estimarse todas las pretensiones de la actora. Por lo expuesto,

DE NUEVO SOLICITO que, teniendo por efectuada la anterior manifestación, se sirva acordar lo que proceda.

Es de Justicia que pido en lugar y fecha indicados ut supra.

María Clara Deulofeu Expósito

Procuradora del ICPB

Eulàlia Roca Grau

Letrada ICAB n.º 000000

2.3.3. Instructa

Se preparan dos instructas, una primera que contiene información relevante a hacer valer en el acto de la audiencia previa, como son los artículos de proposición o tacha de la prueba; y una segunda en la que se contiene la proposición de prueba que se entregará al tribunal. El contenido de la instructa de uso personal en el acto de la Audiencia previa se desarrolla en el presente apartado.

De acuerdo con el artículo 124.1 LEC, los peritos designados por el tribunal podrán ser recusados por la vía del incidente de recusación del 127 LEC, por (i) haber dado dictamen contrario a la parte recusante sobre el mismo asunto y con carácter previo, ya

fuere dentro. Fuera del proceso; (ii) haber prestado servicios o ser dependiente o socio de la parte contraria o (iii) tener participación en una sociedad, establecimiento o empresa parte del proceso.

En aplicación del artículo 124.2 LEC, aquellos peritos que fuesen autores de dictámenes presentados por las partes podrán ser tachados, que no recusados, de acuerdo con los artículos 343 y 344 LEC, esto es, por las causas siguientes: (i) ser o haber sido cónyuge o pariente por consanguinidad o afinidad de una de las partes o sus representantes procesales; (ii) tener interés directo o indirecto en el asunto o en semejante; (iii) estar en situación de dependencia, comunidad o contraposición de intereses con una de las partes o sus representantes; (iv) tener amistad íntima o enemistad con cualquiera de las partes o sus representantes; (v) otra circunstancia que les haga desmerecer en cuanto a profesionalidad. Las tachas, en sede de juicio ordinario, se ponderarán en la audiencia previa.

Los testigos propuestos por la contraria podrán ser tachados, de acuerdo con el artículo 377, por las causas siguientes: (i) ser o haber sido cónyuge o pariente por consanguinidad o afinidad de una de las partes o sus representantes procesales; (ii) tener interés directo o indirecto en el asunto o en semejante; (iii) estar en situación de dependencia, comunidad o contraposición de intereses con una de las partes o sus representantes; (iv) tener amistad íntima o enemistad con cualquiera de las partes o sus representantes; (v) haber sido condenado por falso testimonio. Las tachas de testigos deberán formularse antes de que comience el juicio.

Con la formulación de las tachas, de acuerdo con el artículo 379 LEC, se podrá proponer prueba que la justifique exceptuando la testifical.

La parte que asistiese a la tacha de su testigo deberá oponerse por escrito en el plazo máximo de tres días, pudiendo aportar documentos, o de otro modo se entenderá que reconocer el fundamento de la tacha (artículo 279.3 LEC).

De acuerdo con el artículo 285 LEC, ante la admisión o inadmisión de una prueba cabrá recurso de reposición que se sustanciará y resolverá oralmente en la misma audiencia previa, y si se desestimare, la parte que lo hubiese interpuesto debe formular protesta a los efectos de poder hacer valer sus derechos en una eventual segunda instancia. Para que dicho recurso se encuentre formalmente bien formulado deberá invocarse expresamente el artículo 285 en conexión con el precepto que se considere infringido por la resolución recurrida. Así, invocaremos infracción del artículo 337 LEC en caso que el tribunal admita un informe pericial aportado de contrario el mismo día de la audiencia previa sin haberse dado previo traslado, el artículo 264.3 frente a la inadmisión de documentos aportados que acrediten el valor de la cosa litigiosa.

De acuerdo con el artículo 370 LEC; las partes podrán hacer notar al tribunal la concurrencia de cualquiera de las circunstancias de tacha del testigo-perito.

2.3.4. Proposición de prueba

Con la venia del tribunal,

La representación de la parte codemandada, la mercantil SPCE IBIZA BCH CLUB, S.L., propone los siguientes MEDIOS DE PRUEBA.

1. INTERROGATORIO de la actora, Doña ANA CLAUDIA ARANJUEZ ROLDÁN.
2. INTERROGATORIO de la codemandada, A RECORDS, LTD.
3. TESTIFICAL, interrogatorio de los testigos que se mencionan a continuación y que deberán ser citados judicialmente.
 - Al fotógrafo profesional D. JUAN RETRATISTA CAMARÓN, con Documento Nacional de Identidad (DNI) n.º 000000002-X y domicilio en 07800 Ibiza, Calle de Sta. Eularia des Riu, n.º 2, 2-1. Esta parte solicita que este testigo sea citado por el tribunal.
 - A la directora de mercadería de SPCE IBIZA BCH CLUB, S.L. Doña MARÍA PINTA MONAS, con DNI 00000004-E y domicilio en 07800 Ibiza, Calle de Noctámbulos, n.º 6, 1. Esta parte solicita que este testigo sea citado por el tribunal.
 - A la directora de mercadería de A RECORDS, LTD. Doña MARY SHEEP, con domicilio en SW1V Londres (REINO UNIDO), Brianston St., n.º 44, 9-2. Respecto de este testigo esta parte no dispone en este momento de algunos de sus datos, como es el caso de su número de pasaporte, por lo que de acuerdo con el artículo 285 LEC los aportará en el plazo de 5 días. Esta parte solicita que este testigo sea citado por el tribunal.
 - Al perito estadístico Don SALOMÓN MONEDERO GARCÍA, con DNI 000000003-Z y domicilio en 1700 Girona, Calle de la Creu, n.º 1, 1-2. Esta parte solicita que este testigo sea citado por el tribunal.
4. PERICIAL
 - Dictamen pericial estadístico emitido por Don SALOMÓN MONEDERO GARCÍA, de fecha 5 de febrero de 2007, que obra en autos.
5. DOCUMENTAL, por reproducida:
 - Prueba de la difusión pública de la imagen de la interesada, acaso en situaciones similares (fiestas, discotecas, baile), adjuntado a la contestación como DOCUMENTO DOS.
 - La contestación al burofax recibido en fecha 4 de diciembre de 2006, adjuntado a la contestación como DOCUMENTO TRES.
 - Contrato de prestación de servicios entre Spce Ibiza Bch Club, S.L. y el fotógrafo autónomo D. JUAN RETRATISTA CAMARÓN, adjuntado a la contestación como D DOCUMENTO CUATRO.
 - El contrato cesión de marca entre Spce Ibiza Bch Club, S.L. y A Records, Ltd., adjuntado a la contestación como DOCUMENTO CINCO.

- Cadena de correos entre el departamento de diseño de A Records, Ltd. y el de Spce Ibiza Bch Club, S.L., adjuntado a la contestación como DOCUMENTO SEIS.
 - Dictamen pericial sobre datos estadísticos relativos al reconocimiento de por parte del público objetivo, adjuntado a la contestación como DOCUMENTO SIETE.
 - Capturas de pantalla de distribuidores *online* del disco, adjuntado a la contestación como DOCUMENTO OCHO.
 - Comparativa entre índices de volúmenes de venta del disco en sus promociones de 2005 y 2006, adjuntado a la contestación como DOCUMENTO NUEVE.
6. La interesada por el Ministerio Fiscal y demás partes personadas.

2.3.5. Listado de preguntas a realizar en el interrogatorio

Se listan en lo sucesivo las preguntas propuestas ex ante y sin perjuicio de modificarse en función del desarrollo del juicio. Las preguntas incluidas siguen todas ellas una misma regla: evitar se capciosas, impertinentes o inútiles para no ser rechazadas por el Tribunal.

1. Interrogatorio de la actora, Doña ANA CLAUDIA ARANJUEZ ROLDÁN

- En sus visitas al local de mi representada, tuvo algún contacto con
- ¿Firmó usted algún contrato, autorización, o similar por el cual autorizara el fotógrafo que le tomó la fotografía a utilizarla?
- ¿Autorizó usted a que alguien para que pudiese ceder su derecho de imagen a terceros?
- ¿Posó usted para la toma de alguna fotografía?
- ¿Se identificó el fotógrafo? ¿Le enseñó algún distintivo que lo distinguiese como parte del personal de mi representada? ¿Cómo era ese distintivo?
- ¿Mantiene sus redes sociales abiertas al público, esto es, sin restricciones de acceso?
- ¿Ha publicado anteriormente alguna imagen en la que estuviese participando de una fiesta o se encontrase en un local de ocio nocturno?

2. Interrogatorio de la codemandada, A RECORDS, LTD.

- ¿Medió algún contrato entre A RECORDS LTD y el autor de la fotografía?
- ¿Medió algún precio? ¿Cuál?
- ¿Por qué no se procedió a recabar nuevo consentimiento de la Sra. Ana Claudia Aranjuez Roldán?

3. Testifical del fotógrafo profesional Don JUAN RETRATISTA CAMARÓN

- ¿Cuántos profesionales de la fotografía se encontraban autorizados por SPCE IBIZA BCH CLUB, S.L. entre los meses de junio a septiembre 2006?
- ¿Ha visto usted antes esta fotografía?
- ¿Es usted su autor?
- ¿Conoce usted quien la realizó?

4. Testifical de la directora de mercadotecnia de SPCE IBIZA BCH CLUB, S.L. DOÑA MARÍA PINTA MONAS

- ¿En qué consistían su relación con Mary Sheep?
- ¿Se le permitió modificar el diseño de la carátula del CD? ¿Respecto de qué elementos?
- ¿Intervino usted o alguien de su equipo en la elección de la fotografía incluida en el diseño?

5. Testifical de la directora de mercadotecnia de A RECOR, LTD. DOÑA MARY SHEEP

- ¿Tomó usted o alguien de su equipo la decisión creativa de utilizar la fotografía presente en el diseño final de la carátula del CD?
- ¿Quién les proveyó tal fotografía?
- ¿Por qué medios se cedió la fotografía?

6. Testifical del perito estadístico Don SALOMÓN MONEDERO GARCÍA

- En atención a su dictamen, ¿qué porcentaje de la población reconoce la Sra. Ana Claudia Aranjuez Roldán?
- ¿Qué porcentaje del público objetivo de la campaña promocional reconoce la Sra. Ana Claudia Aranjuez Roldán?
- ¿Qué porcentaje de población general reconoce la Sra. Ana Claudia Aranjuez Roldán en la carátula del CD?
- ¿Qué porcentaje del público objetivo de la campaña promocional reconoce la Sra. Ana Claudia Aranjuez Roldán en la carátula del CD?

2.4. Asesoramiento al cliente

2.4.1. Probabilidad de éxito

En atención a la doctrina jurisprudencial mayoritaria estudiada, es una causa que pocas probabilidades tiene de mantener indemne a mi representada, y ello debe ser convenientemente informado al cliente.

Las características de los antecedentes de hecho que hacen muy difícil que la causa prospere en favor de esta parte son dos: (a) la falta de consentimiento de la interesada; (b) el que la explotación de la imagen no se haya hecho bajo el paraguas de protección de un

derecho fundamental en colisión con el de imagen sino en la búsqueda de mero rédito económico.

Sin embargo, hay argumentos para defender la posición de esta demandada, que esgrimidos oportunamente pueden absolver a la mercantil aquí representada, como son: (i) la difícil justificación de haberse producido un daño moral en actos que la propia demandante realiza como *modus vivendi*; (ii) la falta de participación efectiva de la demandada en la toma, edición y publicación de la fotografía, y (iii) las usureras reglas de cuantificación del daño causado.

Respecto a este último punto, como se verá, es relevante a trasladar al cliente la posibilidad material de no obtener condena en costas, por la dificultad de que se aprecien todas las peticiones alzadas de contrario, y en especial, el modo de cálculo de la indemnización reclamada.

2.4.2. Coste del procedimiento

2.4.2.1. Tasas judiciales

Asimismo deberá informarse al cliente sobre la existencia de tasas por el ejercicio de la potestad jurisdiccional, también referidas como tasas judiciales, que le pudiesen ser aplicables.

En la actualidad, en esta materia aplica la Ley 10/2012, de 20 de noviembre, por la que se regulan determinadas tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses, reformada a raíz de la Sentencia del Tribunal Constitucional 140/2016, de 21 de julio, que trae causa de un recurso de inconstitucionalidad presentado por Diputados del Grupo Parlamentario Socialista en el Congreso de los Diputados. A resultas de su artículo 3 en consonancia con el 7, quien promoviere el ejercicio de la potestad jurisdiccional en el orden civil por el cauce del juicio ordinario, esto es, la parte actora que interpusiese demanda o la demandada que reconviniese, queda sujeto al pago de una tasa ascendente a 300 euros. Eventualmente dicha tasa se vería depreciada por la bonificación del diez por ciento contenida en el artículo 10 de la Ley 10/2012 de presentarse el escrito que la origina por vía telemática. Por su parte, al apelante se le instituye sujeto pasivo de una tasa de 800 euros y al que recurriese en casación o por la vía del recurso extraordinario por infracción procesal se le atribuye una cuota tributaria de 1.200 euros. Por último, el recurrente en amparo no debe sufragar ninguna tasa judicial.

Es menester recordar las importantes exenciones, de carácter objetivo y subjetivo, que reconfiguran esta obligación tributaria, que fueron ampliadas en pos del derecho a la tutela judicial efectiva (acceso a la justicia y acceso al recurso) con motivo del fallo constitucional mencionado. En primer término, se aplica un exención objetiva de la tasa al demandante y en su caso también recurrente en procesos especialmente configurados para la protección de derecho y libertades fundamentales como el que nos ocupa. Sin embargo, dicha exención no aplica por no encontrarnos en la posición de demandante.

Tampoco resulta relevante para mi cliente, por tratarse de una mercantil sin derecho a asistencia jurídica gratuita reconocido, la gran exención subjetiva introducida con la sentencia, la aplicada a las personas físicas. Por consiguiente, debe concluirse que en materia de tasas judiciales mi cliente tendría la obligación de pagar la tasa de 300 euros en caso de que la dirección letrada estimase conveniente reconvenir, una tasa que se vería rebajada a 270 euros de tramitarse por medios telemáticos, así como de pagar las tasas de 800 euros y 1.200 euros respectivamente si la estrategia procesal estimase pertinente la apelación o ulteriores recursos de apelación o extraordinario por infracción procesal o de casación.

En el momento coetáneo al supuesto de hecho, no estaba en vigor dicha Ley 10/2020, por lo que no existían tasas judiciales de las que informar al cliente.

2.4.2.1. Honorarios, hoja de encargo y provisión de fondos

De acuerdo con los artículos 23 y 31 LEC, la demandada debe comparecer en este procedimiento representada de procurador y bajo la dirección letrada de abogado en ejercicio.

Los honorarios del Procurador de los Tribunales vienen establecidos por el Real Decreto 1373/2003, de 7 de noviembre, *por el que se aprueba el arancel de derechos de los procuradores de los tribunales*, que resulta de aplicación tanto en el momento de los hechos como en la actualidad. Este Real Decreto no hace mención específica al procedimiento especial de protección de derechos fundamentales, sí relacionada en el anterior Real Decreto 1162/1991, de 22 de julio, *por el que se aprueba el Arancel de Derechos de los Procuradores de los Tribunales*, para cuyo supuesto el artículo 15 establecía una cantidad de 81,06 euros sin perjuicio de los aranceles que pudiesen devengar en caso de reclamarse también un indemnización. Dado que sin embargo un procedimiento en defensa de derechos fundamentales no se sustancia a raíz de una cuantía determinada por tener por objeto materias no susceptibles de cuantificación económica y que dicho procedimiento no tiene fijado expresamente un concepto especial de percepción de derechos del arancel, debemos estarnos al artículo 1.3 del Real Decreto 1373/2003, que establece una cuantía fija de 260 euros.

Debe tenerse en cuenta, además, la indemnización reclamada por la contraparte de 20.000 a los efectos del concepto de “cuantía determinada” del artículo 1.1 del Real Decreto 1373/2003, nos encontramos en la horquilla entre los 12.020,24 euros y los 24.040,48 euros, por lo que los derechos devengados estarán entre los 264,44 y los 396,67 euros, es decir, aproximadamente 330,55 euros. Estando a lo dispuesto en el artículo 2.b del mismo, la acumulación de esta pretensión devenga derechos conforme a su cuantía de forma independiente a los correspondientes por la demanda principal, en un modo tal que vienen a añadirse a los 260 euros ya determinados.

Finalmente, recordar que en juicio ordinario el procurador, con arreglo a la norma contenida en el artículo 1.4 del Real Decreto 1373/2003, tiene derecho a percibir un diez por ciento más sobre los derechos especificados anteriormente, y ello sin perjuicio de los

derechos que devengaren en virtud de la interposición de ulteriores recursos (artículos 48 y ss. del Real Decreto 1373/2003).

Respecto a la remuneración por la prestación de servicios del abogado, la cuantía de los honorarios profesionales a minutarse está sujeta al pacto entre el cliente y su letrado, siempre que se respete la normativa deontológica y la legislación en materia de libre competencia (artículo 39.1 de la Normativa de la Abogacía Catalana). La cuantificación de la minuta no puede ser, por lo tanto, arbitraria, sino que debe partir de una argumentación que la fundamente. Para solventar la cuestión, de entre otros métodos de cálculo a efectos de fijación del importe de los honorarios a percibir por el abogado, nuestro gremio ha venido utilizando ampliamente los criterios orientadores del Colegio profesional al que se adscriben, por ser una guía que racionaliza dicho cálculo y asegura una determinación ajustada y cuanto menos, lejos de ser abusiva.

En la actualidad, la elaboración de “criterios orientativos a los únicos efectos de la tasación de costas y de la jura de cuentas de los abogados” es una facultad otorgada por la Disposición adicional cuarta de la Ley 2/1974, de 13 de febrero, *sobre colegios profesionales*, introducida con la modificación de dicha norma de fecha 22 de diciembre de 2009. Por conocer del procedimiento los tribunales de Barcelona, resultarían de aplicación los criterios orientadores del Ilustre Colegio de la Abogacía de Barcelona, en su versión más reciente, la publicada el 1 de enero de 2010, cuya disponibilidad se ha visto afectada por haber sido recientemente objeto de sanción por parte de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC). La CNMC dictó el 8 de marzo de 2018 una Resolución por la que impuso una sanción de 1,46 millones de euros a nueve colegios de abogados españoles por entender que sus criterios orientadores incurrieran en infracción del artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, *de Defensa de la Competencia*, al realizar “*recomendaciones colectivas e indirectas sobre precios de los honorarios.*”²

Sin perjuicio de dicho procedimiento sancionador, cuya firmeza no es definitiva por cuanto el propio Colegio de abogados barcelonés ha anunciado la interposición de su recurso, esta alumna estima que la aplicación de estos criterios vierte una seguridad sobre lo ajustado del cálculo de los honorarios que favorece su aceptación por parte del cliente, por lo que se procede a su determinación con arreglo a dicha guía orientativa.

De acuerdo con el criterio 30, por un juicio ordinario con cuantía determinada (dado que no se especifica nada de la falta de determinación de cuantía) ascendente en 20.000 euros corresponde aplicar el veinte por ciento sobre dicha cuantía, resultando una minuta de 4.300 euros.

Por todo lo anterior, en la actualidad esta alumna haría una propuesta a su cliente por una cantidad total de 4.300 euros en concepto de honorarios profesionales, explicando

² PORTELLA, Núria; VILA, Cristina. «La CNMC sanciona a nueve colegios de abogados por prácticas restrictivas de la competencia». 27/03/2018 En: *Cuatrecasas* [en línea]. <<https://bit.ly/2Qe0mVW>>. [Consulta: 25/10/18].

que es un importe del todo razonable y dentro de lo habitualmente cobrado por los profesionales del gremio para el caso que presenta.

Sin embargo, en atención al supuesto de hecho debemos hacer la ficción de que la propuesta económica se realiza *en el momento temporal del supuesto de hecho*, esto es, a inicios del 2007. Los criterios del Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona en vigor en ese año son los publicados en 2004, que en su criterio 4.2 apartado d prescriben la misma recomendación que los de 2009, esto es, unos honorarios de 4.300 euros.

El Código de Consumo de Cataluña establece la obligación de entregar al cliente un presupuesto previo con dicha propuesta económica, que habitualmente se plasma en la hoja de encargo. El Ilustre Colegio de la Abogacía de Barcelona ha puesto a disposición de los colegiados un modelo de dicho documento³.

Será indispensable solicitar al cliente una previsión de fondos que satisfaga, como mínimo, los gastos en los que de inicio se incurrirán en el proceso. En este sentido, deberán proveerse los importes que en su caso se requieran en concepto de tasas judiciales, así como aquellos fondos que requiera el procurador para sus actuaciones al inicio del proceso.

En relación con la provisión de fondos para el abogado, se estima procedente aplicar los criterios orientadores del Ilustre Colegio de la Abogacía de Barcelona ya anteriormente apelados. En su criterio 10, se establece una recomendación que distribuye el importe recomendado de los honorarios a minutar en tres fases distintas, una primera, el período de alegaciones, en la cual se recomienda imputar un cuarenta por ciento del total, una segunda consistente en la audiencia previa, ascendente en un treinta por ciento del total, y una final con una imputación del restante treinta por ciento.

2.4.3. Probabilidad de obtener condena en costas

En su asesoramiento al cliente, el abogado debe mostrarse confiado de su posibilidad de éxito, pero no puede obligar informarle de los distintos escenarios que podrían darse.

En el eventual escenario en que esta parte no viese estimadas sus pretensiones, debe descartarse una condena en costas, pues en vistas a la doctrina jurisprudencial en la materia, rara vez se estiman indemnizaciones por explotaciones ilegítimas de imagen con finalidades publicitarias de cuantías superiores a 17.000 euros, factualidad que sostiene por sí sola dicha afirmación sin necesidad de entrar a valorar el acierto de la fundamentación en que se apoya la actora para el cálculo del importe reclamado. De este modo, una pretensión indemnizatoria como la que se pide de contrario, de cuantía ascendente a 20.000 euros, no se vería estimada en su integridad y por consiguiente no correspondería la imposición de condena en costas.

³Ilustre Colegio de la Abogacía de Barcelona. «Hojas de encargo profesional». 2018. En: *Ilustre Colegio de la Abogacía de Barcelona* [en línea]. <<https://bit.ly/2zZB3wG>>. [Consulta: 25/09/18].

2.4.4. Posibilidad de recurso y ante qué instancias

Contra la sentencia que se dictare por el juez de Primera Instancia del juzgado n.º 8 de Barcelona cabe recurso de apelación de acuerdo con el artículo 455 y ss. LEC. Dicho recurso deberá interponerse contra el mismo juzgado que dictó la sentencia que se impugna en un plazo de 20 días hábiles desde que esta fue notificada. El tribunal competente para resolver de este recurso será la Audiencia Provincial de Barcelona.

Contra la sentencia que se dictase en segunda instancia cabría únicamente interponer recurso extraordinario por infracción procesal de acuerdo con los artículos 458 y ss. LEC o recurso de casación de acuerdo con el artículo 477 y ss. siempre que concurriesen los requisitos que se preceptúan para ser admisibles. Ambos recursos deberán interponerse en un plazo de 20 días hábiles tras la notificación efectiva de la resolución a impugnar y el tribunal competente para resolver será el Tribunal Supremo.

Por último, y dado que se trata de un procedimiento en tutela de derechos fundamentales, será posible recurrir en amparo por el cauce del artículo 44 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. Aunque la legitimidad de dicho recurso recae en el titular del derecho fundamental, también la tiene quién ha sido parte de en el proceso judicial en tutela del derecho siempre que alegue interés legítimo. Este recurso deberá presentarse dentro de los 30 días siguientes a la notificación de la resolución impugnada.

Finalmente, debe mencionarse que en sede de Primera Instancia cabría la posibilidad de interponer recursos contra ciertas decisiones del Tribunal y del Letrado de la administración de justicia: (a) recursos de reposición, con un plazo de 5 días desde que se dictase la decisión de acuerdo con los artículos del 451 al 454 LEC, contra diligencias de ordenación, decretos no definitivos y providencias y autos no definitivos; (b) recursos de revisión, con un plazo de 5 días de acuerdo con el artículo 454 bis LEC, contra los decretos que pongan fin al procedimiento o impidan su continuación o contra los decretos expresamente previstos, y (c) recurso de apelación, con un plazo de 20 días de acuerdo con el artículo 455 y ss. LEC, contra autos definitivos y aquellos autos expresamente señalados por la ley.

2.5. Conclusiones

- I.** En virtud de la doctrina jurisprudencial estudiada se concluye que derecho a la imagen es un derecho con doble dimensión: una primera constitucional, que protege el bien jurídico del derecho de la personalidad, y uno segundo no subsumible en el ámbito de protección del primero, el de carácter meramente patrimonial.
- II.** La estrategia procesal sustantiva de la demandada, con el fin de ver satisfechas sus pretensiones, es acogerse a la dimensión meramente económica de la lesión alegada por la actora, rebatiendo además cualquier cuestión incidental que pudiese haber

dado lugar a pretensiones en conexión con la supuesta intromisión ilegítima cuya tutela judicial civil se persigue en el procedimiento. Frente a la eventualidad en que se estimase, empero, la intromisión ilegítima en los derechos constitucionales de la demandante, la demandada interesa que se aprecie su falta de intervención en ella. En último término, y en el caso de que las anteriores pretensiones se viesan desestimadas.

- III.** En materia de reglas aplicables al proceso y en virtud de la estrategia procesal mencionada la demandada tiene la oportunidad procesal de plantear excepciones procesales por inadecuación de procedimiento y por razón de competencia territorial, así como de presentar un haz de material probatorio en soporte de los argumentos que esgrime, excepciones y pruebas que, sin embargo, tienen muy baja probabilidad de prosperar y de admitirse, respectivamente.
- IV.** Esta parte tiene una probabilidad real de ver desestimadas sus pretensiones, por cuanto las circunstancias del supuesto de hecho se han venido resolviendo en nuestros Tribunales con la estimación de intromisión ilegítima, pese al criterio de esta alumna, que entiende que el bien jurídico protegido por la norma constitucional no tiene un mero carácter económico y por consiguiente únicamente cabe apreciar lesión patrimonial.
- V.** El letrado de la demandada Spce Ibiza Bch Club, S.L. tiene, como se ha expuesto, un margen jurídico para defender a su cliente logrando el mejor de los resultados posibles y así debe informarle. La certera dirección letrada del asunto tendría como consecuencia, entre otros, una alta probabilidad de no obtener condena en costas por no estimarse la totalidad de lo pedido de contrario.
- VI.** Contra la sentencia que se dictase eventualmente en perjuicio de las pretensiones y derechos de la demandada cabe recurso de apelación; contra la sentencia que se dictase por la Audiencia Provincial de Barcelona en segunda instancia cabe, en los casos tasados, recurso de casación o recurso extraordinario por infracción procesal, cuyo conocimiento se atribuye al Tribunal Supremo; y ultimada la vía ordinaria, cabe interponer recurso de amparo, por el cual conocerá de la causa el Tribunal Constitucional.
- VII.** El cálculo del coste total del procedimiento para la demandada incluye los honorarios de su abogado y procurador, por ser preceptiva su intervención, y los honorarios de los peritos que en su caso interviniesen. Dichos gastos podrán verse sufragados por la otra parte, o por el contrario, deberán añadirse a los que incurriese aquella en función de la condena en costas. En el momento coetáneo a los hechos no existían tasas judiciales, por lo que no deben incluirse en el cómputo.

VIII. Como información precontractual, el abogado deberá presentar a su cliente, Spce Ibiza Bch Club, S.L., una propuesta de honorarios en forma de Hoja de encargo, que detalle sus conceptos que justifiquen la cuantía total a minutar, que en este trabajo se ha cifrado en 4.300 euros en concepto de servicios prestados por el abogado, y de 260 a 600 euros en concepto de aranceles del Procurador. El profesional dividir el importe a pagar por la prestación de servicios en una provisión de fondos del 30% con la doble finalidad de hacer frente a los gastos en que pudiese ir incurriendo y asegurarse el pago de su cliente, pues se imputaría al total a minutar.

3. EMISIÓN DEL DICTAMEN

Del análisis jurídico realizado en el presente dictamen al objeto de asesorar a la codemandada Spce Ibiza Bch Club, S.L. en un procedimiento de tutela del derecho al honor, a la intimidad personal y a la propia imagen, se extraen las siguientes recomendaciones.

La alegada lesión que fundamenta la acción de la demandante es subsumible en la dimensión patrimonial del derecho a la propia imagen por lo que ab initio se sugiere negar la existencia de una intromisión ilegítima para focalizar la resolución de la controversia en un plano meramente económico. En la misma línea, es recomendable rebatir cuantos argumentos pueda esgrimir la actora para alegar lesiones a sus derechos en conexión con la pretensión principal. En previsión de una inoportuna estimación de lesión a derecho constitucional, es recomendable por cuanto es también factible en atención a las circunstancias del supuesto alegar subsidiariamente la falta de participación de la mercantil en los hechos constitutivos de intromisión ilegítima. En tercer término, y ante la hipótesis de que tanto intromisión como intervención pudiesen ser apreciadas por el tribunal, debe atacarse el método de cuantificación de la indemnización perseguida por la demandante.

Porque la determinación del tipo de procedimiento recae en la parte contraria, se imponen los requisitos procesales de representación de abogado y procurador, aumentando con ello los costes del procedimiento. Sin embargo, no resulta aplicable tasa judicial alguna.

Se recomienda que el letrado ponga en conocimiento de la sociedad que los aranceles del procurador pueden ascender entre 260 y 600 euros en función del devenir de la causa, y que la minuta del abogado asciende en 4.300 euros, que se recomienda facturar en tres plazos: un primer pago en concepto de provisión de fondos por el 30% del importe final, un segundo pago del mismo porcentaje antes de la Audiencia previa, y un pago por el importe restante al finalizar el procedimiento.

Es recomendable, así mismo, informar de la posibilidad de interponer un recurso de apelación ante la sentencia que recayere en primera instancia, así como posteriormente recurso de casación o recurso extraordinario por infracción procesal. Finalmente, cabría la posibilidad de interponer recurso de amparo. Se recomienda informar al cliente de que estas actuaciones procesales no están amparadas en el presupuesto inicialmente propuesto.

A estos gastos debe añadirse aquellos en que pudiese incurrirse durante el proceso en atención al material probatorio que se interesase aportar por esta parte. Así, se recomienda contratar un perito estadístico, cuyos honorarios quedarían fuera de los precios presentados. En relación con este punto, es recomendable explicar la baja probabilidad de que esta y otras pruebas se admitan, a los efectos de que el cliente pueda administrar su presupuesto. Del mismo modo se recomienda proceder respecto de las excepciones procesales.

Por último, es aconsejable prevenir al cliente de las difíciles perspectivas de éxito de su posición, que sin embargo no puede dejar de defenderse por las negativas consecuencias que puede generarle. A pesar de la garantía de profesionalidad del abogado, la doctrina jurisprudencial en la materia ha asentado un criterio en favor del interesado que perjudica la posición de su parte. Sin embargo, la misma doctrina estima reiteradamente exceptuar la condena en costas, pues las pretensiones de la actora no suelen estimarse en su totalidad.

Por consiguiente, se recomienda presentar escrito de contestación a la demanda contra Spce Ibiza Bch Club, S.L. de acuerdo con la estrategia procesal absolutoria mencionada, previo pago de la provisión de fondos correspondiente al 30% de la minuta del letrado.

BIBLIOGRAFÍA

Artículos doctrinales y bibliografía

«Derecho a la propia imagen». 2009 En: *Wolters Kluwer Guías Jurídicas* [en línea]. <<https://bit.ly/2qSLWMH>>. [Consulta: 25/09/18].

ESCRIBANO, Patricia. «Algunas cuestiones sobre la problemática jurídica del derecho a la intimidad, al honor y a la propia imagen en internet y en las redes sociales». 2015. En: *vLex* [en línea]. <<https://bit.ly/2TE0i0E>>. [Consulta: 05/09/18].

GARCÍA SANZ, Javier. «La protección civil frente a la utilización in consentida de la propia imagen para fines publicitarios o comerciales. Doctrina judicial». 2007 En: *Uría Menendez* [en línea]. <<https://bit.ly/2ONhYDm>>. [Consulta: 25/09/18].

Ilustre Colegio de la Abogacía de Barcelona. «Hojas de encargo profesional». 2018. En: *Ilustre Colegio de la Abogacía de Barcelona* [en línea]. <<https://bit.ly/2zZB3wG>>. [Consulta: 25/09/18].

«La acción de enriquecimiento injustificado por intromisión en los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen». Núm. LXXI-I, Enero 2018. En: *Anuario de Derecho Civil* [en línea]. <<https://bit.ly/2zZB3wG>>. [Consulta: 25/09/18].

LORENTE, M^a Cristina. «Los derechos al Honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen en la jurisprudencia más reciente». 2015. En: *vLex* [en línea]. <<https://bit.ly/2DGp3U9>>. [Consulta: 05/09/18].

PORTELLA, Núria; VILA, Cristina. «La CNMC sanciona a nueve colegios de abogados por prácticas restrictivas de la competencia». 27/03/2018 En: *Cuatrecasas* [en línea]. <<https://bit.ly/2Qe0mVW>>. [Consulta: 25/10/18].

TURULL, Max (Dir.); ALDANUY, Jordi... [et al.]. *Tècniques de treball i de comunicació. Instrumentarium per a les ciències jurídiques i socials*. 2a edición. Barcelona: Huygens editorial, 2013. 335 pág. ISBN 978-84-939245-3-9.

Legislación y normativa

Cataluña. Código de consumo de Cataluña. («BOE» núm. 5677, de 23/07/2010, páginas 7985 a 8056). Texto consolidado. <<https://bit.ly/2NHfnM3>>. [Consulta: 10/11/18].

Cataluña. *Normativa de la Abogacía Catalana*. («DOGC» núm. 5354, de 06/04/2009, páginas 28874 a 28907). <<https://bit.ly/2r0Ra9j>>. [Consulta: 10/11/18].

«Criterios de Honorarios del Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona, de noviembre de 2004». En: *Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona* [en línea]. Noviembre 2004. <<https://bit.ly/2R6U1ZF>>. [Consulta: 10/11/18].

«Criterios de Honorarios del Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona, de noviembre de 2010». En: *Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona* [en línea]. Enero 2010. <<https://bit.ly/2KuFrZg>>. [Consulta: 10/11/18].

España. Código Civil. («BOE» núm. 206, de 25/07/1889, páginas 249 a 259). Texto consolidado. <<https://bit.ly/1UkAJti>>. [Consulta: 10/11/18].

España. Estatuto General de la Abogacía Española. («BOE» núm. 164, de 10/07/2001, páginas 24913 a 24932).

España. Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. («BOE» núm. 7, de 08/01/2000, páginas 575 a 728). Texto consolidado. <<https://bit.ly/2rultYh>>. [Consulta: 10/11/18].

España. Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia. («BOE» núm. 159, de 04/07/2007, páginas 28848 a 28872).

España. Ley 22/2010, de 20 de julio, del Código de consumo de Cataluña. («BOE» núm. 196, de 13/08/2010, páginas 71949 a 72020). Texto consolidado. <<https://bit.ly/2NHfnM3>>. [Consulta: 10/11/18].

España. Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional. («BOE» núm. 239, de 05/10/1979, páginas 23186 a 23195).

España. Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, sobre protección civil del derecho al honor, a la *intimidad* personal y familiar y a la propia imagen. («BOE» núm. 115, de 14/05/1982, páginas 12546 a 12548).

España. Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. («BOE» núm. 157, de 02/07/1985, páginas 20632 a 20678). Texto consolidado. <<https://bit.ly/1cBJyQw>>. [Consulta: 10/11/18].

España. Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal. («BOE» núm. 298, de 14/12/1999, páginas 43088 a 43099).

España. Real Decreto de 24 de julio de 1889, por el que se publica el Código Civil. («BOE» núm. 206, de 25/07/1889, páginas 249 a 259).

España. Real Decreto 658/2001, de 22 de junio, por el que se aprueba el Estatuto General de la Abogacía Española. («BOE» núm. 164, de 10/07/2001, páginas 24913 a 24932).

España. Real Decreto 1373/2003, de 7 de noviembre, por el que se aprueba el arancel de derechos de los procuradores de los tribunales. («BOE» núm. 278, de 20/11/2003, páginas a 41054 a 41065).

España. Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal. («BOE» núm. 17, de 19/01/2008, páginas 4103 a 4136).

España. Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal. («BOE» núm. 17, de 19/01/2008, páginas 4103 a 4136). Texto consolidado. <<https://bit.ly/1UHU2Sw>>. [Consulta: 10/11/18].

España. Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal. («BOE» núm. 17, de 19/01/2008, páginas 4103 a 4136). Texto consolidado. <<https://bit.ly/1UHU2Sw>>. [Consulta: 10/11/18].

España. Resolución JUS/880/2009, de 24 de marzo, *por la que, habiendo comprobado previamente su adecuación a la legalidad, se inscribe en el Registro de Colegios Profesionales de la Generalidad de Cataluña la Normativa de la Abogacía Catalana*. («DOGC» núm. 5354, de 06/04/2009, páginas 28874 a 28907).

Unión Europea. Reglamento (UE) 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*. («DOUE» núm. 119, de 04/05/2016, páginas 1 a 88).

Jurisprudencia

Sentencia del Tribunal Supremo 707/1998 (Sala de lo Civil), de 7 de julio de 1998 (Ponente: Don José Luis Albacar López; ID CENDOJ: 28079110011998101452).

Sentencia del Tribunal Constitucional 81/2001 (Sala Segunda), de 26 de marzo de 2001 (Ponente: Don Carles Viver Pi-Sunyer; ECLI:ES:TC:2001:81).

Sentencia del Tribunal Constitucional 139/2001 (Sala Segunda), de 18 de junio de 2001 (Ponente: Don Pedro Cruz Villalón; ECLI:ES:TC:2001:139)

Sentencia del Tribunal Constitucional 156/2001 (Sala Segunda), de 2 de julio de 2001 (Ponente: Don Carles Viver Pi-Sunyer; ECLI:ES:TC:2001:156).

Sentencia del Tribunal Supremo 3256/2001 (Sala de lo Civil), de 20 de abril de 2001 (Ponente: Don José de Asís Garrote; ID CENDOJ: 28079110012001101956).

Sentencia del Tribunal Supremo 371/2002 (Sala de lo Civil), de 25 de enero 2002 (Ponente: Don Antonio Guillon Ballesteros; ID CENDOJ: 28079110012002101691).

Sentencia del Tribunal Supremo 7859/2002 (Sala de lo Civil), de 25 de noviembre 2002 (Ponente: Don Antonio Guillon Ballesteros; ID CENDOJ: 28079110012002102524).

Sentencia del Tribunal Supremo 218/2004 (Sala de lo Civil), de 17 de marzo de 2004 (Ponente: Don Pedro González Poveda; ID CENDOJ: 28079110012004100177).

Sentencia del Tribunal Supremo 8124/2007 (Sala de lo Civil), de 28 de noviembre de 2007 (Ponente: Don José Ramón Ferrándiz Gabriel; ID CENDOJ: 28079110012007101273).

ANEXO I. HECHOS DEL SUPUESTO DE HECHO

“HECHOS DE LA DEMANDA

I. Que en el verano de 2006, la demandante se encontraba en el interior de la discoteca “SPCE”, ubicada en la playa d’ en Bossa, Ibiza, y le fueron realizadas unas fotografías por el personal del mencionado local sin que tuviera conocimiento de ello.

II. Dichas fotografías las realizaron, al parecer, miembros de la discoteca, y posteriormente cedieron las imágenes a la productora demandada para realizar un CD de la propia SPCE.

III. La productora, A Records, Ltd., utilizó como carátula del CD una de las fotografías, para lo cual aisló digitalmente la figura del entorno real que la rodeaba, y todo ello sin solicitar la autorización de la denunciante.

Se adjuntó a la demanda como DOCUMENTO 1 la carátula del CD “A Records SI Presents SPCE IBIZA mixed by D Picci”.

IV. Nuestra representada vio, por casualidad, que habían reproducido su imagen en un CD (ver el DOCUMENTO UNO) y, posteriormente, en carteles y pancartas publicitarias (ver el documento 2), en diferentes medios escritos españoles (ver el DOCUMENTO TRES) y otros de índole nacional e internacional (ver el DOCUMENTO 4).

Se adjuntó a la demanda como DOCUMENTO DOS, fotos tomadas de un local de Ibiza de carteles y pancartas publicitarias del CD.

Se adjuntó a la demanda como DOCUMENTO TRES, 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.

Se adjuntó a la demanda como DOCUMENTO CUATRO revista “PCHA”; de julio -agosto de 2006, en su página 12 en la que se reproduce la fotografía del CD.

El mencionado CD se puede adquirir por Internet, desde cualquier país, y, a modo de ejemplo, en las páginas web de Amazon o en la de VIRGIN, que nos envía directamente a la página web de Amazo.com, y en tiendas como las de VIRGIN MSTORE, las cuales se encuentran en la red disponibles en todo el mundo, y en las tiendas físicas de esta última marca en los cinco continentes. Se adjuntó a la demanda como DOCUMENTO CINCO captura de la página web de Amazo.com con la imagen del CD, en fecha de 23 de Enero de 2007.

Se adjuntó a la demanda como DOCUMENTO SEIS captura de la página web de VIRGIN con la imagen del CD, en fecha 23 de Enero de 2007.

V. Se produjeron contactos con A RECORDS, LTD., y con la discoteca SPCE con el objetivo de poner fin a tal intromisión ilegítima, así como para solicitar una compensación económica por el daño sufrido. La mercantil SPCE IBIZA BCH CLUB, S.L. 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. A su vez, también se contactó con A Records, Ltd. para tratar la situación que hoy demandamos, con la que se llegó a negociar. Esta aceptó que se debía compensar económicamente a nuestra representada, pero ofrecieron unas cantidades insatisfactorias y ridículas teniendo en cuenta las cantidades percibidas en los contratos de

cesión de imagen que nuestra representada realiza. A modo de ejemplo se adjunta un contrato de cesión de imagen por participar como personaje secundario en un anuncio (ver el DOCUMENTO SIETE) de 16 de Agosto de 2006 firmado por nuestra mandante, por el cual en caso de que su imagen se cediera en las ediciones finales de anuncio y apareciera en todo el mundo, podría llegar a percibir un total de 60.000 euros, teniendo en cuenta que se trataba de seis días de rodaje, incluyendo el 20% de Agencia, y resaltando que era un contrato de personaje secundario y no principal como en el caso del CD que la productora ha editado.

Se adjuntó a la demanda como DOCUMENTO SIETE contrato de “consentimiento y publicación: personajes secundarios”, de fecha 16 de Agosto de 2006.

Asimismo, en los contactos mantenidos con la productora se nos aseguró que el CD solo se comercializó en el Reino Unido y no en Ibiza, siendo fácilmente entendible que no se comercializará en ningún otro lugar fuera de las Islas Británicas, aunque ello resulta poco creíble si tenemos en cuenta tanto los DOCUMENTOS TRES y CUATRO, donde se puede observar publicidad del CD en unas publicaciones españolas, una de las cuales También tiene sus textos en inglés, ya que no sólo va orientada al mercado español, así como las ya mencionadas páginas web (ver DOCUMENTO SEIS) y tiendas. Todo ello revela la clara vocación internacional del producto. Por ello, entendemos que dicho CD ha resultado tener un éxito importante que, unido al precio de 32,99 \$ que se puede observar en el DOCUMENTO TRES y CUATRO, se hace evidente un enriquecimiento, por parte de los implicados, más que considerable.

VI. Se envió, con el fin de advertir a dichas sociedades que nos encontrábamos en una situación límite, carta certificada a A Records, Ltd, con fecha de 7 de Diciembre de 2006, y burofaxes a la mencionada, con fecha de 20 de Diciembre de 2006, y a Spce Ibiza Bch Club, S.L, con fecha de 4 de Diciembre de 2006.

Se adjuntó a la demanda como DOCUMENTO OCHO carta certificada enviada a A Records, Ltd., con fecha 7 de Diciembre de 2006.

Se adjuntó a la demanda como DOCUMENTO NUEVE burofax enviado a A Records, Ltd., con fecha 20 de Diciembre de 2006.

Se adjuntó a la demanda como DOCUMENTO DIEZ burofax a Spce Ibiza Beh Club, S.L., con fecha 4 de Diciembre de 2006.

VII. Doña 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.

VIII. A día de hoy, la sociedad SPCE IBIZA BCH CLUB, S.L se mantiene en la posición mencionada en el referido Punto V de los hechos, y con A Records, Ltd. no se ha alcanzado un acuerdo con nuestra representada que, teniendo en cuenta el producto del que se trata, el cual tiene una excelente aceptación en el mercado internacional, y el hecho de que la demandante fundamenta sus ingresos en la cesión de su imagen, resulta comprensible que quiera protegerse ante esta intromisión ilegítima.

CONTESTACIÓN A LA DEMANDA

HECHOS

Primero. A los hechos I al V de la demanda.

Mi representada ignora si la fotografía donde aparece la actora fue tomada dentro de la discoteca.

Y niega rotundamente que alguna persona perteneciente a la plantilla de su discoteca, dependiente de ella o que actuara con su autorización haya tomado esa foto u otras imágenes de la actora, por lo que tampoco se cedieron a la productora A RECORDS, LTD.

Segundo. *Al hecho VI de la demanda*

Reiteramos que no es cierto que mi representada haya reconocido que había autorizado ni cedido esa fotografía.

Y si A RECORDS, LTD. ha aceptado que debe compensar económicamente a la actora, entendemos que ello implica un reconocimiento de su responsabilidad; ignorando esta parte qué cantidad pidió la actora y que cantidad le fue ofrecida.

Tercero. *A los Hechos VII al X de la demanda.*

Es cierto que mi representada recibió esas cartas, y que siempre ha alegado no ser el responsable de la fotografía tomada a la actora ni del uso dado a la misma.

Cuarto. *En relación con la pretensión de indemnización*

La actora nos dice que su profesión es la de modelo publicitaria, y que sus ingresos son precisamente de la cesión de su imagen para diferentes eventos, a cambio de contraprestación económica.

Y en la fotografía ella parece precisamente como una modelo, llevando gafas de sol y el abanico de la discoteca, y un atuendo, peinado y maquillaje que reconocemos que son perfectamente adecuados al ambiente de la discoteca, siendo este el probable motivo por el que la productora del disco eligió la foto.

Esta fotografía no refleja un aspecto de su persona que ella misma haya derivado de la difusión pública, sino todo lo contrario, ya que es precisamente la difusión pública de su imagen su fuente de ingresos.

Por ello, vista la profesión de la actora y vista la portada del disco, no parece que la intromisión ilegítima que denuncia le haya causado un daño moral, porque en esa foto no se la ve en pose ni situación alguna que pueda atentar a su buen nombre, a su vida íntima y reservada o a su prestigio profesional.

Debemos recordar que el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen son ámbitos distintos, y que la actora no denuncia daño alguno a su honor ni a su prestigio profesional.

*Según dice, contactó con mi representada y con la productora codemandada A RECORDS, LTD. “al objeto de poner fin a tal intromisión ilegítima, así como proceder a la inmediata petición de resarcimiento por los daños y perjuicios ocasionados, **en atención al lucro obtenido por las demandadas a costa de su imagen**” (cit. Hecho VI de la demanda, el resaltado es nuestro).*

Y esta es la petición lógica de quien tiene como medio de vida la explotación de sus derechos de imagen para la publicidad de esta; entendiendo esta parte que, si la actora hubiera obtenido una contraprestación por la cesión de la fotografía para la portada del disco, no hubiera interpuesto ninguna demanda reclamando lesión a su intimidad e imagen.

Dicho esto, la actora afirma que a cambio de su intervención en la campaña de publicidad que fue objeto del contrato que acompaña, percibió la cantidad de 60.000 €, según los propios términos de ese contrato.

De este documento, esta parte ha recibido dos hojas, la primera con el encabezamiento y la segunda con la firma, ignorando si la fotocopia es completa.

Y allí consta que la actora cedía su nombre, imagen y voz, total o parcialmente y de forma conjunta o por separado, para cualquier medio y formato de divulgación, incluido expresamente el CD; siendo el ámbito de la campaña publicitaria toda Europa.

Este contrato se firmó para seis días de rodaje, según se explica en la demanda, a razón de 10.000 € diarios incluido el 20% de comisión para la agencia que la representaba.

Se añade que, en caso de aparecer como artista principal en la edición tendría derecho a percibir una única remuneración adicional de 60.000 € incluida la comisión de agencia.

Existen además otros pagos para opciones en países no europeos, que ignoramos en el caso dado.

El contrato se firmó para una campaña publicitaria de un año de duración y, en la prórroga, se pactó para el segundo año un incremento del 10% sobre las condiciones antes citadas, con cuyo percibo la actora declaró que no recibiría ninguna compensación.

Así resulta que la actora, a cambio de la cesión de su nombre, imagen y voz para una importante campaña multinacional como es Vodafone SA, durante un año, y para toda España habría cobrado 60.000 € por seis días rodaje, y tal vez otros 60.000 € si se mantenían las condiciones que allí se detallan; comprometiéndose además a no aparecer en otras campañas publicitarias de competidores directos de Vodafone SA, se supone que durante el período de duración de la campaña.

En definitiva, la actora puede haber sufrido un daño económico por no haber sido retribuida por la cesión de su imagen para la portada del disco, pero esta parte señala que, dada su profesión de modelo y a la vista de esa fotografía, ningún daño se ha causado a su honor, intimidad o prestigio.

La demandante no ha alegado qué contrataciones podrían haberse visto truncadas con motivo de esas publicaciones, ni que otros perjuicios profesionales podrían haberse causado a la modelo.

Y como antes se ha dicho, no parece que la fotografía de la actora muestre su imagen en un aspecto de su persona que ella desee preservar de la difusión pública a fin de garantizar un ámbito privativo para el desarrollo de su personalidad, pues estaba en un sitio público a la entrada de una discoteca.

En el presente caso la actora ni siquiera menciona en qué se ha visto afectada su dignidad y vida personal, en qué consiste el perjuicio moral que se ha causado a su persona por la publicación de la foto de portada del disco; ni qué intromisión en su vida íntima se ha producido para justificar la elevada indemnización por daños morales que solicita.

Quinto. *Para concretar los hechos que podría dar lugar a indemnización.*

Es cierto que la foto de portada tiene la repercusión mediática que es consustancial al lanzamiento y comercialización del disco por parte de la productora codemandada A RECORDS, LTD., cuyos beneficios esta parte desconoce.

Y es esta productora la que encargó de la promoción del disco, eligiendo por su mayor difusión la revista “PCHÁ” que es de una discoteca competidora directa de SPCE en la Isla de Ibiza.

Pero también es cierto que la intervención de mi representada se ha limitado a la cesión de su marca “SPCE”, y a controlar que en el disco en cuestión su logotipo tiene la forma, tamaño y colocación adecuada.

Esta colaboración entre productoras musicales y discotecas es frecuente, porque la actuación de estas últimas ayuda a vender discos; siendo también lógico un acuerdo del contenido musical, compuesto por temas de la conocida como “música del momento”.

En el acuerdo de cesión de marca existente entre mi representada SPCE y A RECORDS, LTD. Esta productora se encargaba de seleccionar los temas de los disc-jockeys contratados por SPCE, de tratar con ellos la cesión de derechos de autor, del diseño de la portada del disco - respetando la forma, tamaño y colocación del logotipo “SPCE”, como bien se ha dicho- y de la producción, edición y comercialización del mismo; sin que mi representada tuviera participación en los gastos e ingresos derivados de todo ello.

En cuanto a los ingresos, SPCE ha recibido a cambio de la cesión de sus derechos de marca la cantidad de 20.000€ que consta en la factura que se acompaña como DOCUMENTO UNO, que incluye un pago que quedó pendiente del año anterior, correspondiente a la cesión de derechos de marca del disco SPCE.

Dicho esto, mi representada entiende que no puede serle exigida cantidad alguna como contraprestación por la cesión de los derechos de imagen de la actora, y que esta debe dirigirse a la persona que haya tomado su foto sin su consentimiento, y a la empresa que la ha usado en la producción, edición, promoción y comercialización del disco, que es A RECORDS, LTD., la misma que, según dice la actora, le ha ofrecido una compensación económica que ella no acepta.

Aunque pueda decirse que también mi representada se ha beneficiado de la participación de ese disco porque ha recibido un dinero obtenido a cambio de la cesión de su imagen, le parece fuera de toda lógica que deba responder ante la actora por unas ventas y beneficios que le son del todo ajenos, porque es A RECORDS, LTD., la dueña del disco, quien lo ha producido y editado, y quien ha hecho suyas las ganancias derivadas de su comercialización.

(Según los documentos acompañados a la demanda, que son copias de páginas y tiendas de discos en internet, el precio del disco no es de 34,99 dólares USA, como afirma la actora, sino de 17,09 dólares en CDUNIVERS, de 19,95 € en AMAZON, y de 34,99 dólares en VIRGINMEGAST).

Sexto. *Respecto a SPCE.*

SPCE no ha colaborado en modo alguno en la edición gráfica del disco ni en la elección de su fotografía de portada, ni tampoco puede ser considerada cooperadora necesaria en la difusión de dicha foto, por lo que entendemos que no puede ni debe apreciarse concurrencias de culpas, siendo la conducta de la productora A RECORDS, LTD. la única y exclusiva determinante de esa publicación.

Apreciar la existencia de culpa en mi representada supondría imponerle una responsabilidad puramente objetiva, contraria a los principios que regulan la responsabilidad civil en nuestro ordenamiento.

En definitiva, como ya se ha dicho, mi representada no ha intervenido en la elección de la foto de la actora, ni en el diseño gráfico del disco, por lo que ninguna intencionalidad cabe atribuirle como sujeto de esas conductas infractoras: SPCE no ha vulnerado el derecho a la intimidad y a la propia imagen de la actora, ni ha participado en modo alguno en la intromisión ilegítima que ella denuncia.”

ANEXO II. CONTESTACIÓN A LA DEMANDA

Juzgado Primera Instancia n.º 8 de Barcelona

Procedimiento de tutela del derecho al honor, a la intimidad personal y a la propia imagen n.º 18/2007-C

AL JUZGADO

Doña María Clara Deulofeu Expósito, procuradora de los tribunales y de la mercantil **SPCE IBIZA BCH CLUB, S.L.** según acreditado mediante la escritura de poder especial para pleitos que acompaño para su unión a los autos solicitando la devolución del original, actuando bajo la dirección de la letrada Doña Eulàlia Roca Grau, colegiada ICAB n.º 00000, ante el juzgado comparezco y como mejor en Derecho proceda, **DIGO:**

Que en fecha 22 de septiembre de 2017 nos ha sido notificada demanda de juicio ordinario en ejercicio de acción de protección de los derechos fundamentales por la representación de Doña Ana Claudia, y dentro del plazo conferido al efecto, de conformidad con lo establecido en los artículos 405 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC), por medio del presente escrito paso a formular escrito de **CONTESTACIÓN A LA DEMANDA**, con base a los siguientes

HECHOS

PREVIO.- Negamos los hechos de la demanda en cuanto no se admitan expresamente en los siguientes.

PRIMERO.- A los hechos I al V de la demanda

Mi representada ignora si la fotografía donde aparece la actora fue tomada dentro de la discoteca.

Y niega rotundamente que alguna persona perteneciente a la plantilla de su discoteca, dependiente de ella o que actuara con su autorización haya tomado esa foto u otras imágenes de la actora, por lo que tampoco se cedieron a la productora A RECORDS, LTD.

SEGUNDO.- Al hecho VI de la demanda

Reiteramos que no es cierto que mi representada haya reconocido que había autorizado ni cedido esa fotografía.

Y si A RECORDS, LTD. ha aceptado que debe compensar económicamente a la actora, entendemos que ello implica un reconocimiento de su responsabilidad; ignorando esta parte qué cantidad pidió la actora y que cantidad le fue ofrecida.

TERCERO.- A los Hechos VII al X de la demanda

Es cierto que mi representada recibió esas cartas, y que siempre ha alegado no ser el responsable de la fotografía tomada a la actora ni del uso dado a la misma.

CUARTO.- En relación con la pretensión de indemnización

La actora nos dice que su profesión es la de modelo publicitaria, y que sus ingresos son precisamente de la cesión de su imagen para diferentes eventos, a cambio de contraprestación económica.

Y en la fotografía ella parece precisamente como una modelo, llevando gafas de sol y el abanico de la discoteca, y un atuendo, peinado y maquillaje que reconocemos que son perfectamente adecuados al ambiente de la discoteca, siendo este el probable motivo por el que la productora del disco eligió la foto.

Esta fotografía no refleja un aspecto de su persona que ella misma haya derivado de la difusión pública, sino todo lo contrario, ya que es precisamente la difusión pública de su imagen su fuente de ingresos.

Por ello, vista la profesión de la actora y vista la portada del disco, no parece que la intromisión ilegítima que denuncia le haya causado un daño moral, porque en esa foto no se la ve en pose ni situación alguna que pueda atentar a su buen nombre, a su vida íntima y reservada o a su prestigio profesional.

Debemos recordar que el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen son ámbitos distintos, y que la actora no denuncia daño alguno a su honor ni a su prestigio profesional.

Según dice, contactó con mi representada y con la productora codemandada A RECORDS, LTD. “al objeto de poner fin a tal intromisión ilegítima, así como proceder a la inmediata petición de resarcimiento por los daños y perjuicios ocasionados, **en atención al lucro obtenido por las demandadas a costa de su imagen**” (cit. Hecho VI de la demanda, el resaltado es nuestro).

Y esta es la petición lógica de quien tiene como medio de vida la explotación de sus derechos de imagen para la publicidad de esta; entendiendo esta parte que, si la actora hubiera obtenido una contraprestación por la cesión de la fotografía para la portada del disco, no hubiera interpuesto ninguna demanda reclamando lesión a su intimidad e imagen.

Dicho esto, la actora afirma que a cambio de su intervención en la campaña de publicidad que fue objeto del contrato que acompaña, percibió la cantidad de 60.000 €, según los propios términos de ese contrato.

De este documento, esta parte ha recibido dos hojas, la primera con el encabezamiento y la segunda con la firma, ignorando si la fotocopia es completa.

Y allí consta que la actora cedía su nombre, imagen y voz, total o parcialmente y de forma conjunta o por separado, para cualquier medio y formato de divulgación, incluido expresamente el CD; siendo el ámbito de la campaña publicitaria toda Europa.

Este contrato se firmó para seis días de rodaje, según se explica en la demanda, a razón de 10.000 € diarios incluido el 20% de comisión para la agencia que la representaba.

Se añade que, en caso de aparecer como artista principal en la edición tendría derecho a percibir una única remuneración adicional de 60.000 € incluida la comisión de agencia.

Existen además otros pagos para opciones en países no europeos, que ignoramos en el caso dado.

El contrato se firmó para una campaña publicitaria de un año de duración y, en la prórroga, se pactó para el segundo año un incremento del 10% sobre las condiciones antes citadas, con cuyo percibo la actora declaró que no recibiría ninguna compensación.

Así resulta que la actora, a cambio de la cesión de su nombre, imagen y voz para una importante campaña multinacional como es VODAFONE, S.A., durante un año, y para toda España habría cobrado 60.000 € por seis días rodaje, y tal vez otros 60.000 € si se mantenían las condiciones que allí se detallan; comprometiéndose además a no aparecer en otras campañas publicitarias de competidores directos de VODAFONE, S.A., se supone que durante el período de duración de la campaña.

En definitiva, la actora puede haber sufrido un daño económico por no haber sido retribuida por la cesión de su imagen para la portada del disco, pero esta parte señala que, dada su profesión de modelo y a la vista de esa fotografía, ningún daño se ha causado a su honor, intimidad o prestigio.

La demandante no ha alegado qué contrataciones podrían haberse visto truncadas con motivo de esas publicaciones, ni que otros perjuicios profesionales podrían haberse causado a la modelo.

Y como antes se ha dicho, no parece que la fotografía de la actora muestre su imagen en un aspecto de su persona que ella desee preservar de la difusión pública a fin de garantizar un ámbito privativo para el desarrollo de su personalidad, pues estaba en un sitio público a la entrada de una discoteca.

En el presente caso la actora ni siquiera menciona en qué se ha visto afectada su dignidad y vida personal, en qué consiste el perjuicio moral que se ha causado a su persona por la publicación de la foto de portada del disco; ni qué intromisión en su vida íntima se ha producido para justificar la elevada indemnización por daños morales que solicita.

QUINTO.- Para concretar los hechos que podría dar lugar a indemnización

Es cierto que la foto de portada tiene la repercusión mediática que es consustancial al lanzamiento y comercialización del disco por parte de la productora codemandada A RECORDS, LTD., cuyos beneficios esta parte desconoce.

Y es esta productora la que encargó de la promoción del disco, eligiendo por su mayor difusión la revista “PCHÁ” que es de una discoteca competidora directa de SPCE en la Isla de Ibiza.

Pero también es cierto que la intervención de mi representada se ha limitado a la cesión de su marca “SPCE”, y a controlar que en el disco en cuestión su logotipo tiene la forma, tamaño y colocación adecuada.

Esta colaboración entre productoras musicales y discotecas es frecuente, porque la actuación de estas últimas ayuda a vender discos; siendo también lógico un acuerdo del contenido musical, compuesto por temas de la conocida como “música del momento”.

En el acuerdo de cesión de marca existente entre mi representada SPCE y A RECORDS, LTD. Esta productora se encargaba de seleccionar los temas de los disc-jockeys contratados por SPCE, de tratar con ellos la cesión de derechos de autor, del diseño de la portada del disco - respetando la forma, tamaño y colocación del logotipo “SPCE”, como bien se ha dicho- y de la producción, edición y comercialización del mismo; sin que mi representada tuviera participación en los gastos e ingresos derivados de todo ello.

En cuanto a los ingresos, SPCE ha recibido a cambio de la cesión de sus derechos de marca la cantidad de 20.000€ que consta en la factura que se acompaña al presente escrito, que incluye un pago que quedó pendiente del año anterior, correspondiente a la cesión de derechos de marca del disco SPCE.

Dicho esto, mi representada entiende que no puede serle exigida cantidad alguna como contraprestación por la cesión de los derechos de imagen de la actora, y que esta debe dirigirse a la persona que haya tomado su foto sin su consentimiento, y a la empresa que la ha usado en la producción, edición, promoción y comercialización del disco, que es A RECORDS, LTD., la misma que, según dice la actora, le ha ofrecido una compensación económica que ella no acepta.

Aunque pueda decirse que también mi representada se ha beneficiado de la participación de ese disco porque ha recibido un dinero obtenido a cambio de la cesión de su imagen, le parece fuera de toda lógica que deba responder ante la actora por unas ventas y beneficios que le son del todo ajenos, porque es A RECORDS, LTD., la dueña del disco, quien lo ha producido y editado, y quien ha hecho suyas las ganancias derivadas de su comercialización.

(Según los documentos acompañados a la demanda, que son copias de páginas y tiendas de discos en internet, el precio del disco no es de 34,99 dólares USA, como afirma la actora, sino de 17,09 dólares en CDUNIVERS, de 19,95 € en AMAZON, y de 34,99 dólares en VIRGIN MEGAST).

SEXTO.- Respecto a SPCE

SPCE no ha colaborado en modo alguno en la edición gráfica del disco ni en la elección de su fotografía de portada, ni tampoco puede ser considerada cooperadora necesaria en la difusión de dicha foto, por lo que entendemos que no puede ni debe apreciarse concurrencias de culpas, siendo la conducta de la productora A RECORDS, LTD. la única y exclusiva determinante de esa publicación.

Apreciar la existencia de culpa en mi representada supondría imponerle una responsabilidad puramente objetiva, contraria a los principios que regulan la responsabilidad civil en nuestro ordenamiento.

En definitiva, como ya se ha dicho, mi representada no ha intervenido en la elección de la foto de la actora, ni en el diseño gráfico del disco, por lo que ninguna intencionalidad cabe atribuirle como sujeto de esas conductas infractoras:

SPCE no ha vulnerado el derecho a la intimidad y a la propia imagen de la actora, ni ha participado en modo alguno en la intromisión ilegítima que ella denuncia.

SÉPTIMO.- Documentación adjuntada al escrito de contestación a la demanda

Se adjunta a la demanda la siguiente documentación:

- Factura por la cesión derechos de la marca SPCE, adjuntado como Documento Uno;
- Prueba de la difusión pública de la imagen por parte de la propia interesada en situaciones similares (fiestas, discotecas, baile), adjuntado a la contestación como Documento Dos;
- La contestación al burofax recibido en fecha 4 de diciembre de 2006, adjuntado al presente escrito como Documento Tres;
- Contrato de prestación de servicios entre SPCE IBIZA BCH CLUB, S.L. y el fotógrafo autónomo Don JUAN RETRATISTA CAMARÓN, adjuntado a la contestación a la demanda como Documento Cuatro;
- El contrato cesión de marca entre SPCE IBIZA BCH CLUB, S.L. y A RECORDS, LTD., adjuntado como Documento Cinco;
- Cadena de correos entre el departamento de diseño de A RECORDS, LTD. y el de SPCE IBIZA BCH CLUB, S.L. adjuntado al presente como Documento Seis
- Informe pericial sobre datos estadísticos relativos al reconocimiento de por parte del público objetivo, adjuntado a la contestación a la demanda como Documento Siete;
- Capturas de pantalla de distribuidores *online* del disco en contienda, adjuntado como Documento Ocho,
- Comparativa entre índices de volúmenes de venta del disco en sus promociones de 2005 y 2006, adjuntado a este escrito como Documento Nueve.

A los anteriores hechos le son aplicables los siguientes

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I. JURIDICO-MATERIALES

PREVIA.- Negamos las calificaciones jurídicas efectuadas de contrario de la demanda en cuanto no se admitan expresamente en las siguientes.

PRIMERA.- De la falta de dimensión constitucional de la lesión alegada y de la falta de intromisión ilegítima al derecho a la propia imagen

Esta parte niega con contundencia que los hechos acaecidos puedan subsumirse en la protección constitucional del derecho a la propia imagen, y, en todo caso, que estos antecedentes de hecho puedan sean constitutivos de intromisión ilegítima de este derecho de la personalidad de la demandante.

La protección reclamada por la actora no es sino sobre el control sobre los efectos económicos de la utilización de su imagen, una cuestión relativa a la vertiente puramente patrimonial de la imagen: su explotación comercial. Por ello, y en atención a la jurisprudencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, en consonancia con la doctrina jurisprudencial del Tribunal constitucional, una eventual lesión a este derecho carece de dimensión constitucional.

A diferencia de los restantes derechos constitucionales consagrados en el artículo 18.1 CE, derecho al honor y a la intimidad, el derecho a la propia imagen tiene una dimensión de carácter patrimonial. El Tribunal Constitucional, en su Sentencia del Tribunal Constitucional 81/2001 (Sala Segunda), de 26 de marzo de 2001 (Ponente: Don Carles Viver Pi-Sunyer; ECLI:ES:TC:2001:81) estableció que la protección otorgada a dicho aspecto económico de la imagen debe escapar de la protección constitucional para ceñirse en la puramente legal pues *“la 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”* (FJ2).

Esta parte no quiere en este punto negar que el conjunto de derechos relativos a la explotación comercial de la imagen sean dignos de protección por nuestro ordenamiento. Lo que sí viene a cuestionar es la sobredimensión que pretende otorgarse a una supuesta lesión que únicamente podría tener relevancia patrimonial.

La actora alega intromisión a su derecho fundamental a la propia imagen por violación de la protección consagrada en el artículo 7.6 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*, en conexión con su artículo 2, que previene la utilización de la imagen de una persona para fines publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga sin su consentimiento. Sin embargo, estudiando dicha prohibición en relación con la limitación a la protección constitucional de la imagen establecida por el Alto Tribunal, debe precisarse que para que la lesión sea calificada de intromisión ilegítima y por lo tanto subsumible en dicha previsión, debe revestir de una gravedad bastante que así lo justifique: debe producir una lesión que sea contraria a la dignidad de la persona titular del derecho.

Además, para que dicha lesión a la dignidad personal sea calificada como violación del derecho constitucional a la imagen debe revestir de antijuridicidad respecto de este derecho individualmente considerado, esto es, despreciando una hipotética vulneración de los demás derechos regulados en el artículo 18.1 CE. La jurisprudencia constitucional

ha dejado resuelta la cuestión sobre la configuración autónoma del derecho a la imagen respecto del resto de derechos consagrados en el artículo 18.1 CE, esto es, que la intromisión ilegítima al derecho a la imagen no debe ligarse, para su apreciación, a una lesión al derecho al honor o al derecho a la intimidad personal y familiar.

Es necesario en este punto volver a traer a colación los argumentos en los que se fundamenta la lesión y la indemnización pretendida de contrario, muy especialmente aquellos referidos a la prima o “caché” cobrada anteriormente por la demandante para utilidades comerciales de su imagen. Desconociendo el alcance de su error, es la propia demandante quien desvirtúa la pretendida ofensa a su derecho personalísimo a la imagen sirviéndonos en bandeja de plata el mayor argumento para su desestimación: el hecho que comercialice con su derecho.

Por lo tanto, esta parte viene a refutar enérgicamente el pretendido alcance moral de la lesión a su derecho a la imagen alegada por la contraparte, pues es contradictorio afirmar que un supuesto de utilización de la imagen análogo al uso que reiteradamente ha hecho la demandante de su imagen en el tráfico laboral y comercial sea únicamente en el presente caso un atentado a la dignidad de la persona titular.

SEGUNDA.- Sobre la inexistencia de intromisión ilegítima a los restantes derechos consagrados en el artículo 18.1 CE

Habiendo sido atacada la subsumibilidad de la causa en el derecho constitucional que protege el derecho a la propia imagen, esta parte argumenta ahora la imposibilidad de apreciar violación de los restantes derechos consagrados en el artículo 18.1 CE.

Respecto a la posibilidad de haberse producido una intromisión ilegítima al honor o a su prestigio profesional, esta parte quiere apelar a la documental adjuntada, en concreto aquella en la que se listan ejemplos de imágenes difundidas públicamente por la propia interesada por medio de sus perfiles en redes sociales (que, recordamos, es el Documento Dos). En dichas imágenes, la contraparte aparece bailando en fiestas, discotecas y *shows* en actitudes harto más informativas que la que presenta en la imagen obrante en autos. Tampoco marcan una diferencia de interés el texto o elementos decorativos que envuelven la imagen en el diseño de la carátula del CD: no se hacen aseveraciones ni se anuncia un espectáculo que pudiese insinuar la atribución de un determinado apelativo negativo a la interesada representada en ella. Es evidente que, por consiguiente, la imagen en cuestión no pudo atacar a su honor, pues no ataca su buen nombre, ni la difama, ni afecta su reputación o la hace desmerecer en consideración ajena en ninguna forma que no hubiese sido revelada previamente por la propia interesada, y, a mayor abundamiento, su contenido es inocuo, nada deshonoroso ni difamatorio. Por ello, y con arreglo a la doctrina jurisprudencial asentada en esta materia, no puede estimarse que los hechos en los que la actora funda su reclamación puedan ser constitutivos de intromisión ilegítima a su derecho al honor en cuanto al contenido de la fotografía, pues “*no es un escándalo social, y las leyes han de interpretarse de acuerdo a la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas (art. 2o.1 Cód. civ.)*”. (FJ3), Sentencia del Tribunal Supremo

7859/2002, (Sala de lo Civil), de 25 de noviembre 2002 (Ponente: Don Antonio Guillon Ballesteros; ID CENDOJ: 28079110012002102524).

Debe descartarse que los hechos enjuiciados puedan ser calificados como intromisión ilegítima a la intimidad personal de la actora, por no darse en el momento de la toma de la fotografía un ambiente que fundamente la apariencia de privacidad ni desvelar, la captura, información íntima de la modelo Sra. ANA CLAUDIA ARANJUEZ ROLDÁN.

En las circunstancias de la toma de la fotografía no concurren las notas de privacidad que pudiesen haber dado lugar a la exposición de aspectos vulnerables de la personalidad de la actora. En vistas a los elementos presentes en la fotografía, como son la posición de la modelo, su atuendo y actitud, en la cual la actora porta gafas de sol, abanico y vestimenta festiva debe realizarse la necesaria inducción de que en el momento de la toma de la fotografía esta no se encontraba en un lugar recluso del que se pudiese guardar una cierta expectativa de intimidad, sino en un lugar abierto, incluso concurrido, ya fuese un espacio público como un local abierto al público, en el que se encontraba mostrando su faceta más social y extravertida. Es la misma actitud de la modelo la que lleva a afirmar que, siendo además plenamente consciente de que el ambiente a su alrededor ofrecía nulas garantías de privacidad, el objetivo personalmente perseguido no era pasar desapercibida, sino destacar. No es el respeto a su intimidad lo que busca potenciar en el momento de la toma de la imagen, sino darse publicidad, llamar la atención sobre sí misma y sobre su imagen.

La fotografía tampoco aporta información relevante acerca de hábitos o vicios que pudiesen exponer facetas de la esfera privada de la modelo que esta no quisiese revelar. Los elementos que forman parte de la fotografía, como lo son las gafas de sol o el abanico, así como la importante ausencia de elementos posiblemente comprometedores como lo serían una bebida alcohólica o posición insinuante, no desvelan datos sobre la vida personal de la modelo y podrían calificarse de elementos vacíos de contenido informativo habitualmente utilizados en la escenografía de fotografías de la misma categoría. Ello, sumado a la ausencia de elementos identificativos del lugar de la toma de la fotografía, revela la absoluta neutralidad de la imagen, que podría haberse tomado en un plató.

Como colofón, la absoluta falta en la imagen de contenido informativo sobre aspectos privados de la actora tampoco se desmiente de contrario, por cuanto no se hace mención a la vulneración de su privacidad o a la exposición pública de aspectos personales de su carácter.

Por consiguiente, no puede apreciarse vulneración alguna del derecho a la intimidad personal en dicha fotografía, porque como se ha dicho, no se desvela en ella aspectos de sí misma que la modelo haya excluido de la difusión pública.

TERCERA.- De la imposibilidad de apreciarse tratamiento ilegítimo de datos de carácter personal

En tercer lugar se interesa que se desestime la posibilidad de apreciar un hipotético tratamiento ilícito de datos de carácter personal de la demandante por haberse difundido una imagen que permite reconocerle.

Como ha venido alegándose, ha sido la propia interesada que ha venido haciendo este dato de carácter personal manifiestamente público por los medios de comunicación social, y por consiguiente, de acuerdo con el artículo 6.2 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, *de Protección de Datos de Carácter Personal*, en conexión con el artículo 7.1 letra “e” del Reglamento de desarrollo de la LOPD, aprobado por medio del Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, no cabe apreciar lesión a los derechos y libertades fundamentales de la demandante. Además, la propia demandante conocía de la toma de la fotografía y no se opuso, por lo que concurren todos los requisitos del consentimiento tácito.

CUARTA.- De la inexistencia de lesión

Ha quedado demostrada la imposibilidad de que se haya perpetrado intromisión ilegítima alguna a los derechos constitucionales consagrados en el artículo 18.1 CE, lo que inevitablemente pone de manifiesto que la aquí actora ha pretendido encauzar un mero desacuerdo de índole contractual referido al precio a cobrar por la explotación comercial de su imagen por el procedimiento de protección sumaria reservado a los bienes jurídicos más sensibles del estado de derecho, los que cimientan el libre desarrollo de la personalidad de sus ciudadanos.

Concentrándose la cuestión, pues, en el ámbito contractual, debemos analizar un contrato celebrado presuntamente sin la intervención de la demandante en virtud del cual alega habersele ocasionado unos perjuicios no puramente constitucionales sino económicos. En estas, deben analizarse dos aspectos consustanciales al contrato: por un lado, la prestación de consentimiento en el momento original de la toma de la fotografía, y por el otro, la ulterior cesión de los derechos de imagen en relación con la misma. Antes de adentrarnos en el análisis de la primera de las cuestiones, la relativa a la prestación o no de consentimiento, esta parte declara que desconoce la autoría de la imagen discutida, los pormenores de su toma y la forma en la que fue puesta a disposición de A RECORDS, LTD.

Nada dice la contraparte ni se ha podido averiguar por esta demandada, a falta de comparecencia de su litisconsorte, acerca del alcance del consentimiento verbal que otorgó la modelo al fotógrafo que le tomó la fotografía en tienda. Por tratarse de un contrato verbal y por ello convenientemente imposible su interpretación, exige la demandante que se considere que no se había cedido su derecho al profesional ni apoderado para ello, por lo que el negocio jurídico posterior celebrado sin su concurrencia debió ser en todo caso nulo. Ello se vincula además a una supuesta falta de diligencia de la empresa cesionaria por no solicitar el consentimiento de la propia titular de la imagen.

No le constan a esta parte los motivos por los que A RECORDS, LTD. hubiese podido considerar que le habían sido cedidos los derechos a la imagen reproducida en la

fotografía, ni puede aportar más prueba que permita entrar a discutir la razonabilidad de la asunción de que el cedente estaba en capacidad de ceder los derechos económicos de la actora y que por ello fuese innecesario recabar nueva autorización, ni tan siquiera conoce si medió contraprestación económica en virtud de la transacción. En cualquier caso no puede exigirse a esta parte responsabilidad por un acto que subjetivamente no le es imputable, por encontrarse fuera del ámbito de su control. De nuevo, mi representada no intervino en la empresa y no guarda relación alguna con las partes implicadas en la transacción, fuera de su relación comercial con A RECORDS, LTD., que nada tiene que ver con la toma, cesión o utilización de esta fotografía.

Por lo anterior, la responsabilidad de mi representada respecto de la falta de consentimiento y así como respecto de la posterior cesión, independientemente de si el cedente aparentaba suficientemente ser titular de los derechos económicos de la modelo o no, es necesariamente nula.

QUINTA.- De la falta de intervención de mi representada

Si subsidiariamente el Tribunal apreciare en los hechos expuestos la existencia de lesión patrimonial en la demandante, esta demandada interesa que se le repute inocente de su perpetración por no concurrir los requisitos de legitimación pasiva al no haber tenido participación alguna en ella.

Mi representada no participó de ninguna acción ni intervino en la toma de ninguna decisión que tuviese incidencia en la inclusión de la imagen en discusión en el diseño final de la carátula del CD. SPCE IBIZA BCH CLUB, S.L. no pudo intervenir de forma alguna en la toma de la fotografía, cuyo origen y circunstancias desconocía hasta la recepción el 4 de diciembre del pasado año del burofax remitido a su nombre por la demandante, ni en las decisiones de marketing y diseño que llevaron a su inclusión en la versión final de la carátula del CD.

El Hecho I de la demanda se da por cierto que la fotografía en cuestión se tomó en el interior del local de ocio de mi representada por un trabajador en plantilla de SPCE IBIZA BCH CLUB, S.L. Asimismo, en el Hecho V se redacta ambigua y tendenciosamente una frase que da a entender que esta parte reconoce haber tomado las fotografías y haberlas cedido a A RECORDS, LTD., declaración que esta parte habría vertido en el marco de unas conversaciones con la ahora actora previas al envío de su burofax. Pues bien, esta parte niega tajantemente haber tenido contacto alguno con la actora con anterioridad al momento en que, con absoluta perplejidad, recibió un burofax en el que se le imputaban los hechos que sustentan esta causa, y se reitera en su negativa a haber intervenido en la toma y cesión de la fotografía y en haber cedido espacio de su local para ello, explicaciones ya aportadas mediante su contestación al burofax citado anteriormente en fecha 4 de diciembre de 2006.

Esta parte niega que se tomase dicha fotografía en el interior de su local, y las evidencias aportadas de contrario no lo desmienten. La fotografía obrante en autos carece de fondo por habersele aislado la figura humana, y no ha sido aportada ninguna otra

prueba sobre las circunstancias de su toma, por lo que no puede asumirse como se ha afirmado que se hubiese capturado en el interior de las instalaciones de mi representada, asunción que tanto asistiría las pretensiones de la contraparte como causaría indefensión en esta. Es cierto que la tendencia doctrinal reciente exige, en los casos en los que existan indicios de vulneración de derecho fundamental, trasladar la carga de la prueba a la demandada, pues de otro modo podría operar una *probatio diabolica* que actuase en perjuicio de la parte damnificada. Antes bien, como ha sido argumentado detalladamente, los hechos enjuiciados no pueden calificarse jurídicamente como una hipotética intromisión ilegítima a derechos constitucionales, sino que únicamente podrían sustanciarse como lesión de carácter económico. Por consiguiente, no puede afirmarse que la fotografía se tomase en el interior del local de mi representada, por lo que tampoco puede atribuírsele el ámbito de control en la situación, ni que por acción u omisión hubiese intervenido en dicha captura.

Respecto del autor de la fotografía, es la propia actora quién pone en entredicho que fuese un trabajador de mi representada, pues matiza su afirmación con la locución “al parecer” que apunta más a una presunción basada en indicios que a un hecho probado. Ante todo, debe precisarse que SPCE IBIZA BCH CLUB, S.L. no cuenta entre su plantilla profesionales dedicados a la fotografía, por lo que contrata dichos servicios a profesionales de la zona en función de sus necesidades. Para la temporada alta del año 2006, esto es, de junio septiembre, la mercantil contrató al fotógrafo autónomo Don JUAN RETRATISTA CAMARÓN, cuyo contrato de prestación de servicios se aporta al presente escrito. En virtud de dicho contrato, Don RETRATISTA realizaba un número fijo de fotografías de los asistentes a veladas organizadas por mi representada, que posteriormente ponía a su disposición para que esta las publicase por medio de sus redes sociales, como es costumbre en el sector. Todas las fotografías así realizadas de dicha temporada figuran publicadas en el perfil de Facebook de mi representada, en la dirección <www.facebook.com/spce/verano2006>, y puede observarse que no figura entre ellas la fotografía aquí enjuiciada, pues mi representada nunca la tuvo en su poder. En un ejercicio de autocrítica y control interno, a la luz de los hechos alegados por la actora esta parte ha requerido a D. JUAN RETRATISTA que clarifique si intervino en la toma de dicha fotografía, habiendo obtenido el más categórico no por respuesta. Por todo ello, esta parte entiende demostrada la absoluta falta de nexo entre la toma de la fotografía y el personal de sus instalaciones.

Con relación al negocio jurídico de cesión de la imagen por el autor de la fotografía y la toma de la decisión de incluirla en la portada, con las modificaciones que se estimaron pertinentes, no puede apreciarse concurrencia de culpas entre mi representada y la productora. El hecho que sostiene esta afirmación se sustancia en la limitada capacidad de intercesión de mi representada en el diseño de la carátula del producto, circunscrita a la verificación del cumplimiento de sus normas internas de imagen corporativa, requisito impuesto por mi representada en el contrato de cesión de sus derechos de marca para la edición del CD del verano 2006 como se desprende del Documento Cinco aportado. Así, es cierto que mi representada tuvo acceso al diseño en un momento previo a su

lanzamiento y que intervino en él para realizar algunas modificaciones estilísticas que preservaran el correcto uso de su marca, como lo demuestran los correos intercambiados entre la diseñadora gráfica de A RECORDS, LTD. y la directora del departamento de mercadotecnia de SPCE IBIZA BCH CLUB, S.L., pero más allá de ello en nada pudo actuar respecto a la elección de la composición de dicho empaquetado. Ciertamente no gozaba de una facultad en positivo, de elección libre, sino en negativo, de corrección: únicamente podía oponerse en caso de estimar que el diseño final lesionaba el buen prestigio de su marca. En estos términos, no puede predicarse que mi representada incurriera en falta de diligencia debida, pues no estaba en su ámbito de control la elección de la imagen decorativa a incluir en el diseño, y por extensión, tampoco puede exigírsele desde una perspectiva ex ante el haber verificado la legitimidad de su uso.

A mayor abundamiento, la litisconsorte pasiva acepta su responsabilidad subjetiva con respecto a la utilización de la fotografía, de modo que es patente a quién debe atribuirse la lesión de estimarse cometida. De nuevo, hacer extensiva esta responsabilidad a mi representada no podría hacerse sino en carácter objetivo, una posibilidad excluida por nuestro ordenamiento con relación a la responsabilidad civil si no concurren las circunstancias de la representación vicarial.

SEXTA.- De la falta de justificación de la cuantía reclamada

A la espera de la calificación jurídica de los hechos que realice el Tribunal, que si no obstante lo anteriormente alegado estimase que esta parte participó de algún modo en la consumación, a saber, de la lesión patrimonial o intromisión ilegítima, debe apreciarse una pluspetición en lo pedido de contrario en concepto de indemnización.

Esta parte quiere argumentar la inconsistencia de los argumentos vertidos de contrario para la determinación de la indemnización económica en sus dos posibles vertientes: la indemnización por daños y perjuicios de carácter moral por intromisión ilegítima en primer término y la indemnización por responsabilidad civil por daños y perjuicios puramente económicos en segundo. Es procedente advertir que la falta de cuantificación de la indemnización reclamada, que la contraparte subrepticamente deja en manos del tribunal en un claro intento de evitar la falta de imposición de costas por no estimársele indemnización en la cuantía exacta que desearía reclamar, causa indefensión en esta.

En la eventualidad de que se apreciase intromisión ilegítima en los derechos de la personalidad de la demandante, el artículo 9 LO 1/1982 establece que la tutela judicial deberá comprender, además del restablecimiento del derecho del perjudicado y la prevención de intromisiones inminentes o ulteriores, la indemnización de los daños y perjuicios causados, la apropiación por el perjudicado del lucro obtenido con la intromisión. Dicha indemnización deberá extenderse al daño moral, que operará como presunción, cuyo contenido económico se cuantificará en función de las circunstancias del caso y la gravedad de la lesión efectivamente producida, en la que se tendrá en cuenta la difusión o medio a través del cual se hubiese producido.

La divulgación de la imagen de la representada no ha podido ocasionar una lesión en su derecho a la intimidad, pues no la presenta en circunstancias en nada distintas a las que ella misma publica a través de sus perfiles en redes sociales abiertos al público general. Así se ha apreciado por el Tribunal Supremo en anteriores ocasiones, en las que conociendo de causas con gran similitud con la presente: “[la] actora, evidentemente que tiene derecho al respeto de su imagen, pero cuando ella ha posado para la obtención de las fotografías litigiosas el único problema es el de si se han publicado sin su consentimiento o no. Por ello es limitado el daño moral que puede alegarse para su compensación pecuniaria. Sentencia del Tribunal Supremo 7859/2002 (Sala de lo Civil), de 25 de noviembre 2002 (Ponente: Don Antonio Guillon Ballesteros; ID CENDOJ: 28079110012002102524), (FJ 3).

De igual modo debe descartarse que la promoción de la imagen haya ocasionado un perjuicio económico en la demandante, por cuanto la actividad que configura su *modus vivendi* no se ha visto sino favorecido con la distribución de su imagen en conexión con una marca tan renombrada como SPCE IBIZA. Los personajes públicos gozan a menudo de promoción sin retribución con el único objetivo de incrementar su reconocimiento público y con ello su “caché”.

A mayor abundamiento, esta parte está intrigada por el alcance del renombre y fama que se atribuye la actora. De acuerdo con la pericial estadística adjuntada, únicamente un 0,2% de la población reconoce la actora, siendo objeto de análisis el mismo sector poblacional objetivo de la campaña promocional. De este despreciable porcentaje, tan solo un 36% era capaz de reconocer la contraparte en la portada del CD.

Estos datos se reducen considerablemente cuando la misma cuestión se plantea a la población general, en la que únicamente un 0,1 reconoce la modelo, de los cuales únicamente un 56% la puede reconocer en el atuendo que presenta en la imagen de la carátula. Con ello, esta parte viene a cuestionar la autoatribuida fama de la actora, argumento principal de la contraparte para exigir el cobro de parte de los beneficios obtenidos con la venta del CD.

En segundo término, la contraparte sobredimensiona el alcance de la lesión aportando una prueba de su supuesta dimensión global: sostiene que por ofrecerse en páginas web de alcance mundial como lo son “AMAZON” o “VIRGIN”, debe asumirse el más alto alcance territorial de la supuesta lesión.

Pues bien, esta parte ya ha mencionado en los fundamentos de derecho del presente escrito que no participó de la organización y ejecución de la actividad de promoción y mercadotecnia del producto por estar a cargo de la productora A RECORDS, LTD. Sin embargo sí puede asegurar que el ámbito de la cesión de mi representada de los derechos de marca se circunscribía a la elaboración de un CD a comercializarse en el mercado de Reino Unido, de acuerdo con la cláusula 8ª del contrato de cesión mencionado. Si A RECORDS, LTD. se extralimitó en el ámbito territorial de la comercialización pactada, esta parte no tiene manera de saberlo pero sí estaría altamente interesada en conocerlo, puesto que acarrearía una lesión patrimonial a los derechos de marca de los que es titular.

Sin perjuicio de lo anterior, esta parte considera relevante esclarecer que las plataformas de venta *online* tienen un alcance global por su misma naturaleza red, por lo que por el mero hecho de comercializar en ellas un producto no puede concluirse que el alcance de la campaña de promoción sea universal, de igual forma que no se predica la internacionalidad de un escaparate repleto de “*pannellets*” porque un ciudadano francés haya comprado una bandeja. Dicho de otro modo, deben analizarse otros elementos, estos sí propiamente referidos a la campaña de promoción para poder delimitar el “*target*” o población a la cual se dirige efectivamente la campaña promocional del producto, que esta parte sostiene que no es otro que el mercado de Reino Unido, y en concreto, sus ciudadanos usuarios de los locales de ocio de la isla pitiusa. Por un lado cabe destacar que las acciones y estrategias publicitarias utilizadas por A RECORDS, LTD. están claramente dirigidas a la población anglosajona aficionada a las actividades lúdico-festivas de la región en la que se encuentra el local de mi representada. Es ese preciso motivo el que justifica de inicio que la marca de mi representada “SPCE IBIZA BCH CLUB” esté presente en el CD, pues constituye el mayor reclamo del producto. Otra evidencia que soporta esta afirmación es el hecho que se haya publicitado en revistas de la región de temática relacionada con el ocio nocturno, como lo demuestra que hayan mediado revistas titularidad de negocios competidores de mi representada, cuya lengua y contenido tienen como evidente destinatario el natural de reino unido que está transitoriamente visitando la isla para disfrutar de las ofertas de ocio que lo convierten en objetivo o *target* de la campaña. Por último, debe atacarse la dimensión global de la oferta *online* con una simple evidencia: las plataformas de venta *online* sí usan de limitaciones territoriales, las restricciones en los envíos. Así, en los mismos Documentos Cinco y Seis aportados de contrario puede apreciarse al pie de en sendas capturas de pantalla una frase precedida por asterisco que especifica “*UK shipping only*”, traducido cómo “envíos solo a Reino Unido”. Ello sin ni tan siquiera haber mencionado que el hecho que la contraria alega como prueba de la demarcación internacional de la campaña es precisamente que todo el material promocional está escrito en inglés, lengua oficial del territorio objetivo de la campaña.

Por todo ello debe desestimarse, por falta de evidencias concluyentes, que el alcance de la campaña que habría provocado la lesión tenga alcance internacional, pues la jurisprudencia exige probar de forma fehaciente el alcance territorial de la lesión y no se ha procedido de este modo de contrario.

En tercer término y respecto de los beneficios obtenidos con la comercialización del CD en contienda, esta parte insiste en que no dispone de los datos económicos del lucro obtenido por A RECORDS, LTD., por cuanto la contraprestación económica fijada en el contrato de cesión de la marca respondía a una mera obligación de medios, por lo que los resultados no le fueron facilitados.

Sí que debe atacarse la partidista selección de los ejemplos de precio de venta al público del CD aportados de contrario, pues como base de legitimación de la cuantía reclamada únicamente se menciona el punto de venta del CD con un precio más elevado: 32,99 dólares. Esta minuciosa selección es meridianamente capciosa por cuanto, por un

lado, omite conscientemente portales en los que el mismo producto se ofrece por precios significativamente inferiores como lo son los 14,99 euros de “FNAC”, o los 7,99 euros de “ALIEXPRESS”; y por el otro olvida convertir el importe a 28,83 euros, que es la moneda en curso legal en España, cuyo ratio de conversión a su favor hace que disminuya la cifra y por consiguiente el efecto de alarma perseguido.

Lo que además debe desmentirse firmemente es que la utilización de la imagen de la modelo haya reportado un beneficio económico diferenciador. Los datos sobre el volumen de discos vendidos se indexan en listados y ránquines al alcance del público general, y puede observarse en el portal “los 40 Principales” cómo los índices de venta del disco en su edición del año pasado son similares a los de este año, cuya comparativa se ha aportado. Desde luego, la “excelente aceptación en el mercado” del producto no se debe a la utilización de la imagen de la modelo, sino al éxito intrínseco de la colaboración ya tan duradera entre mi representada y A RECORDS, LTD.

En el producto comercializado, la imagen de la actora es un elemento meramente accesorio. La prestación principal del CD no era la comercialización de la imagen de la modelo sino su contenido musical, y si existe algún reclamo fuera de dicho contenido, este es sin duda la imagen de marca de mi representada. Este es, como se ha dicho, el motivo fundamental de la colaboración entre SPCE IBIZA BCH CLUB, S.L. y A RECORDS, LTD., pues es habitual y altamente lucrativo que discotecas de gran renombre produzcan por sí mismas discos con los temas de mayor éxito de la temporada o avalen dicha producción aportando su nombre, teniendo gran acogida entre el público asistente a sus locales. La imagen incluida en la portada no se trata por consiguiente de un elemento trascendental del producto en tanto que no se trata de un componente que sea “*importante, esencial o distintivo*”. Lo realmente distintivo de la portada del disco es la marca de la discoteca de mi representada, no una imagen meramente decorativa del diseño relegada a un segundo plano. La absoluta falta de relevancia de la imagen se demuestra reemplazabilidad, en que en nada se hubiesen modificado las características esenciales del producto de haberse utilizado otro modelo o, incluso, otro tipo de imagen, pues no se trata de una obra gráfica que el comprador adquiere por motivo del personaje en ella representado como podría ser un póster o cartel, sino de una obra musical cuyo empaquetado se complementa con una imagen con carácter meramente decorativo o accesorio.

En conclusión, no existe un lucro obtenido con la intromisión susceptible de ser apropiado por la titular del derecho, por lo que no puede estimarse derecho a percibir indemnización en este concepto.

En cuarto término y en cuanto a la determinación de los beneficios que individualmente SPCE IBIZA BCH CLUB, S.L. ha recibido respecto de la comercialización del CD con la imagen en portada, esta parte recuerda que ha obtenido un único precio por la colaboración con A RECORDS, LTD., por valor de 20.000 euros. Como se ha dicho, este precio es en contraprestación de la cesión de su marca para la producción del disco, aunque no en su integridad, pues una parte, 5.000 euros, responden a facturas impagadas por A RECORDS, LTD. de anteriores ediciones del CD.

Es inimaginable que una cantidad que responde a un concepto tan claro como justo pueda imputarse a un provecho en el que mi mandante nada puede haber tenido que ver. De nuevo, es una cantidad fija que responde a un contrato que sea venido novando por anualidades desde hace ya más de cinco años y que compensa a mi representada por aportar el reclamo que logra la buena acogida del producto en el mercado. En modo alguno ha podido tener incidencia en este precio la utilización de la imagen de la actora, por cuanto la cuantía del contrato de cesión no varía en función de los beneficios que obtiene la venta del producto.

Finalmente, debe analizarse el único contrato que la actora aporta como demostración de su “caché” en trabajos similares. Esta parte pone en cuestión ya de inicio, en vista a pericial aportada, que los pactos contenidos en ese contrato respondan a la cotización real en el mercado por lo elevado de las cantidades pactadas en relación con la cuasi nula relevancia pública de la actora y no a la libre voluntad de las partes – en las que *obiter dicta* pudieron mediar otros motivos –, pero en todo caso deberá tomarse como referencia en vistas a rebatirla.

En primer lugar, dicho contrato establece una prima de sesenta mil euros por seis días de rodaje, y la toma de la fotografía en cuestión no pudo durar más de diez minutos. Haciendo una simple regla de tres, y asumiendo un horario laboral de 8 horas, puede decirse que la actora cobraba el módico precio de 21 euros el minuto, que en el supuesto que nos ocupa resultaría en 208 euros. En segundo lugar, se pacta una prima de otros 60.000 euros en el caso en que finalmente adoptase un papel preponderante en la campaña, supuesto que debe descartarse de plano por los argumentos ya tan largamente desgranados.

A dicha cantidad de 208 euros debe sustraerse la comisión del 20%, esto es, 41,6 euros, a favor de la Agencia de representación que intervino en el negocio jurídico pero que como es obvio no habría intervenido en este caso, por lo que estaríamos hablando de un total de 166,4 euros.

Además, el contrato establecía una prohibición de contratar con la competencia durante un año, limitación que en todo caso debe venir remunerada. Esta parte desconoce en qué medida, pero duda que pudiese ser una cantidad inferior a 100 euros que es lo habitualmente exigido en el sector. Por todo ello, lo único a lo que podría aspirar la demandante es a una indemnización de 66,4 euros, cantidad baja pero justa en atención a lo aquí estudiado, y posiblemente coincidente con lo que A RECORDS, LTD debió ofrecerse a satisfacer en las conversaciones que esta alega haber mantenido con la productora.

Por último, debe desestimarse que la utilización de la imagen en autos haya causado en la actora daño emergente o lucro cesante alguno, por cuanto no se ha alegado que haya sido impedimento para la contratación de campañas profesionales como las que alega ha venido protagonizando, ni se ha justificado otro perjuicio económico sufrido.

Por todo lo anterior, esta parte interesa al Tribunal que la cuantificación de la indemnización que estimare a favor de la demandante y que eventualmente se impusiese

a las codemandadas no exceda de la cantidad de SESENTA Y SEIS EUROS CON CUARENTA CÉNTIMOS DE EURO (66,40€), pues ir más allá en la estimación de la reclamación constituiría un lucro no amparado por el derecho, superándose el mero interés de defender el derecho de la demandante. En la eventual imposición, esta parte requiere que se individualicen los daños causados, dado que no puede realizarse una condena solidaria por no haber sido justificado de contrario.

Asimismo, a los Hechos les son de aplicación los siguientes Fundamentos de Derecho

II. JURÍDICO-PROCESALES

PREVIO.- Excepciones procesales por inadecuación de procedimiento y por razón de competencia territorial

De acuerdo con el artículo 405.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC), esta parte opone en este momento procesal, sin perjuicio de su reiteración en la Audiencia Previa, la excepción procesal por inadecuación de procedimiento, por haberse incoado por el cauce del procedimiento especial del artículo 249.1 apartado 2º LEC de tutela del derecho al honor, a la intimidad personal y a la propia imagen; cuando debiese haberse tramitado por el procedimiento declarativo ordinario por razón de cuantía, en este caso, y de acuerdo con la cuantía del procedimiento, por el juicio ordinario de acuerdo con el artículo 249.2 LEC.

En tanto que la demandada acciona por la protección de su derecho de imagen en su vertiente patrimonial, por haber sufrido un perjuicio económico de índole contractual y no moral por los motivos que se en lo sucesivo, dicha protección no es sino objeto de protección procesal común, por cuanto el Tribunal Supremo en su reiterada jurisprudencia, por todas, Sentencia del Tribunal Supremo 3256/2001 (Sala de lo Civil), de 20 de abril de 2001 (Ponente: Don José de Asís Garrote; ID CENDOJ: 28079110012001101956), ha venido exigiendo que se ventilase por vía de procedimientos declarativos ordinarios en razón de cuantía económica, lejos del procedimiento especial por razón de materia en protección judicial de derechos fundamentales.

Por tratarse de un procedimiento en reclamación de cuantía ascendente a 20.000 euros, corresponde al tribunal ventilar la cuestión por el cauce del juicio ordinario, de acuerdo con el artículo 249.2 LEC.

A pesar de haberle precluido a esta parte la oportunidad procesal para contestar el procedimiento elegido de contrario para ventilar la cuestión, es oportuno mencionar que de apreciarse la excepción procesal expresada anteriormente, el artículo 50 LEC establece que el tribunal territorialmente competente para conocer de la causa debe ser el del domicilio del demandado. Estándose a que en este procedimiento existen dos demandados, y de acuerdo con el artículo 53.2 LEC, la actora debiera haber optado por

presentarla ante el tribunal territorialmente competente bien en el domicilio de mi representada, esto es, en Ibiza, o en la de la codemandada, en Londres. En todo caso, de estimarse que el procedimiento debería haberse accionado por la vía del juicio ordinario por razón de materia, no podrá ser procedente aplicar el fuero especial por razón de materia consagrado 53.1 apartado 6º LEC y apelado por la contraparte, por lo que deberá estimarse la presente excepción procesal por razón de competencia territorial.

PRIMERO.- Capacidad procesal y representación

Respecto a la demandante, y en hasta donde conoce esta parte, es mayor de edad, en pleno disfrute de sus derechos civiles y capacidad de obrar, por lo que de acuerdo con el artículo 6.1 apartado 1º y 7.1 LEC tiene capacidad para ser parte y comparecer por sí misma en este procedimiento.

Con relación a mi mandante, está legalmente constituida y tiene plena capacidad para ser parte de este proceso y comparecer en juicio, en aplicación del artículo 6.1 apartado 3º y 7.1 LEC, y comparece debidamente representada por su administrador único.

En cuanto a la codemandada, y en hasta donde conoce esta parte, está legalmente constituida y tiene plena capacidad para ser parte de este proceso y comparecer en juicio, de acuerdo con el artículo 6.1 apartado 3º y 7.1 LEC, aunque en tanto que persona jurídica deberá comparecer debidamente representada por la persona física que le represente.

SEGUNDO.- Postulación y defensa

De acuerdo con los artículos 23 y 31 LEC, la demandada comparece representada de procurador habilitado para actuar en la demarcación del Partido Judicial de Barcelona, en virtud de poder general para pleitos que acompaño para su unión a los autos solicitando la devolución del original; bajo la dirección letrada de la abogada ejerciente en el Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona con número de colegiación 00000.

TERCERO.- Legitimación

Ciertamente, de acuerdo con el artículo 10 LEC, la legitimación activa recae en el titular del derecho a la propia imagen por tratarse de un derecho personalísimo e indisponible. En caso de fallecer el titular, esta legitimación se extiende a sus herederos, a quienes se les transmiten los derechos económicos, y, en último término, al Ministerio fiscal. Sin embargo, esta parte se muestra disconforme con lo alegado de contrario respecto a la legitimación pasiva de este procedimiento, puesto que mi mandante no ha intervenido y por lo tanto no ha podido causar la lesión al derecho de imagen cuya protección reclama la actora.

CUARTO.- Jurisdicción

Conformes con la atribución, de acuerdo con el artículo 9.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, a los Juzgados del Orden Civil.

QUINTO.- Competencia objetiva

Conformes con la atribución del asunto en primera instancia al Juzgado de Primera Instancia de acuerdo con el artículo 85.1 LOPD y 45 de la LEC.

SEXTO.- Competencia territorial

Disconformes por lo desarrollado en el argumento jurídico-procesal Previo. El tribunal competente debe aquél competente en cualquiera de las residencias de los demandados y no del demandante, conforme al artículo 53.2 LEC.

SÉPTIMO.- Competencia territorial

Disconformes por lo tratado en el argumento jurídico-procesal Previo. En vistas a los hechos de la demanda, corresponde ventilar el litigio por razón de cuantía superior a 6.000 euros, esto es, por el cauce del juicio ordinario del artículo 249.2 LEC.

Por todo ello,

AL JUZGADO SOLICITO que teniendo por presentado este ESCRITO DE CONTESTACIÓN A LA DEMANDA, en tiempo y en forma, y admitiéndolo, se sirva tener por contestada la demanda en los autos de referencia y, previos los trámites de Ley, dicte Sentencia por la que desestime íntegramente la demanda, absolviendo a mi mandante de los pedimentos formulados de contrario, con expresa condena en costas a la parte actora, y lo demás que en Derecho proceda. En su virtud,

Por ser de Justicia que se pide en Barcelona, a 20 de febrero de 2007.

OTROSÍ PRIMERO DIGO que subsidiariamente, de apreciarse la intromisión ilegítima alegada de contrario, se absuelva de ella a esta parte por no haber intervenido en su perpetración y por consiguiente tampoco se le condene en costas. Por lo expuesto,

DE NUEVO SOLICITO que, teniendo por efectuada la anterior manifestación, se sirva acordar lo que proceda.

Es de Justicia que pido en lugar y fecha indicados ut supra.

OTROSÍ SEGUNDO DIGO que con subsidiaridad a la anterior petición, si se condena a mi representada en el pago de la indemnización pedida por la actora, esta se cuantifique con arreglo a los criterios aquí argumentados con un límite de cuantía de SESENTA Y SEIS EUROS CON CUARENTA CÉNTIMOS DE EURO (66,40 €), que en todo caso no se impute a esta parte en carácter de condena solidaria con la codemandada sino que se individualice en función de la participación que se estime que haya tenido cada una de las demandadas, y en todo caso no se impongan las costas a esta parte por no estimarse todas las pretensiones de la actora. Por lo expuesto,

DE NUEVO SOLICITO que, teniendo por efectuada la anterior manifestación, se sirva acordar lo que proceda.

Es de Justicia que pido en lugar y fecha indicados ut supra.

María Clara Deulofeu Expósito
Procuradora del ICPB

Eulàlia Roca Grau
Letrada ICAB n.º 000000



UNIVERSITAT DE
BARCELONA

FACULTAT DE DRET



EL DERECHO A LA PROPIA IMAGEN EN SU EXPLOTACIÓN COMERCIAL

Posición B del Caso práctico 3

Resolución del supuesto de hecho relativo a una supuesta intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen desde la posición de abogado de la mercantil demandada

ROCA GRAU, Eulàlia

NIUB: 16190005

Trabajo Final de Máster

Máster de la Abogacía 2017-2018

*Universitat de Barcelona - Il·lustre Col·legi
de l'Advocacia de Barcelona*

Dr. Dos Santos

Departamento de Derecho Privado

RESUMEN

El presente dictamen tiene por objeto el estudio del tratamiento procesal y sustantivo del ámbito de protección jurisdiccional y legal del derecho a la imagen en su dimensión patrimonial.

Con la finalidad de desarrollar el análisis del derecho positivo en su aproximación más casuística, el estudio se plantea enmarcado en un supuesto de hecho basado en hechos reales y de actualidad que exponen la posible intromisión ilegítima al derecho a la propia imagen por explotación comercial no consentida. Este escenario es analizado desde la posición partidista que necesariamente debe tomar el letrado, en este caso desde la posición de abogado de la parte demandada. Desde la óptica de esta posición procesal, se resuelven asimismo cuestiones estrictamente relativas a la relación del abogado con su cliente.

Para la resolución de las cuestiones planteadas han sido analizadas legislación sustantiva aplicable, normas procesales y doctrina jurisprudencial de los órdenes civil y constitucional, todo ello teniendo en cuenta dos puntos de referencia temporal distintos: el coetáneo al supuesto de hecho y el contemporáneo.

Palabras clave: Derecho de imagen, Derecho a la propia imagen, Derecho al honor, intromisión ilegítima, lesión moral, Derechos constitucionales, Derechos fundamentales, Derechos patrimoniales.

ABSTRACT

The purpose of this legal opinion is to study the procedural and substantive treatment of the jurisdictional and legal protection of the right to the own image in its patrimonial dimension.

In order to develop the analysis of positive law in its most casuistic approach, the study is framed in a set of facts based on real and current events that expose the possible illegitimate interference with the right to one's own image by a non-consensual commercial exploitation. This scenario is analysed from the partidist position which shall necessarily be taken by the lawyer, in this case from the position of lawyer of the defendant. From the point of view of this procedural position, issues strictly related to the lawyer's relationship with his client are also addressed.

Applicable substantive legislation, procedural rules and jurisprudential doctrine of civil and constitutional orders have been analysed for the resolution of the issues proposed, all taking into account two different points of reference in time: the time period coetaneous to that of the set of facts and the contemporaneous time.

Key words: *Right to the own image, Right to image, Right to honour, illegitimate interference, moral damage, Constitutional rights, Fundamental rights, Economic rights.*

ÍNDICE

DICTAMEN	3
1. APROXIMACIÓN AL SUPUESTO DE HECHO	3
1.1. Hechos y datos en los que se basa el supuesto	3
1.2. Documentación	4
1.2.1. Documentación otorgada.....	4
1.2.2. Documentación no aportada.....	4
1.3. Cuestiones planteadas	5
1.3.1. Cuestiones sustantivas.....	5
1.3.2. Cuestiones procesales.....	5
1.3.3. Otras cuestiones interesadas	5
2. RESOLUCIÓN DE LAS CUESTIONES PLANTEADAS	6
2.1. Fuentes aplicables al caso	6
2.1.1. Normativa aplicable	6
2.1.2. Doctrina jurisprudencial en la materia	9
2.2. Calificación jurídica de los hechos	13
2.2.1. Fundamentos de derecho de carácter sustantivo de la contestación a la demanda	13
2.3. Cuestiones procesales	24
2.3.1. Fundamentos de derecho de carácter adjetivo de la contestación a la demanda...	24
2.3.2. Encabezamiento y <i>petitum</i> de la demanda.....	27
2.3.2.1. Encabezamiento del escrito de contestación a la demanda.....	27
2.3.2.2. <i>Petitum</i> del escrito de contestación a la demanda.....	27
2.3.3. Instructa.....	28
2.3.4. Proposición de prueba	29
2.3.5. Listado de preguntas a realizar en el interrogatorio.....	31
2.4. Asesoramiento al cliente	32
2.4.1. Probabilidad de éxito.....	32
2.4.2. Coste del procedimiento.....	33
2.4.2.1. Tasas judiciales.....	33
2.4.2.1. Honorarios, hoja de encargo y provisión de fondos.....	34
2.4.3. Probabilidad de obtener condena en costas	36
2.4.4. Posibilidad de recurso y ante qué instancias	37
2.5. Conclusiones.....	37
3. EMISIÓN DEL DICTAMEN	40
BIBLIOGRAFÍA	42
ANEXO I. HECHOS DEL SUPUESTO DE HECHO	45
ANEXO II. CONTESTACIÓN A LA DEMANDA	51

DICTAMEN

1. APROXIMACIÓN AL SUPUESTO DE HECHO

1.1. Hechos y datos en los que se basa el supuesto

Los hechos contenidos en el supuesto de hecho se redactan en forma de “Hechos de la demanda” y “hechos de la contestación de la demanda”, que se incorporan al presente trabajo en el Anexo I y se resumen para la mejor comprensión del lector en el presente apartado.

Durante el verano de 2006 la demandante Doña Ana Claudia Aranjuez Roldán¹, modelo de profesión, acudió al local de ocio nocturno de la codemandada Spce Ibiza Bch Club, S.L., donde se le tomó al menos una fotografía portando material promocional de la discoteca que fue posteriormente utilizada, aislando su figura del entorno, como elemento gráfico de la portada de un CD producido por la codemandada A Records, Ltd. en colaboración con la mercantil ibicenca. La demandante tomó conocimiento de este hecho al tomar contacto con material promocional de dicho producto, disponible al público en plataformas de venta *online*, pues no había sido previamente informada y no le había sido recabado el consentimiento para la explotación comercial de unas fotografías que reconoce ser consciente de que le habían sido tomadas.

Tras estos hechos la demandante se puso en contacto con las mercantiles solicitando el cese de la intromisión ilegítima a su derecho a la propia imagen, peticiones que no fueron atendidas convenientemente de acuerdo con sus expectativas ni en aquél primer contacto ni en las contestaciones de sendos burofaxes que les remitió. En sus respectivas contestaciones, A Records, Ltd. reconoce la infracción pero a juicio de la interesada propone una satisfacción insuficiente de los perjuicios causados, y Spce Ibiza Bch Club, S.L. niega haber intervenido en modo alguno en la toma, cesión, utilización y explotación económica de la fotografía controvertida. Tras estos infructuosos intentos extraprocesales de resolver la cuestión, la demandante insta una acción en protección de su derecho constitucional por el cauce del procedimiento especial de tutela del derecho al honor, a la intimidad personal y a la propia imagen derechos contra las mercantiles Spce Ibiza Bch Club, S.L. y A Records, Ltd. cuya *petitum* no viene planteada en la redacción del supuesto de hecho a resolver en el presente Dictamen.

Cabe añadir que por aclaraciones efectuadas por el Director del presente dictamen en el marco de las reuniones de seguimiento, debe precisarse que (i) se presume que la contestación de la demanda se presenta a inicios de 2007, en términos de legislación aplicable y la imposibilidad de oponer excepciones por prescripción y caducidad; (ii) los hechos alegados por las partes en el enunciado del caso se tienen por ciertos, y (iii) se tienen por no impugnadas las pruebas aportadas en los hechos de la demanda y de la contestación.

¹ Nota: los nombres propios utilizados en la redacción del presente Dictamen han sido seudonimizados y no se corresponden con la realidad. Cualquier coincidencia será meramente por razones del azar.

1.2. Documentación

1.2.1. Documentación otorgada

En la redacción de los antecedentes de hecho, la demandante dice aportar la siguiente documentación:

- Como Documento Uno, la carátula del CD “A Records *Presents* SPCE IBIZA *mixed by* D. Picci”;
- Como Documento Dos, fotos tomadas de un local de Ibiza de carteles y pancartas publicitarias del CD;
- Como Documento Tres, 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.
- Como Documento Cuatro, revista “Pcha”, de julio-agosto de 2006, en su página 12 en la que se reproduce la fotografía del CD;
- Como Documento Cinco, captura de la página web de Amazo.com con la imagen del CD, en fecha de 23 de enero de 2007;
- Como Documento Seis, captura de la página web de Virgin con la imagen del CD, en fecha 23 de enero de 2007;
- Como Documento Siete, contrato de “consentimiento y publicación: personajes secundarios”, de fecha 16 de agosto de 2006;
- Como Documento Ocho, carta certificada enviada a A Records, Ltd., con fecha 7 de diciembre de 2006;
- Como Documento Nueve, burofax enviado a A Records, Ltd., con fecha 20 de diciembre de 2006, y,
- Finalmente, como Documento Diez, burofax a Spce Ibiza Bch Club, S.L., con fecha 4 de diciembre de 2006.

En la redacción de los antecedentes de hecho por la demandada no se mencionan documentos aportados más allá de:

- Documento Uno: factura por la cesión derechos de marca.

1.2.2. Documentación no aportada

Entre la documentación que no se aporta, evidentemente, se encuentra la autorización para la utilización de la imagen del interesado, documento que de aportarse en este momento procesal reconfiguraría el supuesto de hecho desvirtuando sus mismos objetivos y el contenido del presente trabajo, por lo que debe descartarse su existencia.

Sin embargo, el supuesto de hecho insinúa la existencia de documentos no aportados que sí podrían formar parte de la prueba documental de la demandada, y dado que su trascendencia es relativa por ya haberse apuntado su contenido en los hechos expuestos, permite enriquecer la estrategia procesal de esta parte. Entre esta documentación encontramos:

- Prueba de la difusión pública de la imagen de la interesada, acaso en situaciones similares (fiestas, discotecas, baile), adjuntado a la contestación como Documento Dos;
- La contestación al burofax recibido en fecha 4 de diciembre de 2006, adjuntado a la contestación como Documento Tres;
- Contrato de prestación de servicios entre Spce Ibiza Bch Club, S.L. y el fotógrafo autónomo D. JUAN RETRATISTA CAMARÓN, adjuntado a la contestación como Documento Cuatro;
- El contrato cesión de marca entre Spce Ibiza Bch Club, S.L. y A Records, Ltd., adjuntado a la contestación como Documento Cinco;
- Cadena de correos entre el departamento de diseño de A Records, Ltd. y el de Spce Ibiza Bch Club, S.L., adjuntado a la contestación como Documento Seis
- Informe pericial sobre datos estadísticos relativos al reconocimiento de por parte del público objetivo, adjuntado a la contestación como Documento Siete;
- Capturas de pantalla de distribuidores *online* del disco, adjuntado a la contestación como Documento Ocho,
- Comparativa entre índices de volúmenes de venta del disco en sus promociones de 2005 y 2006, adjuntado a la contestación como Documento Nueve.

1.3. Cuestiones planteadas

1.3.1. Cuestiones sustantivas

Como abogada de la parte demandada:

- Redacte los fundamentos de derecho de carácter sustantivo,
- Incluya Sentencias del Tribunal Supremo y señale la *ratio decidendi* aplicable al caso.

1.3.2. Cuestiones procesales

Como abogada de la parte demandada:

- Redacte los fundamentos de derecho de carácter adjetivo;
- Incluya Sentencias del Tribunal Supremo y señale la *ratio decidendi* aplicable al caso;
- Redacte formalmente la contestación de la demanda, y
- Haga la proposición de la prueba e inestructa y el listado de preguntas a realizar en el interrogatorio.

1.3.3. Otras cuestiones interesadas

Como abogado de la parte demandada, asesore a su cliente en las siguientes materias:

- Sobre la probabilidad de éxito;
- Sobre el coste del procedimiento, por intervención de abogado y procurador;
- Sobre la posibilidad de obtener condena en costas, y
- Sobre la posibilidad de recurso y ante qué instancias.

2. RESOLUCIÓN DE LAS CUESTIONES PLANTEADAS

2.1. Fuentes aplicables al caso

La configuración legislativa y jurisdiccional en el ámbito civil del derecho a la propia imagen en su uso para fines publicitarios o comerciales.

2.1.1. Normativa aplicable

La protección legislativa del derecho constitucional a la propia imagen se consagra, junto al derecho al honor y el derecho a la intimidad personal, en el artículo 18.1 de la Constitución española (en adelante referida como “**CE**”), esto es, dentro de la sección reguladora de los derechos fundamentales y las libertades públicas. Dicho artículo 18.1. CE reza “*Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen*”. En tanto que derecho fundamental, sus garantías legislativas vienen a regularse en la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, *sobre protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen* (en adelante, “**LO 1/1982**”). Es aquí impropio analizar la posible aplicación de leyes forales, pues el desarrollo de los derechos y libertades constitucionales es materia reservada a las leyes orgánicas y por lo tanto es competencia del Estado.

Efectuada esta primera introducción al ámbito normativo aplicable, se acota ahora al supuesto de hecho que sirve de base de estudio, que presenta la posible violación del derecho de la modelo a la propia imagen por haberse explotado publicitariamente su fotografía sin su consentimiento. Estos hechos son subsumibles en lo que el artículo 7.6 LO 1/1982 define como intromisión ilegítima por haberse utilizado “*la imagen de una persona para fines publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga*”. Sin embargo esta afirmación no está exenta de salvedades, que vienen a consagrarse en el artículo 8 de la misma Ley Orgánica, entre las que destacan las contenidas en las letras “a” y “c” de su primer apartado, que son supuestos que la protección del derecho de imagen no puede impedir.

Esta letra “a” es de gran apoyo para la parte demandada, al establecer una excepción al derecho de imagen en el sentido de que no podrá impedirse, basándonos en él, la *captación, reproducción o publicación por cualquier medio cuando se trate de personas que ejerzan un cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública y la imagen se capte durante un acto público o en lugares abiertos al público*. En primer término, porque puede inferirse de la profesión de la demandante sus notas intrínsecas de notoriedad o proyección pública, indistintamente de que se alcancen o no, y en segundo, porque puede razonablemente entenderse que la imagen en contienda fue tomada en la vía pública o en un local abierto al público.

Sin embargo, la subsunción de los hechos del supuesto en la letra “c” del mismo apartado es ya de más difícil justificación. El contenido literal de dicha disposición reza que el derecho de imagen no impedirá la *información gráfica sobre un suceso o acaecimiento público cuando la imagen de una persona determinada aparezca como*

meramente accesoria. De inicio podría pensarse en la línea argumental de la accesoriedad de la imagen en material difundido en relación con la toma de una fotografía en un espacio abierto al público, pero es imposible la justificación de que se difunde como elemento accesorio al principal cuando en atención a la norma dicho adjetivo se predica exclusivamente referido a un contenido informativo, esto es, en pos de la salvaguarda del derecho a la libertad de información. Por ello, debe abandonarse este argumento por no poder prosperar razonablemente.

Por la especial configuración constitucional del derecho a la propia imagen, las acciones que se interpusieren en su defensa deberán tramitarse por medio de un procedimiento basado en la preferencia y la sumariedad, como lo es el previsto en el artículo 249.1.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (“**LEC**”), contando además con la vía del recurso de amparo constitucional una vez ultimada la vía ordinaria de amparo civil.

Sin embargo, y como se desarrollará seguidamente, el derecho a la imagen tiene así mismo una dimensión no amparada en el texto constitucional: la dimensión patrimonial del derecho, cuya regulación únicamente prevé protección legal. Esta dimensión patrimonial se concreta en la actividad económica que tiene por objeto la transacción de la imagen como bien en sí misma, pues no hay que olvidar que es una facultad a disposición de su titular. Como actividad habitual en la que se enmarcan dichas transacciones, encontramos precisamente la actividad del profesional actor o modelo que cede su imagen para fines publicitarios o comerciales. Aquí es donde la profesión o transacciones reiteradas del titular del derecho ponen de manifiesto el límite del derecho constitucional y así, como se desarrollará en el punto siguiente, lo ha sentenciado nuestra doctrina jurisprudencial: la protección del artículo 7.6 LO 1/1982 se configura en favor de las personas anónimas que no rentabilizan económicamente su derecho, pero no de aquellas que viven de su explotación y aprovechan el texto constitucional para sobredimensionar unas lesiones que tienen un carácter meramente pecuniario.

En segundo lugar, debe estudiarse si bajo el amparo de la normativa citada anteriormente la demandante tiene posibilidad de encontrar protección jurisdiccional a derechos en conexión con el derecho a la imagen, como son el derecho al honor y el derecho a la intimidad personal y familiar.

En tercer lugar, porque la imagen es un dato que permite la identificación de su titular, su tratamiento debe estudiarse bajo la óptica de la normativa relativa a la protección de datos de carácter personal. En este sentido, encontramos que en el momento actual se encuentra plenamente vigente y aplicable el Reglamento General de Protección de datos (“**RGPD**”), que da una configuración a este dato personal como de tipología especial, por tratarse de un dato biométrico, cuyo tratamiento se prohíbe salvo cuando concurren las excepciones del artículo 9 RGPD. Empero, los hechos deben analizarse desde su perspectiva temporal, el verano de 2006, cuando la normativa en vigor no era sino la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, *de Protección de Datos de Carácter Personal* (LOPD), y su reglamento de desarrollo, el Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre (RLOPD). Debe apuntarse ya en este momento que si bien esta normativa exige que el tratamiento de datos personales sea convenientemente informado a su titular, así como

consentido por este, existe una excepción que excluye la lesión por tratamiento ilegítimo cuando fuese el propio interesado el que pusiese el dato personal en cuestión al acceso del público.

Por último debe abordarse la normativa aplicable en materia de resarcimiento por daños y perjuicios irrogados por la intromisión ilegítima o simple lesión patrimonial que, en su caso, pudiese estimarse.

Por encontrar su regulación en *lex specialis*, la reparación de los daños y perjuicios causados por intromisión ilegítima en los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen deben tratarse de acuerdo con las disposiciones contenidas en la LO 1/1982, y en concreto, en su artículo noveno, que regula tanto las medidas para poner fin a dicha intromisión como las reglas de cuantificación de la indemnización resarcitoria. En el segundo de los apartados de este artículo se preceptúa que, en caso de intromisión ilegítima, deberán adoptarse “*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 encontramos: (i) medidas cautelares encaminadas al cese inmediato de la intromisión ilegítima; (ii) el reconocimiento del derecho a replicar, (iii) la difusión de la sentencia y (iv) la condena a indemnizar los perjuicios causados. Es en el tercer apartado del mismo artículo donde encontramos las reglas de cuantificación de la indemnización a percibir por el agraviado por el perjuicio sufrido, cuya producción se presumirá en todo caso. Así, se regula que 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*”.

Finalmente, respecto a la eventual apreciación de lesión patrimonial, la indemnización por daños y perjuicios vendría a cuantificarse de acuerdo con las normas de responsabilidad extracontractual del Código Civil español, pues debe desestimarse la aplicación de a legislación foral catalana por tener lugar los hechos en el territorio de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares. En este territorio existe únicamente una ley foral que podría ser potencialmente aplicable, el Decreto Legislativo 79/1990, de 6 de septiembre, *por el que se aprueba el texto refundido de la compilación del derecho civil de las Islas Baleares*, que sin embargo no regula la materia por lo que debemos remitirnos al Derecho civil común.

Por lo anterior, la legislación aplicable al supuesto de hecho y por consiguiente estudiada en el presente Dictamen es la siguiente:

- Ley 50/1980, de 8 de octubre, *de Contrato de Seguro*, aplicada por analogía.
- Ley 1/2000, de 7 de enero, *de Enjuiciamiento Civil*;
- Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, *del Tribunal Constitucional*;
- Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, *sobre protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen*;

- Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, *del Poder Judicial*;
- Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, *de Protección de Datos de Carácter Personal*.
- Código Civil español, aprobado por el Real Decreto de 24 de julio de 1889, *por el que se publica el Código Civil*;
- Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal, aprobado por el Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, *por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal*.
- Reglamento (UE) 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*.

Además, por ser necesaria para resolver las cuestiones de relativas a las responsabilidades y derechos del letrado, se trata la siguiente normativa:

- Criterios de Honorarios del Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona, de noviembre de 2004;
- Criterios de Honorarios del Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona, de enero de 2010;
- Ley 15/2007, de 3 de julio, *de Defensa de la Competencia*;
- Código de Consumo de Cataluña, aprobado por la Ley 22/2010, de 20 de julio, *del Código de consumo de Cataluña*;
- Estatuto General de la Abogacía, aprobado por el Real Decreto 658/2001, de 22 de junio, *por el que se aprueba el Estatuto General de la Abogacía Española*;
- Real Decreto 1373/2003, de 7 de noviembre, *por el que se aprueba el arancel de derechos de los procuradores de los tribunales*,
- Normativa de la Abogacía Catalana, aprobada por la Resolución JUS/880/2009, de 24 de marzo, *por la que, habiendo comprobado previamente su adecuación a la legalidad, se inscribe en el Registro de Colegios Profesionales de la Generalidad de Cataluña la Normativa de la Abogacía Catalana*.

Como última precisión, mencionar que si se toman como referencia los criterios aprobados por el Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona por estarse actuando en su ámbito en atención al artículo 44.1 del Estatuto General de la Abogacía Española.

2.1.2. Doctrina jurisprudencial en la materia

La doctrina jurisprudencia del Tribunal Constitucional configura el derecho constitucional a la propia imagen en dos vertientes o facultades: (a) la vertiente o facultad positiva como derecho a disponer libremente del ámbito de utilización de la propia imagen, el derecho a determinar el ámbito de captación o reproducción, y (b) la vertiente

o facultad negativa como el derecho a impedir la intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen, delimitando el ámbito de captación o reproducción de la imagen sin consentimiento de su titular (excepto limitaciones legales). Así la Sentencia del Tribunal Constitucional 139/2001 (Sala Segunda), de 18 de junio de 2001 (Ponente: Don Pedro Cruz Villalón; ECLI:ES:TC:2001:139) el derecho a la propia imagen *“atribuye a su titular un derecho a determinar la información gráfica generada por sus rasgos físicos personales que puede tener difusión pública” que 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.”*

La doctrina jurisprudencial civil y constitucional ha resuelto señalar que la explotación económica del derecho a la imagen es una consecuencia necesaria de esa vertiente positiva del derecho, pero que sin embargo origina una protección que escapa del ámbito constitucional, dado que el bien jurídico protegido, aunque digno de protección y efectivamente protegido por nuestro ordenamiento, es distinto de los propios de un derecho de la personalidad y por consiguiente no forma parte del contenido del derecho fundamental del artículo 18.1 CE. Así lo dictamina la Sentencia del Tribunal Constitucional 81/2001 (Sala Segunda), de 26 de marzo de 2001 (Ponente: Don Carles Viver Pi-Sunyer; ECLI:ES:TC:2001:81) *“Es cierto que en nuestro Ordenamiento especialmente en la Ley Orgánica 1/1982 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”* (FJ 2). Unos meses más tarde, en la Sentencia del Tribunal Constitucional 156/2001 (Sala Segunda), de 2 de julio de 2001 (Ponente: Don Carles Viver Pi-Sunyer; ECLI:ES:TC:2001:156) *“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, aunque son dignos de protección y en nuestro Ordenamiento se encuentran protegidos -en especial en la Ley Orgánica 1/1982, (...)-, no forman parte del contenido del derecho fundamental a la propia imagen que consagra el art. 18.1 CE.”* (FJ 6).

En otro orden de cosas, reiterada doctrina del TC coincide en definir el derecho a la propia imagen como un derecho de configuración autónoma y con sustantividad propia respecto del derecho al honor y el derecho a la intimidad personal y familiar (también consagrados en el art. 18.1. CE). Según esta línea jurisprudencial, desarrollada entre otras en la citada Sentencia del Tribunal Constitucional 81/2001 (Sala Segunda), de 26 de marzo de 2001 (Ponente: Don Carles Viver Pi-Sunyer; ECLI:ES:TC:2001:81), (FJ 2), la vulneración de cualquiera de estos dos últimos derechos no vendría a ser requisito para apreciar vulneración al derecho a la propia imagen, sino que de concurrir vendría únicamente a acrecentar el perjuicio producido por vulnerarse más de un derecho constitucional. En virtud de esta doctrina, la eventual apreciación de intromisión de legítima de más de uno de los derechos consagrados en el artículo 18.1 CE exige el

cumplimiento previo de un requisito de procedibilidad, pues “[la] especificidad de cada uno de estos derechos impide considerar subsumido en alguno de ellos las vulneraciones de los otros derechos que puedan ocasionarse a través de una imagen que muestre, además de los rasgos físicos que permiten la identificación de la persona, aspectos de su vida privada, partes íntimas de su cuerpo o la represente en una situación que pueda hacer desmerecer su buen nombre o su propia estima.” (FJ 3), (Sentencia del Tribunal Constitucional 156/2001 (Sala Segunda), de 2 de julio de 2001 (Ponente: Don Carles Viver Pi-Sunyer; ECLI:ES:TC:2001:156).

De esta forma se exige que la parte demandante alegue la intromisión de cada uno de los derechos autónomamente considerados con el fin de posibilitar la decisión del Tribunal de primera instancia o de posteriores instancias, ya que no se estiman ulteriores reclamaciones alegando que, por ejemplo, “*bajo el nomen iuris de derecho a la propia imagen, en realidad se está haciendo referencia también al derecho a la intimidad*”. En este respecto debe precisarse que el supuesto de hecho nada dice acerca de las peticiones de contrario, de modo que debe efectuarse la ficción de que así se hace.

Respecto de una hipotética intromisión ilegítima en el derecho al honor, debe apreciarse la gran importancia que doctrinalmente se atribuye a la adecuación de la normativa a la contemporaneidad de los hechos y a los usos sociales: así en la Sentencia del Tribunal Supremo 371/2002 (Sala de lo Civil), de 25 de enero 2002 (Ponente: Don Antonio Guillon Ballesteros; ID CENDOJ: 28079110012002101691), se desestima haber lugar a declarar intromisión ilegítima al derecho al honor de una persona física a quien habían explotado la imagen y nombre para fines comerciales, atribuyéndosele una frase que no había pronunciado, “*al basarse exclusivamente en consideraciones meramente subjetivas sobre cuándo existe infracción de sus derechos, siendo así que el art. 2o de la Ley 1/82 se refiere a los "usos sociales" para delimitar el ámbito de protección de los mismos.(...) Es claro que las mismas no constituyen en el sentir social el más mínimo ataque al honor*” (FJ 2).

Respecto a la intromisión ilegítima al derecho a la imagen, debe tenerse presente que en la mayoría de ocasiones, en contra del criterio de esta parte, se viene estimando la lesión en cuanto faltan los requisitos de previa información y consentimiento del interesado. Así, y sobre todo a efectos de asesoramiento del cliente, debe traerse a colación la siguiente sentencia a modo ilustrativo, ya que plantea un escenario parecido al obrante en el supuesto de hecho: la Sentencia del Tribunal Supremo 8124/2007 (Sala de lo Civil), de 28 de noviembre de 2007 (Ponente: Don José Ramón Ferrándiz Gabriel; ID CENDOJ: 28079110012007101273). Esta sentencia habla de los límites del derecho a la imagen “*dicha fotografía, tomada en plena competición, únicamente podía publicarse sin consentimiento de los interesados a fines de mera información, pero nunca para fines publicitarios o comerciales, ya que el derecho fundamental a la propia imagen podía ceder ante otro derecho del mismo rango, como el de información, pero no "ante el mero interés crematístico de un tercero"* (FJ 3).

Como parte del desarrollo de la base doctrinal de la figura de la intromisión ilegítima, como se ha dicho anteriormente, no es aconsejable argumentar la excepción de

accesoriedad de la imagen por configurarse en protección al derecho de información: *“las fotografías se podían publicar “sin precisión de un permiso especial de la fotografiada por ser las imágenes difundidas accesorias de un artículo periodístico cuya difusión se halla permitida en aras de la libertad de información” (Sentencia del Tribunal Supremo 707/1998 (Sala de lo Civil), de 7 de julio de 1998 (Ponente: Don José Luis Albacar López; ID CENDOJ: 28079110011998101452), (FJ 3); y “el concepto de “accesoriedad” de la Ley (atr. 8.2.a) hace referencia “a lo que es objeto principal de la noticia o reportaje gráfico” (sentencia de 19 de octubre de 1992), no concurriendo cuando no guarda relación con el contenido de la información escrita (sentencia de 19 de octubre de 1992) pero si en otro caso (sentencias de 21 de octubre y 28 de octubre de 1966, 7 de julio y 25 de septiembre de 1998, 27 de marzo de 1999 y 23 de abril de 2000)” (Sentencia 218/2004 del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 17 de marzo de 2004 (Ponente: Don Pedro González Poveda; ID CENDOJ: 28079110012004100177), (FJ 2).*

En cuanto a la cuantificación económica de los perjuicios causados para la determinación de la indemnización, debe estudiarse separadamente el daño material irrogado del daño moral.

En cuanto al daño moral, es muy ilustrativa la Sentencia del Tribunal Supremo 7859/2002 (Sala de lo Civil), de 25 de noviembre 2002 (Ponente: Don Antonio Guillon Ballesteros; ID CENDOJ: 28079110012002102524), en la que se aprecia el alcance moral de la lesión en circunstancias análogas a las del supuesto de hecho: *“ha de tenerse en cuenta que era una conocida top-model internacional, que hace de la exhibición de su imagen para publicitar objetos o marcas su legítima profesión, por lo que no hay duda de que es persona acostumbrada a negociar sobre ese bien de la personalidad. Parece pues que no cabe considerarla como una persona anónima, que por mor de un reportaje gráfico sale de ese estado contra su voluntad. La actora, evidentemente que tiene derecho al respeto de su imagen, pero cuando ella ha posado para la obtención de las fotografías litigiosas el único problema es el de si se han publicado sin su consentimiento o no. Por ello es limitado el daño moral que puede alegarse para su compensación pecuniaria” (FJ3).* Más allá de esta primera limitación, la sentencia conviene en definir el daño moral en distinción del daño patrimonial dado que *“[la] moderna doctrina jurídica abandonó hace tiempo la distinción entre daños con repercusión s[o]lo en la persona física o psíquica de la víctima, y con repercusión también en su patrimonio. La más autorizada sostiene que el daño moral debe reducirse al sufrimiento o perturbación de carácter psicofísico en el ámbito de la persona a consecuencia de lesiones de derechos de la personalidad” (FJ3).* Así las cosas, la cuantificación del daño patrimonial sufrido no podrá realizarse por aplicación de la LO 1/1982 sino que deberá aplicarse las normas tradicionales de cuantificación de la responsabilidad civil extracontractual, que abarcan la reparación del daño efectivamente causado, así como el lucro cesante y el daño emergente. La cuantificación de tales daños será realizada por el Tribunal, pero ello no significa que la actora no deba justificar los criterios a utilizar, pues en otro caso se produciría indefensión en la demandada.

Finalmente, respecto de la condena solidaria en materia indemnizatoria, apreciar que la Sala de lo civil del Tribunal Supremo “*viene declarando que cuando no está individualizada la responsabilidad personal de cada uno de los intervinientes, ha de decretarse la responsabilidad solidaria, tendente a dotar de mayor eficacia, (...) si bien no se aprecia motivo que eluda su aplicación*”, Sentencia del Tribunal Supremo 218/2004 (Sala de lo Civil), de 17 de marzo de 2004 (Ponente: Don Pedro González Poveda; ID CENDOJ: 28079110012004100177), (FJ 1). En todo caso, debe recordarse que la parte responde por acto propio (por no ser un supuesto subsumible en las excepciones de responsabilidad por hecho ajeno), por lo que debe demostrarse la relación de causalidad.

2.2. Calificación jurídica de los hechos

2.2.1. Fundamentos de derecho de carácter sustantivo de la contestación a la demanda

Siguiendo las indicaciones del Director del presente Dictamen, se incluyen en el presente apartado los fundamentos de derecho de carácter jurídico-material redactados en las formalidades propias del escrito de contestación a la demanda, cuyo texto íntegro se incorpora al presente trabajo como Anexo II.

FUNDAMENTOS DE DERECHO JURÍDICO-MATERIALES

PREVIA.- Negamos las calificaciones jurídicas efectuadas de contrario de la demanda en cuanto no se admitan expresamente en las siguientes.

PRIMERA.- De la falta de dimensión constitucional de la lesión alegada y de la falta de intromisión ilegítima al derecho a la propia imagen

Esta parte niega con contundencia que los hechos acaecidos puedan subsumirse en la protección constitucional del derecho a la propia imagen, y, en todo caso, que estos antecedentes de hecho puedan sean constitutivos de intromisión ilegítima de este derecho de la personalidad de la demandante.

La protección reclamada por la actora no es sino sobre el control sobre los efectos económicos de la utilización de su imagen, una cuestión relativa a la vertiente puramente patrimonial de la imagen: su explotación comercial. Por ello, y en atención a la jurisprudencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, en consonancia con la doctrina jurisprudencial del Tribunal constitucional, una eventual lesión a este derecho carece de dimensión constitucional.

A diferencia de los restantes derechos constitucionales consagrados en el artículo 18.1 CE, derecho al honor y a la intimidad, el derecho a la propia imagen tiene una dimensión de carácter patrimonial. El Tribunal Constitucional, en su Sentencia del Tribunal Constitucional 81/2001 (Sala Segunda), de 26 de marzo de 2001 (Ponente: Don

Carles Viver Pi-Sunyer; ECLI:ES:TC:2001:81) estableció que la protección otorgada a dicho aspecto económico de la imagen debe escapar de la protección constitucional para ceñirse en la puramente legal pues *“la 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”* (FJ2).

Esta parte no quiere en este punto negar que el conjunto de derechos relativos a la explotación comercial de la imagen sean dignos de protección por nuestro ordenamiento. Lo que sí viene a cuestionar es la sobredimensión que pretende otorgarse a una supuesta lesión que únicamente podría tener relevancia patrimonial.

La actora alega intromisión a su derecho fundamental a la propia imagen por violación de la protección consagrada en el artículo 7.6 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*, en conexión con su artículo 2, que previene la utilización de la imagen de una persona para fines publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga sin su consentimiento. Sin embargo, estudiando dicha prohibición en relación con la limitación a la protección constitucional de la imagen establecida por el Alto Tribunal, debe precisarse que para que la lesión sea calificada de intromisión ilegítima y por lo tanto subsumible en dicha previsión, debe revestir de una gravedad bastante que así lo justifique: debe producir una lesión que sea contraria a la dignidad de la persona titular del derecho.

Además, para que dicha lesión a la dignidad personal sea calificada como violación del derecho constitucional a la imagen debe revestir de antijuridicidad respecto de este derecho individualmente considerado, esto es, despreciando una hipotética vulneración de los demás derechos regulados en el artículo 18.1 CE. La jurisprudencia constitucional ha dejado resuelta la cuestión sobre la configuración autónoma del derecho a la imagen respecto del resto de derechos consagrados en el artículo 18.1 CE, esto es, que la intromisión ilegítima al derecho a la imagen no debe ligarse, para su apreciación, a una lesión al derecho al honor o al derecho a la intimidad personal y familiar.

Es necesario en este punto volver a traer a colación los argumentos en los que se fundamenta la lesión y la indemnización pretendida de contrario, muy especialmente aquellos referidos a la prima o *“caché”* cobrada anteriormente por la demandante para utilidades comerciales de su imagen. Desconociendo el alcance de su error, es la propia demandante quien desvirtúa la pretendida ofensa a su derecho personalísimo a la imagen sirviéndonos en bandeja de plata el mayor argumento para su desestimación: el hecho que comercialice con su derecho.

Por lo tanto, esta parte viene a refutar enérgicamente el pretendido alcance moral de la lesión a su derecho a la imagen alegada por la contraparte, pues es contradictorio afirmar que un supuesto de utilización de la imagen análogo al uso que reiteradamente ha hecho la demandante de su imagen en el tráfico laboral y comercial sea únicamente en el presente caso un atentado a la dignidad de la persona titular.

SEGUNDA.- Sobre la inexistencia de intromisión ilegítima a los restantes derechos consagrados en el artículo 18.1 CE

Habiendo sido atacada la subsumibilidad de la causa en el derecho constitucional que protege el derecho a la propia imagen, esta parte argumenta ahora la imposibilidad de apreciar violación de los restantes derechos consagrados en el artículo 18.1 CE.

Respecto a la posibilidad de haberse producido una intromisión ilegítima al honor o a su prestigio profesional, esta parte quiere apelar a la documental adjuntada, en concreto aquella en la que se listan ejemplos de imágenes difundidos públicamente por la propia interesada por medio de sus perfiles en redes sociales (que, recordamos, es el Documento Dos). En dichas imágenes, la contraparte aparece bailando en fiestas, discotecas y *shows* en actitudes harto más informativas que la que presenta en la imagen obrante en autos. Tampoco marcan una diferencia de interés el texto o elementos decorativos que envuelven la imagen en el diseño de la carátula del CD: no se hacen aseveraciones ni se anuncia un espectáculo que pudiese insinuar la atribución de un determinado apelativo negativo a la interesada representada en ella. Es evidente que, por consiguiente, la imagen en cuestión no pudo atacar a su honor, pues no ataca su buen nombre, ni la difama, ni afecta su reputación o la hace desmerecer en consideración ajena en ninguna forma que no hubiese sido revelada previamente por la propia interesada, y, a mayor abundamiento, su contenido es inocuo, nada deshonoroso ni difamatorio. Por ello, y con arreglo a la doctrina jurisprudencial asentada en esta materia, no puede estimarse que los hechos en los que la actora funda su reclamación puedan ser constitutivos de intromisión ilegítima a su derecho al honor en cuanto al contenido de la fotografía, pues *“no es un escándalo social, y las leyes han de interpretarse de acuerdo a la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas (art. 2o.1 Cód. civ.)”*. (FJ3), Sentencia del Tribunal Supremo 7859/2002, (Sala de lo Civil), de 25 de noviembre 2002 (Ponente: Don Antonio Guillon Ballesteros; ID CENDOJ: 28079110012002102524).

Debe descartarse que los hechos enjuiciados puedan ser calificados como intromisión ilegítima a la intimidad personal de la actora, por no darse en el momento de la toma de la fotografía un ambiente que fundamente la apariencia de privacidad ni desvelar, la captura, información íntima de la modelo Sra. ANA CLAUDIA ARANJUEZ ROLDÁN.

En las circunstancias de la toma de la fotografía no concurren las notas de privacidad que pudiesen haber dado lugar a la exposición de aspectos vulnerables de la personalidad de la actora. En vistas a los elementos presentes en la fotografía, como son la posición de la modelo, su atuendo y actitud, en la cual la actora porta gafas de sol, abanico y vestimenta festiva debe realizarse la necesaria inducción de que en el momento de la toma de la fotografía esta no se encontraba en un lugar recluso del que se pudiese guardar una cierta expectativa de intimidad, sino en un lugar abierto, incluso concurrido, ya fuese un espacio público como un local abierto al público, en el que se encontraba mostrando su faceta más social y extravertida. Es la misma actitud de la modelo la que lleva a afirmar que, siendo además plenamente consciente de que el ambiente a su alrededor ofrecía nulas

garantías de privacidad, el objetivo personalmente perseguido no era pasar desapercibida, sino destacar. No es el respeto a su intimidad lo que busca potenciar en el momento de la toma de la imagen, sino darse publicidad, llamar la atención sobre sí misma y sobre su imagen.

La fotografía tampoco aporta información relevante acerca de hábitos o vicios que pudiesen exponer facetas de la esfera privada de la modelo que esta no quisiese revelar. Los elementos que forman parte de la fotografía, como lo son las gafas de sol o el abanico, así como la importante ausencia de elementos posiblemente comprometedores como lo serían una bebida alcohólica o posición insinuante, no desvelan datos sobre la vida personal de la modelo y podrían calificarse de elementos vacíos de contenido informativo habitualmente utilizados en la escenografía de fotografías de la misma categoría. Ello, sumado a la ausencia de elementos identificativos del lugar de la toma de la fotografía, revela la absoluta neutralidad de la imagen, que podría haberse tomado en un plató.

Como colofón, la absoluta falta en la imagen de contenido informativo sobre aspectos privados de la actora tampoco se desmiente de contrario, por cuanto no se hace mención a la vulneración de su privacidad o a la exposición pública de aspectos personales de su carácter.

Por consiguiente, no puede apreciarse vulneración alguna del derecho a la intimidad personal en dicha fotografía, porque como se ha dicho, no se desvela en ella aspectos de sí misma que la modelo haya excluido de la difusión pública.

TERCERA.- De la imposibilidad de apreciarse tratamiento ilegítimo de datos de carácter personal

En tercer lugar se interesa que se desestime la posibilidad de apreciar un hipotético tratamiento ilícito de datos de carácter personal de la demandante por haberse difundido una imagen que permite reconocerle.

Como ha venido alegándose, ha sido la propia interesada que ha venido haciendo este dato de carácter personal manifiestamente público por los medios de comunicación social, y por consiguiente, de acuerdo con el artículo 6.2 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, *de Protección de Datos de Carácter Personal*, en conexión con el artículo 7.1 letra “e” del Reglamento de desarrollo de la LOPD, aprobado por medio del Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, no cabe apreciar lesión a los derechos y libertades fundamentales de la demandante. Además, la propia demandante conocía de la toma de la fotografía y no se opuso, por lo que concurren todos los requisitos del consentimiento tácito.

CUARTA.- De la inexistencia de lesión

Ha quedado demostrada la imposibilidad de que se haya perpetuado intromisión ilegítima alguna a los derechos constitucionales consagrados en el artículo 18.1 CE, lo

que inevitablemente pone de manifiesto que la aquí actora ha pretendido encauzar un mero desacuerdo de índole contractual referido al precio a cobrar por la explotación comercial de su imagen por el procedimiento de protección sumaria reservado a los bienes jurídicos más sensibles del estado de derecho, los que cimientan el libre desarrollo de la personalidad de sus ciudadanos.

Concentrándose la cuestión, pues, en el ámbito contractual, debemos analizar un contrato celebrado presuntamente sin la intervención de la demandante en virtud del cual alega habersele ocasionado unos perjuicios no puramente constitucionales sino económicos. En estas, deben analizarse dos aspectos consustanciales al contrato: por un lado, la prestación de consentimiento en el momento original de la toma de la fotografía, y por el otro, la ulterior cesión de los derechos de imagen en relación con la misma. Antes de adentrarnos en el análisis de la primera de las cuestiones, la relativa a la prestación o no de consentimiento, esta parte declara que desconoce la autoría de la imagen discutida, los pormenores de su toma y la forma en la que fue puesta a disposición de A RECORDS, LTD.

Nada dice la contraparte ni se ha podido averiguar por esta demandada, a falta de comparecencia de su litisconsorte, acerca del alcance del consentimiento verbal que otorgó la modelo al fotógrafo que le tomó la fotografía en contienda. Por tratarse de un contrato verbal y por ello convenientemente imposible su interpretación, exige la demandante que se considere que no se había cedido su derecho al profesional ni apoderado para ello, por lo que el negocio jurídico posterior celebrado sin su concurrencia debió ser en todo caso nulo. Ello se vincula además a una supuesta falta de diligencia de la empresa cesionaria por no solicitar el consentimiento de la propia titular de la imagen.

No le constan a esta parte los motivos por los que A RECORDS, LTD. hubiese podido considerar que le habían sido cedidos los derechos a la imagen reproducida en la fotografía, ni puede aportar más prueba que permita entrar a discutir la razonabilidad de la asunción de que el cedente estaba en capacidad de ceder los derechos económicos de la actora y que por ello fuese innecesario recabar nueva autorización, ni tan siquiera conoce si medió contraprestación económica en virtud de la transacción. En cualquier caso no puede exigirse a esta parte responsabilidad por un acto que subjetivamente no le es imputable, por encontrarse fuera del ámbito de su control. De nuevo, mi representada no intervino en la empresa y no guarda relación alguna con las partes implicadas en la transacción, fuera de su relación comercial con A RECORDS, LTD., que nada tiene que ver con la toma, cesión o utilización de esta fotografía.

Por lo anterior, la responsabilidad de mi representada respecto de la falta de consentimiento y así como respecto de la posterior cesión, independientemente de si el cedente aparentaba suficientemente ser titular de los derechos económicos de la modelo o no, es necesariamente nula.

QUINTA.- De la falta de intervención de mi representada

Si subsidiariamente el Tribunal apreciare en los hechos expuestos la existencia de lesión patrimonial en la demandante, esta demandada interesa que se le repute inocente de su perpetración por no concurrir los requisitos de legitimación pasiva al no haber tenido participación alguna en ella.

Mi representada no participó de ninguna acción ni intervino en la toma de ninguna decisión que tuviese incidencia en la inclusión de la imagen en discusión en el diseño final de la carátula del CD. SPCE IBIZA BCH CLUB, S.L. no pudo intervenir de forma alguna en la toma de la fotografía, cuyo origen y circunstancias desconocía hasta la recepción el 4 de diciembre del pasado año del burofax remitido a su nombre por la demandante, ni en las decisiones de marketing y diseño que llevaron a su inclusión en la versión final de la carátula del CD.

El Hecho I de la demanda se da por cierto que la fotografía en cuestión se tomó en el interior del local de ocio de mi representada por un trabajador en plantilla de SPCE IBIZA BCH CLUB, S.L. Asimismo, en el Hecho V se redacta ambigua y tendenciosamente una frase que da a entender que esta parte reconoce haber tomado las fotografías y haberlas cedido a A RECORDS, LTD., declaración que esta parte habría vertido en el marco de unas conversaciones con la ahora actora previas al envío de su burofax. Pues bien, esta parte niega tajantemente haber tenido contacto alguno con la actora con anterioridad al momento en que, con absoluta perplejidad, recibió un burofax en el que se le imputaban los hechos que sustentan esta causa, y se reitera en su negativa a haber intervenido en la toma y cesión de la fotografía y en haber cedido espacio de su local para ello, explicaciones ya aportadas mediante su contestación al burofax citado anteriormente en fecha 4 de diciembre de 2006.

Esta parte niega que se tomase dicha fotografía en el interior de su local, y las evidencias aportadas de contrario no lo desmienten. La fotografía obrante en autos carece de fondo por habersele aislado la figura humana, y no ha sido aportada ninguna otra prueba sobre las circunstancias de su toma, por lo que no puede asumirse como se ha afirmado que se hubiese capturado en el interior de las instalaciones de mi representada, asunción que tanto asistiría las pretensiones de la contraparte como causaría indefensión en esta. Es cierto que la tendencia doctrinal reciente exige, en los casos en los que existan indicios de vulneración de derecho fundamental, trasladar la carga de la prueba a la demandada, pues de otro modo podría operar una *probatio diabolica* que actuase en perjuicio de la parte damnificada. Antes bien, como ha sido argumentado detalladamente, los hechos enjuiciados no pueden calificarse jurídicamente como una hipotética intromisión ilegítima a derechos constitucionales, sino que únicamente podrían sustentarse como lesión de carácter económico. Por consiguiente, no puede afirmarse que la fotografía se tomase en el interior del local de mi representada, por lo que tampoco puede atribuírsele el ámbito de control en la situación, ni que por acción u omisión hubiese intervenido en dicha captura.

Respecto del autor de la fotografía, es la propia actora quién pone en entredicho que fuese un trabajador de mi representada, pues matiza su afirmación con la locución “al parecer” que apunta más a una presunción basada en indicios que a un hecho probado.

Ante todo, debe precisarse que SPCE IBIZA BCH CLUB, S.L. no cuenta entre su plantilla profesionales dedicados a la fotografía, por lo que contrata dichos servicios a profesionales de la zona en función de sus necesidades. Para la temporada alta del año 2006, esto es, de junio septiembre, la mercantil contrató al fotógrafo autónomo D. JUAN RETRATISTA CAMARÓN, cuyo contrato de prestación de servicios se aporta al presente escrito. En virtud de dicho contrato, D. FOTOSÍNTESIS realizaba un número fijo de fotografías de los asistentes a veladas organizadas por mi representada, que posteriormente ponía a su disposición para que esta las publicase por medio de sus redes sociales, como es costumbre en el sector. Todas las fotografías así realizadas de dicha temporada figuran publicadas en el perfil de Facebook de mi representada, en la dirección *URL* <www.facebook.com/spce/verano2006>, y puede observarse que no figura entre ellas la fotografía aquí enjuiciada, pues mi representada nunca la tuvo en su poder. En un ejercicio de autocrítica y control interno, a la luz de los hechos alegados por la actora esta parte ha requerido a D. JUAN FOTOSÍNTESIS que clarifique si intervino en la toma de dicha fotografía, habiendo obtenido el más categórico no por respuesta. Por todo ello, esta parte entiende demostrada la absoluta falta de nexo entre la toma de la fotografía y el personal de sus instalaciones.

Con relación al negocio jurídico de cesión de la imagen por el autor de la fotografía y la toma de la decisión de incluirla en la portada, con las modificaciones que se estimaron pertinentes, no puede apreciarse concurrencia de culpas entre mi representada y la productora. El hecho que sostiene esta afirmación se sustancia en la limitada capacidad de intercesión de mi representada en el diseño de la carátula del producto, circunscrita a la verificación del cumplimiento de sus normas internas de imagen corporativa, requisito impuesto por mi representada en el contrato de cesión de sus derechos de marca para la edición del CD del verano 2006 como se desprende del Documento Cinco aportado. Así, es cierto que mi representada tuvo acceso al diseño en un momento previo a su lanzamiento y que intervino en él para realizar algunas modificaciones estilísticas que preservaran el correcto uso de su marca, como lo demuestran los correos intercambiados entre la diseñadora gráfica de A RECORDS, LTD. y la directora del departamento de mercadotecnia de SPCE IBIZA BCH CLUB, S.L., pero más allá de ello en nada pudo actuar respecto a la elección de la composición de dicho empaquetado. Ciertamente no gozaba de una facultad en positivo, de elección libre, sino en negativo, de corrección: únicamente podía oponerse en caso de estimar que el diseño final lesionaba el buen prestigio de su marca. En estos términos, no puede predicarse que mi representada incurriera en falta de diligencia debida, pues no estaba en su ámbito de control la elección de la imagen decorativa a incluir en el diseño, y por extensión, tampoco puede exigírsele desde una perspectiva *ex ante* el haber verificado la legitimidad de su uso.

A mayor abundamiento, la litisconsorte pasiva acepta su responsabilidad subjetiva con respecto a la utilización de la fotografía, de modo que es patente a quién debe atribuirse la lesión de estimarse cometida. De nuevo, hacer extensiva esta responsabilidad a mi representada no podría hacerse sino en carácter objetivo, una posibilidad excluida

por nuestro ordenamiento con relación a la responsabilidad civil si no concurren las circunstancias de la representación vicarial.

SEXTA.- De la falta de justificación de la cuantía reclamada

A la espera de la calificación jurídica de los hechos que realice el Tribunal, que si no obstante lo anteriormente alegado estimase que esta parte participó de algún modo en la consumación, a saber, de la lesión patrimonial o intromisión ilegítima, debe apreciarse una pluspetición en lo pedido de contrario en concepto de indemnización.

Esta parte quiere argumentar la inconsistencia de los argumentos vertidos de contrario para la determinación de la indemnización económica en sus dos posibles vertientes: la indemnización por daños y perjuicios de carácter moral por intromisión ilegítima en primer término y la indemnización por responsabilidad civil por daños y perjuicios puramente económicos en segundo. Es procedente advertir que la falta de cuantificación de la indemnización reclamada, que la contraparte subrepticamente deja en manos del tribunal en un claro intento de evitar la falta de imposición de costas por no estimársele indemnización en la cuantía exacta que desearía reclamar, causa indefensión en esta.

En la eventualidad de que se apreciase intromisión ilegítima en los derechos de la personalidad de la demandante, el artículo 9 LO 1/1982 establece que la tutela judicial deberá comprender, además del restablecimiento del derecho del perjudicado y la prevención de intromisiones inminentes o ulteriores, la indemnización de los daños y perjuicios causados, la apropiación por el perjudicado del lucro obtenido con la intromisión. Dicha indemnización deberá extenderse al daño moral, que operará como presunción, cuyo contenido económico se cuantificará en función de las circunstancias del caso y la gravedad de la lesión efectivamente producida, en la que se tendrá en cuenta la difusión o medio a través del cual se hubiese producido.

La divulgación de la imagen de la representada no ha podido ocasionar una lesión en su derecho a la intimidad, pues no la presenta en circunstancias en nada distintas a las que ella misma publica a través de sus perfiles en redes sociales abiertos al público general. Así se ha apreciado por el Tribunal Supremo en anteriores ocasiones, en las que conociendo de causas con gran similitud con la presente: “[la] actora, evidentemente que tiene derecho al respeto de su imagen, pero cuando ella ha posado para la obtención de las fotografías litigiosas el único problema es el de si se han publicado sin su consentimiento o no. Por ello es limitado el daño moral que puede alegarse para su compensación pecuniaria. Sentencia del Tribunal Supremo 7859/2002 (Sala de lo Civil), de 25 de noviembre 2002 (Ponente: Don Antonio Guillon Ballesteros; ID CENDOJ: 28079110012002102524), (FJ 3).

De igual modo debe descartarse que la promoción de la imagen haya ocasionado un perjuicio económico en la demandante, por cuanto la actividad que configura su *modus vivendi* no se ha visto sino favorecido con la distribución de su imagen en conexión con una marca tan renombrada como SPCE IBIZA. Los personajes públicos gozan a menudo

de promoción sin retribución con el único objetivo de incrementar su reconocimiento público y con ello su *caché*.

A mayor abundamiento, esta parte está intrigada por el alcance del renombre y fama que se atribuye la actora. De acuerdo con la pericial estadística adjuntada, únicamente un 0,2% de la población reconoce la actora, siendo objeto de análisis el mismo sector poblacional objetivo de la campaña promocional. De este despreciable porcentaje, tan solo un 36% era capaz de reconocer la contraparte en la portada del CD.

Estos datos se reducen considerablemente cuando la misma cuestión se plantea a la población general, en la que únicamente un 0,1 reconoce la modelo, de los cuales únicamente un 56% la puede reconocer en el atuendo que presenta en la imagen de la carátula. Con ello, esta parte viene a cuestionar la autoatribuida fama de la actora, argumento principal de la contraparte para exigir el cobro de parte de los beneficios obtenidos con la venta del CD.

En segundo término, la contraparte sobredimensiona el alcance de la lesión aportando una prueba de su supuesta dimensión global: sostiene que por ofrecerse en páginas web de alcance mundial como lo son “AMAZON” o “VIRGIN”, debe asumirse el más alto alcance territorial de la supuesta lesión.

Pues bien, esta parte ya ha mencionado en los fundamentos de derecho del presente escrito que no participó de la organización y ejecución de la actividad de promoción y mercadotecnia del producto por estar a cargo de la productora A RECORDS, LTD. Sin embargo sí puede asegurar que el ámbito de la cesión de mi representada de los derechos de marca se circunscribía a la elaboración de un CD a comercializarse en el mercado de Reino Unido, de acuerdo con la cláusula 8ª del contrato de cesión mencionado. Si A RECORDS, LTD. se extralimitó en el ámbito territorial de la comercialización pactada, esta parte no tiene manera de saberlo pero sí estaría altamente interesada en conocerlo, puesto que acarrearía una lesión patrimonial a los derechos de marca de los que es titular. Sin perjuicio de lo anterior, esta parte considera relevante esclarecer que las plataformas de venta *online* tienen un alcance global por su misma naturaleza red, por lo que por el mero hecho de comercializar en ellas un producto no puede concluirse que el alcance de la campaña de promoción sea universal, de igual forma que no se predica la internacionalidad de un escaparate repleto de “*pannellets*” porque un ciudadano francés haya comprado una bandeja. Dicho de otro modo, deben analizarse otros elementos, estos sí propiamente referidos a la campaña de promoción para poder delimitar el “*target*” o población a la cual se dirige efectivamente la campaña promocional del producto, que esta parte sostiene que no es otro que el mercado de Reino Unido, y en concreto, sus ciudadanos usuarios de los locales de ocio de la isla pitiusa. Por un lado cabe destacar que las acciones y estrategias publicitarias utilizadas por A RECORDS, LTD. están claramente dirigidas a la población anglosajona aficionada a las actividades lúdico-festivas de la región en la que se encuentra el local de mi representada. Es ese preciso motivo el que justifica de inicio que la marca de mi representada “SPCE IBIZA BCH CLUB” esté presente en el CD, pues constituye el mayor reclamo del producto. Otra evidencia que soporta esta afirmación es el hecho que se haya publicitado en revistas de

la región de temática relacionada con el ocio nocturno, como lo demuestra que hayan mediado revistas titularidad de negocios competidores de mi representada, cuya lengua y contenido tienen como evidente destinatario el natural de reino unido que está transitoriamente visitando la isla para disfrutar de las ofertas de ocio que lo convierten en objetivo o *target* de la campaña. Por último, debe atacarse la dimensión global de la oferta *online* con una simple evidencia: las plataformas de venta *online* sí usan de limitaciones territoriales, las restricciones en los envíos. Así, en los mismos Documentos Cinco y Seis aportados de contrario puede apreciarse al pie de en sendas capturas de pantalla una frase precedida por asterisco que especifica “*UK shipping only*”, traducido cómo “envíos solo a Reino Unido”. Ello sin ni tan siquiera haber mencionado que el hecho que la contraria alega como prueba de la demarcación internacional de la campaña es precisamente que todo el material promocional está escrito en inglés, lengua oficial del territorio objetivo de la campaña.

Por todo ello debe desestimarse, por falta de evidencias concluyentes, que el alcance de la campaña que habría provocado la lesión tenga alcance internacional, pues la jurisprudencia exige probar de forma fehaciente el alcance territorial de la lesión y no se ha procedido de este modo de contrario.

En tercer término y respecto de los beneficios obtenidos con la comercialización del CD en contienda, esta parte insiste en que no dispone de los datos económicos del lucro obtenido por A RECORDS, LTD., por cuanto la contraprestación económica fijada en el contrato de cesión de la marca respondía a una mera obligación de medios, por lo que los resultados no le fueron facilitados.

Sí que debe atacarse la partidista selección de los ejemplos de precio de venta al público del CD aportados de contrario, pues como base de legitimación de la cuantía reclamada únicamente se menciona el punto de venta del CD con un precio más elevado: 32,99 dólares. Esta minuciosa selección es meridianamente capciosa por cuanto, por un lado, omite conscientemente portales en los que el mismo producto se ofrece por precios significativamente inferiores como lo son los 14,99 euros de “FNAC”, o los 7,99 euros de “ALIEXPRESS”; y por el otro olvida convertir el importe a 28,83 euros, que es la moneda en curso legal en España, cuyo ratio de conversión a su favor hace que disminuya la cifra y por consiguiente el efecto de alarma perseguido.

Lo que además debe desmentirse firmemente es que la utilización de la imagen de la modelo haya reportado un beneficio económico diferenciador. Los datos sobre el volumen de discos vendidos se indexan en listados y ránquines al alcance del público general, y puede observarse en el portal “los 40 Principales” cómo los índices de venta del disco en su edición del año pasado son similares a los de este año, cuya comparativa se ha aportado. Desde luego, la “excelente aceptación en el mercado” del producto no se debe a la utilización de la imagen de la modelo, sino al éxito intrínseco de la colaboración ya tan duradera entre mi representada y A RECORDS, LTD.

En el producto comercializado, la imagen de la actora es un elemento meramente accesorio. La prestación principal del CD no era la comercialización de la imagen de la

modelo sino su contenido musical, y si existe algún reclamo fuera de dicho contenido, este es sin duda la imagen de marca de mi representada. Este es, como se ha dicho, el motivo fundamental de la colaboración entre SPCE IBIZA BCH CLUB, S.L. y A RECORDS, LTD., pues es habitual y altamente lucrativo que discotecas de gran renombre produzcan por sí mismas discos con los temas de mayor éxito de la temporada o avalen dicha producción aportando su nombre, teniendo gran acogida entre el público asistente a sus locales. La imagen incluida en la portada no se trata por consiguiente de un elemento trascendental del producto en tanto que no se trata de un componente que sea “*importante, esencial o distintivo*”. Lo realmente distintivo de la portada del disco es la marca de la discoteca de mi representada, no una imagen meramente decorativa del diseño relegada a un segundo plano. La absoluta falta de relevancia de la imagen se demuestra reemplazabilidad, en que en nada se hubiesen modificado las características esenciales del producto de haberse utilizado otro modelo o, incluso, otro tipo de imagen, pues no se trata de una obra gráfica que el comprador adquiere por motivo del personaje en ella representado como podría ser un póster o cartel, sino de una obra musical cuyo empaquetado se complementa con una imagen con carácter meramente decorativo o accesorio.

En conclusión, no existe un lucro obtenido con la intromisión susceptible de ser apropiado por la titular del derecho, por lo que no puede estimarse derecho a percibir indemnización en este concepto.

En cuarto término y en cuanto a la determinación de los beneficios que individualmente SPCE IBIZA BCH CLUB, S.L. ha recibido respecto de la comercialización del CD con la imagen en portada, esta parte recuerda que ha obtenido un único precio por la colaboración con A RECORDS, LTD., por valor de 20.000 euros. Como se ha dicho, este precio es en contraprestación de la cesión de su marca para la producción del disco, aunque no en su integridad, pues una parte, 5.000 euros, responden a facturas impagadas por A RECORDS, LTD. de anteriores ediciones del CD.

Es inimaginable que una cantidad que responde a un concepto tan claro como justo pueda imputarse a un provecho en el que mi mandante nada puede haber tenido que ver. De nuevo, es una cantidad fija que responde a un contrato que sea venido novando por anualidades desde hace ya más de cinco años y que compensa a mi representada por aportar el reclamo que logra la buena acogida del producto en el mercado. En modo alguno ha podido tener incidencia en este precio la utilización de la imagen de la actora, por cuanto la cuantía del contrato de cesión no varía en función de los beneficios que obtiene la venta del producto.

Finalmente, debe analizarse el único contrato que la actora aporta como demostración de su “caché” en trabajos similares. Esta parte pone en cuestión ya de inicio, en vista a pericial aportada, que los pactos contenidos en ese contrato respondan a la cotización real en el mercado por lo elevado de las cantidades pactadas en relación con la cuasi nula relevancia pública de la actora y no a la libre voluntad de las partes – en las que *obiter dicta* pudieron mediar otros motivos –, pero en todo caso deberá tomarse como referencia en vistas a rebatirla.

En primer lugar, dicho contrato establece una prima de sesenta mil euros por seis días de rodaje, y la toma de la fotografía en cuestión no pudo durar más de diez minutos. Haciendo una simple regla de tres, y asumiendo un horario laboral de 8 horas, puede decirse que la actora cobraba el módico precio de 21 euros el minuto, que en el supuesto que nos ocupa resultaría en 208 euros. En segundo lugar, se pacta una prima de otros 60.000 euros en el caso en que finalmente adoptase un papel preponderante en la campaña, supuesto que debe descartarse de plano por los argumentos ya tan largamente desgranados.

A dicha cantidad de 208 euros debe sustraerse la comisión del 20%, esto es, 41,6 euros, a favor de la Agencia de representación que intervino en el negocio jurídico pero que como es obvio no habría intervenido en este caso, por lo que estaríamos hablando de un total de 166,4 euros.

Además, el contrato establecía una prohibición de contratar con la competencia durante un año, limitación que en todo caso debe venir remunerada. Esta parte desconoce en qué medida, pero duda que pudiese ser una cantidad inferior a 100 euros que es lo habitualmente exigido en el sector. Por todo ello, lo único a lo que podría aspirar la demandante es a una indemnización de 66,4 euros, cantidad baja pero justa en atención a lo aquí estudiado, y posiblemente coincidente con lo que A RECORDS, LTD debió ofrecerse a satisfacer en las conversaciones que esta alega haber mantenido con la productora.

Por último, debe desestimarse que la utilización de la imagen en autos haya causado en la actora daño emergente o lucro cesante alguno, por cuanto no se ha alegado que haya sido impedimento para la contratación de campañas profesionales como las que alega haber venido protagonizando, ni se ha justificado otro perjuicio económico sufrido.

Por todo lo anterior, esta parte interesa al Tribunal que la cuantificación de la indemnización que estimare a favor de la demandante y que eventualmente se impusiese a las codemandadas no exceda de la cantidad de SESENTA Y SEIS EUROS CON CUARENTA CÉNTIMOS DE EURO (66,40€), pues ir más allá en la estimación de la reclamación constituiría un lucro no amparado por el derecho, superándose el mero interés de defender el derecho de la demandante. En la eventual imposición, esta parte requiere que se individualicen los daños causados, dado que no puede realizarse una condena solidaria por no haber sido justificado de contrario.

2.3. Cuestiones procesales

2.3.1. Fundamentos de derecho de carácter adjetivo de la contestación a la demanda

Con carácter previo al desarrollo de este apartado, debe efectuarse una precisión respecto del supuesto de hecho a tenor de la dirección del tutor de este trabajo. Se trata de una cuestión relativa a la caducidad de la acción. Pues bien, la acción de protección contra las intromisiones ilegítimas al derecho a la propia imagen tiene una caducidad de

cuatro años contados desde que el legitimado pudo ejercerlas, en nuestro caso, desde que la actora tuvo conocimiento de la utilización de su imagen (*ex art. 9.5 LO 1/1982*). Hay, empero, que aplicar la presunción que tanto hechos como procedimiento acaecen en los años 2006-2007, por lo que no corresponde apreciarla ni de oficio ni a instancia de parte.

Como ha sido referido en el anterior apartado, de acuerdo con la dirección del presente trabajo las cuestiones de índole jurídico-procesal se resuelven en el formato establecido para el apartado homónimo del escrito de contestación a la demanda, el cual puede encontrarse en ANEXO II.

II. JURÍDICO-PROCESALES

PREVIO.- Excepciones procesales por inadecuación de procedimiento y por razón de competencia territorial

De acuerdo con el artículo 405.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC), esta parte opone en este momento procesal, sin perjuicio de su reiteración en la Audiencia Previa, la excepción procesal por inadecuación de procedimiento, por haberse incoado por el cauce del procedimiento especial del artículo 249.1 apartado 2º LEC de tutela del derecho al honor, a la intimidad personal y a la propia imagen; cuando debiese haberse tramitado por el procedimiento declarativo ordinario por razón de cuantía, en este caso, y de acuerdo con la cuantía del procedimiento, por el juicio ordinario de acuerdo con el artículo 249.2 LEC.

En tanto que la demandada acciona por la protección de su derecho de imagen en su vertiente patrimonial, por haber sufrido un perjuicio económico de índole contractual y no moral por los motivos que se en lo sucesivo, dicha protección no es sino objeto de protección procesal común, por cuanto el Tribunal Supremo en su reiterada jurisprudencia (por todas, Sentencia del Tribunal Supremo 3256/2001 (Sala de lo Civil), de 20 de abril de 2001 (Ponente: Don José de Asís Garrote; ID CENDOJ: 28079110012001101956) ha venido exigiendo que se ventilase por vía de procedimientos declarativos ordinarios en razón de cuantía económica, lejos del procedimiento especial por razón de materia en protección judicial de derechos fundamentales.

Por tratarse de un procedimiento en reclamación de cuantía ascendente a 20.000 euros, corresponde al tribunal ventilar la cuestión por el cauce del juicio ordinario, de acuerdo con el artículo 249.2 LEC.

A pesar de haberle precluido a esta parte la oportunidad procesal para contestar el procedimiento elegido de contrario para ventilar la cuestión, es oportuno mencionar que de apreciarse la excepción procesal expresada anteriormente, el artículo 50 LEC establece que el tribunal territorialmente competente para conocer de la causa debe ser el del domicilio del demandado. Estándose a que en este procedimiento existen dos demandados, y de acuerdo con el artículo 53.2 LEC, la actora debiera haber optado por presentarla ante el tribunal territorialmente competente bien en el domicilio de mi representada, esto es, en Ibiza, o en la de la codemandada, en Londres. En todo caso, de estimarse que el procedimiento debería haberse accionado por la vía del juicio ordinario

por razón de materia, no podrá ser procedente aplicar el fuero especial por razón de materia consagrado 53.1 apartado 6º LEC y apelado por la contraparte, por lo que deberá estimarse la presente excepción procesal por razón de competencia territorial.

PRIMERO.- Capacidad procesal y representación

Respecto a la demandante, y en hasta donde conoce esta parte, es mayor de edad, en pleno disfrute de sus derechos civiles y capacidad de obrar, por lo que de acuerdo con el artículo 6.1 apartado 1º y 7.1 LEC tiene capacidad para ser parte y comparecer por sí misma en este procedimiento.

Con relación a mi mandante, está legalmente constituida y tiene plena capacidad para ser parte de este proceso y comparecer en juicio, en aplicación del artículo 6.1 apartado 3º y 7.1 LEC, y comparece debidamente representada por su administrador único.

En cuanto a la codemandada, y en hasta donde conoce esta parte, está legalmente constituida y tiene plena capacidad para ser parte de este proceso y comparecer en juicio, de acuerdo con el artículo 6.1 apartado 3º y 7.1 LEC, aunque en tanto que persona jurídica deberá comparecer debidamente representada por la persona física que le represente.

SEGUNDO.- Postulación y defensa

De acuerdo con los artículos 23 y 31 LEC, la demandada comparece representada de procurador habilitado para actuar en la demarcación del Partido Judicial de Barcelona, en virtud de poder general para pleitos que acompaño para su unión a los autos solicitando la devolución del original; bajo la dirección letrada de la abogada ejerciente en el Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona con número de colegiación 00000.

TERCERO.- Legitimación

Ciertamente, de acuerdo con el artículo 10 LEC, la legitimación activa recae en el titular del derecho a la propia imagen por tratarse de un derecho personalísimo e indisponible. En caso de fallecer el titular, esta legitimación se extiende a sus herederos, a quienes se les transmiten los derechos económicos, y, en último término, al Ministerio fiscal. Sin embargo, esta parte se muestra disconforme con lo alegado de contrario respecto a la legitimación pasiva de este procedimiento, puesto que mi mandante no ha intervenido y por lo tanto no ha podido causar la lesión al derecho de imagen cuya protección reclama la actora.

CUARTO.- Jurisdicción

Conformes con la atribución, de acuerdo con el artículo 9.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, a los Juzgados del Orden Civil.

QUINTO.- Competencia objetiva

Conformes con la atribución del asunto en primera instancia al Juzgado de Primera Instancia de acuerdo con el artículo 85.1 LOPD y 45 de la LEC.

SEXTO.- Competencia territorial

Disconformes por lo desarrollado en el argumento jurídico-procesal Previo. El tribunal competente debe aquél competente en cualquiera de las residencias de los demandados y no del demandante, conforme al artículo 53.2 LEC.

SÉPTIMO.- Competencia territorial

Disconformes por lo tratado en el argumento jurídico-procesal Previo. En vistas a los hechos de la demanda, corresponde ventilar el litigio por razón de cuantía superior a 6.000 euros, esto es, por el cauce del juicio ordinario del artículo 249.2 LEC.

2.3.2. Encabezamiento y *petitum* de la demanda

De nuevo, la resolución del presente apartado se realiza desde la formalidad que aplica al escrito de contestación a la demanda.

2.3.2.1. Encabezamiento del escrito de contestación a la demanda

Juzgado Primera Instancia n.º 8 de Barcelona

Procedimiento de tutela del derecho al honor, a la intimidad personal y a la propia imagen n.º 18/2007-C

AL JUZGADO

Doña María Clara Deulofeu Expósito, procuradora de los tribunales y de la mercantil **SPCE IBIZA BCH CLUB, S.L.** según acredita mediante la escritura de poder especial para pleitos que acompaño para su unión a los autos solicitando la devolución del original, actuando bajo la dirección de la letrada Doña Eulàlia Roca Grau, colegiada ICAB n.º 00000, ante el juzgado comparezco y como mejor en Derecho proceda, **DIGO:**

Que en fecha 22 de septiembre de 2017 nos ha sido notificada demanda de juicio ordinario en ejercicio de acción de protección de los derechos fundamentales por la representación de D.ª Ana Claudia, y dentro del plazo conferido al efecto, de conformidad con lo establecido en los artículos 405 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC), por medio del presente escrito paso a formular escrito de **CONTESTACIÓN A LA DEMANDA**, con base a los siguientes

2.3.2.2. Petitum del escrito de contestación a la demanda

Por todo ello,

AL JUZGADO SOLICITO que teniendo por presentado este ESCRITO DE CONTESTACIÓN A LA DEMANDA, en tiempo y en forma, y admitiéndolo, se sirva tener por contestada la demanda en los autos de referencia y, previos los trámites de Ley, dicte Sentencia por la que desestime íntegramente la demanda, absolviendo a mi

mandante de los pedimentos formulados de contrario, con expresa condena en costas a la parte actora, y lo demás que en Derecho proceda. En su virtud,

Por ser de Justicia que se pide en Barcelona, a 20 de febrero de 2007.

OTROSÍ PRIMERO DIGO que subsidiariamente, de apreciarse la intromisión ilegítima alegada de contrario, se absuelva de ella a esta parte por no haber intervenido en su perpetración y por consiguiente tampoco se le condene en costas. Por lo expuesto,

DE NUEVO SOLICITO que, teniendo por efectuada la anterior manifestación, se sirva acordar lo que proceda.

Es de Justicia que pido en lugar y fecha indicados ut supra.

OTROSÍ SEGUNDO DIGO que con subsidiaridad a la anterior petición, si se condena a mi representada en el pago de la indemnización pedida por la actora, esta se cuantifique con arreglo a los criterios aquí argumentados con un límite de cuantía de **SESENTA Y SEIS EUROS CON CUARENTA CÉNTIMOS DE EURO (66,40 €)**, que en todo caso no se impute a esta parte en carácter de condena solidaria con la codemandada sino que se individualice en función de la participación que se estime que haya tenido cada una de las demandadas, y en todo caso no se impongan las costas a esta parte por no estimarse todas las pretensiones de la actora. Por lo expuesto,

DE NUEVO SOLICITO que, teniendo por efectuada la anterior manifestación, se sirva acordar lo que proceda.

Es de Justicia que pido en lugar y fecha indicados ut supra.

María Clara Deulofeu Expósito

Procuradora del ICPB

Eulàlia Roca Grau

Letrada ICAB n.º 000000

2.3.3. Instructa

Se preparan dos instructas, una primera que contiene información relevante a hacer valer en el acto de la audiencia previa, como son los artículos de proposición o tacha de la prueba; y una segunda en la que se contiene la proposición de prueba que se entregará al tribunal. El contenido de la instructa de uso personal en el acto de la Audiencia previa se desarrolla en el presente apartado.

De acuerdo con el artículo 124.1 LEC, los peritos designados por el tribunal podrán ser recusados por la vía del incidente de recusación del 127 LEC, por (i) haber dado dictamen contrario a la parte recusante sobre el mismo asunto y con carácter previo, ya

fuere dentro. Fuera del proceso; (ii) haber prestado servicios o ser dependiente o socio de la parte contraria o (iii) tener participación en una sociedad, establecimiento o empresa parte del proceso.

En aplicación del artículo 124.2 LEC, aquellos peritos que fuesen autores de dictámenes presentados por las partes podrán ser tachados, que no recusados, de acuerdo con los artículos 343 y 344 LEC, esto es, por las causas siguientes: (i) ser o haber sido cónyuge o pariente por consanguinidad o afinidad de una de las partes o sus representantes procesales; (ii) tener interés directo o indirecto en el asunto o en semejante; (iii) estar en situación de dependencia, comunidad o contraposición de intereses con una de las partes o sus representantes; (iv) tener amistad íntima o enemistad con cualquiera de las partes o sus representantes; (v) otra circunstancia que les haga desmerecer en cuanto a profesionalidad. Las tachas, en sede de juicio ordinario, se ponderarán en la audiencia previa.

Los testigos propuestos por la contraria podrán ser tachados, de acuerdo con el artículo 377, por las causas siguientes: (i) ser o haber sido cónyuge o pariente por consanguinidad o afinidad de una de las partes o sus representantes procesales; (ii) tener interés directo o indirecto en el asunto o en semejante; (iii) estar en situación de dependencia, comunidad o contraposición de intereses con una de las partes o sus representantes; (iv) tener amistad íntima o enemistad con cualquiera de las partes o sus representantes; (v) haber sido condenado por falso testimonio. Las tachas de testigos deberán formularse antes de que comience el juicio.

Con la formulación de las tachas, de acuerdo con el artículo 379 LEC, se podrá proponer prueba que la justifique exceptuando la testifical.

La parte que asistiese a la tacha de su testigo deberá oponerse por escrito en el plazo máximo de tres días, pudiendo aportar documentos, o de otro modo se entenderá que reconocer el fundamento de la tacha (artículo 279.3 LEC).

De acuerdo con el artículo 285 LEC, ante la admisión o inadmisión de una prueba cabrá recurso de reposición que se sustanciará y resolverá oralmente en la misma audiencia previa, y si se desestimare, la parte que lo hubiese interpuesto debe formular protesta a los efectos de poder hacer valer sus derechos en una eventual segunda instancia. Para que dicho recurso se encuentre formalmente bien formulado deberá invocarse expresamente el artículo 285 en conexión con el precepto que se considere infringido por la resolución recurrida. Así, invocaremos infracción del artículo 337 LEC en caso que el tribunal admita un informe pericial aportado de contrario el mismo día de la audiencia previa sin haberse dado previo traslado, el artículo 264.3 frente a la inadmisión de documentos aportados que acrediten el valor de la cosa litigiosa.

De acuerdo con el artículo 370 LEC; las partes podrán hacer notar al tribunal la concurrencia de cualquiera de las circunstancias de tacha del testigo-perito.

2.3.4. Proposición de prueba

Con la venia del tribunal,

La representación de la parte codemandada, la mercantil SPCE IBIZA BCH CLUB, S.L., propone los siguientes MEDIOS DE PRUEBA.

1. INTERROGATORIO de la actora, Doña ANA CLAUDIA ARANJUEZ ROLDÁN.
2. INTERROGATORIO de la codemandada, A RECORDS, LTD.
3. TESTIFICAL, interrogatorio de los testigos que se mencionan a continuación y que deberán ser citados judicialmente.
 - Al fotógrafo profesional D. JUAN RETRATISTA CAMARÓN, con Documento Nacional de Identidad (DNI) n.º 000000002-X y domicilio en 07800 Ibiza, Calle de Sta. Eularia des Riu, n.º 2, 2-1. Esta parte solicita que este testigo sea citado por el tribunal.
 - A la directora de mercadotecnia de SPCE IBIZA BCH CLUB, S.L. Doña MARÍA PINTA MONAS, con DNI 00000004-E y domicilio en 07800 Ibiza, Calle de Noctámbulos, n.º 6, 1. Esta parte solicita que este testigo sea citado por el tribunal.
 - A la directora de mercadotecnia de A RECOR, LTD. Doña MARY SHEEP, con domicilio en SW1V Londres (REINO UNIDO), Brianston St., n.º 44, 9-2. Respecto de este testigo esta parte no dispone en este momento de algunos de sus datos, como es el caso de su número de pasaporte, por lo que de acuerdo con el artículo 285 LEC los aportará en el plazo de 5 días. Esta parte solicita que este testigo sea citado por el tribunal.
 - Al perito estadístico Don SALOMÓN MONEDERO GARCÍA, con DNI 000000003-Z y domicilio en 1700 Girona, Calle de la Creu, n.º 1, 1-2. Esta parte solicita que este testigo sea citado por el tribunal.
4. PERICIAL
 - Dictamen pericial estadístico emitido por Don SALOMÓN MONEDERO GARCÍA, de fecha 5 de febrero de 2007, que obra en autos.
5. DOCUMENTAL, por reproducida:
 - Prueba de la difusión pública de la imagen de la interesada, acaso en situaciones similares (fiestas, discotecas, baile), adjuntado a la contestación como DOCUMENTO DOS.
 - La contestación al burofax recibido en fecha 4 de diciembre de 2006, adjuntado a la contestación como DOCUMENTO TRES.
 - Contrato de prestación de servicios entre Spce Ibiza Bch Club, S.L. y el fotógrafo autónomo D. JUAN RETRATISTA CAMARÓN, adjuntado a la contestación como D DOCUMENTO CUATRO.
 - El contrato cesión de marca entre Spce Ibiza Bch Club, S.L. y A Records, Ltd., adjuntado a la contestación como DOCUMENTO CINCO.

- Cadena de correos entre el departamento de diseño de A Records, Ltd. y el de Spce Ibiza Bch Club, S.L., adjuntado a la contestación como DOCUMENTO SEIS.
 - Dictamen pericial sobre datos estadísticos relativos al reconocimiento de por parte del público objetivo, adjuntado a la contestación como DOCUMENTO SIETE.
 - Capturas de pantalla de distribuidores *online* del disco, adjuntado a la contestación como DOCUMENTO OCHO.
 - Comparativa entre índices de volúmenes de venta del disco en sus promociones de 2005 y 2006, adjuntado a la contestación como DOCUMENTO NUEVE.
6. La interesada por el Ministerio Fiscal y demás partes personadas.

2.3.5. Listado de preguntas a realizar en el interrogatorio

Se listan en lo sucesivo las preguntas propuestas ex ante y sin perjuicio de modificarse en función del desarrollo del juicio. Las preguntas incluidas siguen todas ellas una misma regla: evitar se capciosas, impertinentes o inútiles para no ser rechazadas por el Tribunal.

1. Interrogatorio de la actora, Doña ANA CLAUDIA ARANJUEZ ROLDÁN

- En sus visitas al local de mi representada, tuvo algún contacto con
- ¿Firmó usted algún contrato, autorización, o similar por el cual autorizara el fotógrafo que le tomó la fotografía a utilizarla?
- ¿Autorizó usted a que alguien para que pudiese ceder su derecho de imagen a terceros?
- ¿Posó usted para la toma de alguna fotografía?
- ¿Se identificó el fotógrafo? ¿Le enseñó algún distintivo que lo distinguiese como parte del personal de mi representada? ¿Cómo era ese distintivo?
- ¿Mantiene sus redes sociales abiertas al público, esto es, sin restricciones de acceso?
- ¿Ha publicado anteriormente alguna imagen en la que estuviese participando de una fiesta o se encontrase en un local de ocio nocturno?

2. Interrogatorio de la codemandada, A RECORDS, LTD.

- ¿Medió algún contrato entre A RECORDS LTD y el autor de la fotografía?
- ¿Medió algún precio? ¿Cuál?
- ¿Por qué no se procedió a recabar nuevo consentimiento de la Sra. Ana Claudia Aranjuez Roldán?

3. Testifical del fotógrafo profesional Don JUAN RETRATISTA CAMARÓN

- ¿Cuántos profesionales de la fotografía se encontraban autorizados por SPCE IBIZA BCH CLUB, S.L. entre los meses de junio a septiembre 2006?
- ¿Ha visto usted antes esta fotografía?
- ¿Es usted su autor?
- ¿Conoce usted quien la realizó?

4. Testifical de la directora de mercadotecnia de SPCE IBIZA BCH CLUB, S.L. DOÑA MARÍA PINTA MONAS

- ¿En qué consistían su relación con Mary Sheep?
- ¿Se le permitió modificar el diseño de la carátula del CD? ¿Respecto de qué elementos?
- ¿Intervino usted o alguien de su equipo en la elección de la fotografía incluida en el diseño?

5. Testifical de la directora de mercadotecnia de A RECOR, LTD. DOÑA MARY SHEEP

- ¿Tomó usted o alguien de su equipo la decisión creativa de utilizar la fotografía presente en el diseño final de la carátula del CD?
- ¿Quién les proveyó tal fotografía?
- ¿Por qué medios se cedió la fotografía?

6. Testifical del perito estadístico Don SALOMÓN MONEDERO GARCÍA

- En atención a su dictamen, ¿qué porcentaje de la población reconoce la Sra. Ana Claudia Aranjuez Roldán?
- ¿Qué porcentaje del público objetivo de la campaña promocional reconoce la Sra. Ana Claudia Aranjuez Roldán?
- ¿Qué porcentaje de población general reconoce la Sra. Ana Claudia Aranjuez Roldán en la carátula del CD?
- ¿Qué porcentaje del público objetivo de la campaña promocional reconoce la Sra. Ana Claudia Aranjuez Roldán en la carátula del CD?

2.4. Asesoramiento al cliente

2.4.1. Probabilidad de éxito

En atención a la doctrina jurisprudencial mayoritaria estudiada, es una causa que pocas probabilidades tiene de mantener indemne a mi representada, y ello debe ser convenientemente informado al cliente.

Las características de los antecedentes de hecho que hacen muy difícil que la causa prospere en favor de esta parte son dos: (a) la falta de consentimiento de la interesada; (b) el que la explotación de la imagen no se haya hecho bajo el paraguas de protección de un

derecho fundamental en colisión con el de imagen sino en la búsqueda de mero rédito económico.

Sin embargo, hay argumentos para defender la posición de esta demandada, que esgrimidos oportunamente pueden absolver a la mercantil aquí representada, como son: (i) la difícil justificación de haberse producido un daño moral en actos que la propia demandante realiza como *modus vivendi*; (ii) la falta de participación efectiva de la demandada en la toma, edición y publicación de la fotografía, y (iii) las usureras reglas de cuantificación del daño causado.

Respecto a este último punto, como se verá, es relevante a trasladar al cliente la posibilidad material de no obtener condena en costas, por la dificultad de que se aprecien todas las peticiones alzadas de contrario, y en especial, el modo de cálculo de la indemnización reclamada.

2.4.2. Coste del procedimiento

2.4.2.1. Tasas judiciales

Asimismo deberá informarse al cliente sobre la existencia de tasas por el ejercicio de la potestad jurisdiccional, también referidas como tasas judiciales, que le pudiesen ser aplicables.

En la actualidad, en esta materia aplica la Ley 10/2012, de 20 de noviembre, por la que se regulan determinadas tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses, reformada a raíz de la Sentencia del Tribunal Constitucional 140/2016, de 21 de julio, que trae causa de un recurso de inconstitucionalidad presentado por Diputados del Grupo Parlamentario Socialista en el Congreso de los Diputados. A resultas de su artículo 3 en consonancia con el 7, quien promoviere el ejercicio de la potestad jurisdiccional en el orden civil por el cauce del juicio ordinario, esto es, la parte actora que interpusiese demanda o la demandada que reconviniese, queda sujeto al pago de una tasa ascendente a 300 euros. Eventualmente dicha tasa se vería depreciada por la bonificación del diez por ciento contenida en el artículo 10 de la Ley 10/2012 de presentarse el escrito que la origina por vía telemática. Por su parte, al apelante se le instituye sujeto pasivo de una tasa de 800 euros y al que recurriese en casación o por la vía del recurso extraordinario por infracción procesal se le atribuye una cuota tributaria de 1.200 euros. Por último, el recurrente en amparo no debe sufragar ninguna tasa judicial.

Es menester recordar las importantes exenciones, de carácter objetivo y subjetivo, que reconfiguran esta obligación tributaria, que fueron ampliadas en pos del derecho a la tutela judicial efectiva (acceso a la justicia y acceso al recurso) con motivo del fallo constitucional mencionado. En primer término, se aplica una exención objetiva de la tasa al demandante y en su caso también recurrente en procesos especialmente configurados para la protección de derecho y libertades fundamentales como el que nos ocupa. Sin embargo, dicha exención no aplica por no encontrarnos en la posición de demandante.

Tampoco resulta relevante para mi cliente, por tratarse de una mercantil sin derecho a asistencia jurídica gratuita reconocido, la gran exención subjetiva introducida con la sentencia, la aplicada a las personas físicas. Por consiguiente, debe concluirse que en materia de tasas judiciales mi cliente tendría la obligación de pagar la tasa de 300 euros en caso de que la dirección letrada estimase conveniente reconvenir, una tasa que se vería rebajada a 270 euros de tramitarse por medios telemáticos, así como de pagar las tasas de 800 euros y 1.200 euros respectivamente si la estrategia procesal estimase pertinente la apelación o ulteriores recursos de apelación o extraordinario por infracción procesal o de casación.

En el momento coetáneo al supuesto de hecho, no estaba en vigor dicha Ley 10/2020, por lo que no existían tasas judiciales de las que informar al cliente.

2.4.2.1. Honorarios, hoja de encargo y provisión de fondos

De acuerdo con los artículos 23 y 31 LEC, la demandada debe comparecer en este procedimiento representada de procurador y bajo la dirección letrada de abogado en ejercicio.

Los honorarios del Procurador de los Tribunales vienen establecidos por el Real Decreto 1373/2003, de 7 de noviembre, *por el que se aprueba el arancel de derechos de los procuradores de los tribunales*, que resulta de aplicación tanto en el momento de los hechos como en la actualidad. Este Real Decreto no hace mención específica al procedimiento especial de protección de derechos fundamentales, sí relacionada en el anterior Real Decreto 1162/1991, de 22 de julio, *por el que se aprueba el Arancel de Derechos de los Procuradores de los Tribunales*, para cuyo supuesto el artículo 15 establecía una cantidad de 81,06 euros sin perjuicio de los aranceles que pudiesen devengar en caso de reclamarse también un indemnización. Dado que sin embargo un procedimiento en defensa de derechos fundamentales no se sustancia a raíz de una cuantía determinada por tener por objeto materias no susceptibles de cuantificación económica y que dicho procedimiento no tiene fijado expresamente un concepto especial de percepción de derechos del arancel, debemos estarnos al artículo 1.3 del Real Decreto 1373/2003, que establece una cuantía fija de 260 euros.

Debe tenerse en cuenta, además, la indemnización reclamada por la contraparte de 20.000 a los efectos del concepto de “cuantía determinada” del artículo 1.1 del Real Decreto 1373/2003, nos encontramos en la horquilla entre los 12.020,24 euros y los 24.040,48 euros, por lo que los derechos devengados estarán entre los 264,44 y los 396,67 euros, es decir, aproximadamente 330,55 euros. Estando a lo dispuesto en el artículo 2.b del mismo, la acumulación de esta pretensión devenga derechos conforme a su cuantía de forma independiente a los correspondientes por la demanda principal, en un modo tal que vienen a añadirse a los 260 euros ya determinados.

Finalmente, recordar que en juicio ordinario el procurador, con arreglo a la norma contenida en el artículo 1.4 del Real Decreto 1373/2003, tiene derecho a percibir un diez por ciento más sobre los derechos especificados anteriormente, y ello sin perjuicio de los

derechos que devengaren en virtud de la interposición de ulteriores recursos (artículos 48 y ss. del Real Decreto 1373/2003).

Respecto a la remuneración por la prestación de servicios del abogado, la cuantía de los honorarios profesionales a minutarse está sujeta al pacto entre el cliente y su letrado, siempre que se respete la normativa deontológica y la legislación en materia de libre competencia (artículo 39.1 de la Normativa de la Abogacía Catalana). La cuantificación de la minuta no puede ser, por lo tanto, arbitraria, sino que debe partir de una argumentación que la fundamente. Para solventar la cuestión, de entre otros métodos de cálculo a efectos de fijación del importe de los honorarios a percibir por el abogado, nuestro gremio ha venido utilizando ampliamente los criterios orientadores del Colegio profesional al que se adscriben, por ser una guía que racionaliza dicho cálculo y asegura una determinación ajustada y cuanto menos, lejos de ser abusiva.

En la actualidad, la elaboración de “criterios orientativos a los únicos efectos de la tasación de costas y de la jura de cuentas de los abogados” es una facultad otorgada por la Disposición adicional cuarta de la Ley 2/1974, de 13 de febrero, *sobre colegios profesionales*, introducida con la modificación de dicha norma de fecha 22 de diciembre de 2009. Por conocer del procedimiento los tribunales de Barcelona, resultarían de aplicación los criterios orientadores del Ilustre Colegio de la Abogacía de Barcelona, en su versión más reciente, la publicada el 1 de enero de 2010, cuya disponibilidad se ha visto afectada por haber sido recientemente objeto de sanción por parte de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC). La CNMC dictó el 8 de marzo de 2018 una Resolución por la que impuso una sanción de 1,46 millones de euros a nueve colegios de abogados españoles por entender que sus criterios orientadores incurrieran en infracción del artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, *de Defensa de la Competencia*, al realizar “*recomendaciones colectivas e indirectas sobre precios de los honorarios.*”²

Sin perjuicio de dicho procedimiento sancionador, cuya firmeza no es definitiva por cuanto el propio Colegio de abogados barcelonés ha anunciado la interposición de su recurso, esta alumna estima que la aplicación de estos criterios vierte una seguridad sobre lo ajustado del cálculo de los honorarios que favorece su aceptación por parte del cliente, por lo que se procede a su determinación con arreglo a dicha guía orientativa.

De acuerdo con el criterio 30, por un juicio ordinario con cuantía determinada (dado que no se especifica nada de la falta de determinación de cuantía) ascendente en 20.000 euros corresponde aplicar el veinte por ciento sobre dicha cuantía, resultando una minuta de 4.300 euros.

Por todo lo anterior, en la actualidad esta alumna haría una propuesta a su cliente por una cantidad total de 4.300 euros en concepto de honorarios profesionales, explicando

² PORTELLA, Núria; VILA, Cristina. «La CNMC sanciona a nueve colegios de abogados por prácticas restrictivas de la competencia». 27/03/2018 En: *Cuatrecasas* [en línea]. <<https://bit.ly/2Qe0mVW>>. [Consulta: 25/10/18].

que es un importe del todo razonable y dentro de lo habitualmente cobrado por los profesionales del gremio para el caso que presenta.

Sin embargo, en atención al supuesto de hecho debemos hacer la ficción de que la propuesta económica se realiza *en el momento temporal del supuesto de hecho*, esto es, a inicios del 2007. Los criterios del Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona en vigor en ese año son los publicados en 2004, que en su criterio 4.2 apartado d prescriben la misma recomendación que los de 2009, esto es, unos honorarios de 4.300 euros.

El Código de Consumo de Cataluña establece la obligación de entregar al cliente un presupuesto previo con dicha propuesta económica, que habitualmente se plasma en la hoja de encargo. El Ilustre Colegio de la Abogacía de Barcelona ha puesto a disposición de los colegiados un modelo de dicho documento³.

Será indispensable solicitar al cliente una previsión de fondos que satisfaga, como mínimo, los gastos en los que de inicio se incurrirán en el proceso. En este sentido, deberán proveerse los importes que en su caso se requieran en concepto de tasas judiciales, así como aquellos fondos que requiera el procurador para sus actuaciones al inicio del proceso.

En relación con la provisión de fondos para el abogado, se estima procedente aplicar los criterios orientadores del Ilustre Colegio de la Abogacía de Barcelona ya anteriormente apelados. En su criterio 10, se establece una recomendación que distribuye el importe recomendado de los honorarios a minutar en tres fases distintas, una primera, el período de alegaciones, en la cual se recomienda imputar un cuarenta por ciento del total, una segunda consistente en la audiencia previa, ascendente en un treinta por ciento del total, y una final con una imputación del restante treinta por ciento.

2.4.3. Probabilidad de obtener condena en costas

En su asesoramiento al cliente, el abogado debe mostrarse confiado de su posibilidad de éxito, pero no puede obligar informarle de los distintos escenarios que podrían darse.

En el eventual escenario en que esta parte no viese estimadas sus pretensiones, debe descartarse una condena en costas, pues en vistas a la doctrina jurisprudencial en la materia, rara vez se estiman indemnizaciones por explotaciones ilegítimas de imagen con finalidades publicitarias de cuantías superiores a 17.000 euros, factualidad que sostiene por sí sola dicha afirmación sin necesidad de entrar a valorar el acierto de la fundamentación en que se apoya la actora para el cálculo del importe reclamado. De este modo, una pretensión indemnizatoria como la que se pide de contrario, de cuantía ascendente a 20.000 euros, no se vería estimada en su integridad y por consiguiente no correspondería la imposición de condena en costas.

³Ilustre Colegio de la Abogacía de Barcelona. «Hojas de encargo profesional». 2018. En: *Ilustre Colegio de la Abogacía de Barcelona* [en línea]. <<https://bit.ly/2zZB3wG>>. [Consulta: 25/09/18].

2.4.4. Posibilidad de recurso y ante qué instancias

Contra la sentencia que se dictare por el juez de Primera Instancia del juzgado n.º 8 de Barcelona cabe recurso de apelación de acuerdo con el artículo 455 y ss. LEC. Dicho recurso deberá interponerse contra el mismo juzgado que dictó la sentencia que se impugna en un plazo de 20 días hábiles desde que esta fue notificada. El tribunal competente para resolver de este recurso será la Audiencia Provincial de Barcelona.

Contra la sentencia que se dictase en segunda instancia cabría únicamente interponer recurso extraordinario por infracción procesal de acuerdo con los artículos 458 y ss. LEC o recurso de casación de acuerdo con el artículo 477 y ss. siempre que concurriesen los requisitos que se preceptúan para ser admisibles. Ambos recursos deberán interponerse en un plazo de 20 días hábiles tras la notificación efectiva de la resolución a impugnar y el tribunal competente para resolver será el Tribunal Supremo.

Por último, y dado que se trata de un procedimiento en tutela de derechos fundamentales, será posible recurrir en amparo por el cauce del artículo 44 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. Aunque la legitimidad de dicho recurso recae en el titular del derecho fundamental, también la tiene quién ha sido parte de en el proceso judicial en tutela del derecho siempre que alegue interés legítimo. Este recurso deberá presentarse dentro de los 30 días siguientes a la notificación de la resolución impugnada.

Finalmente, debe mencionarse que en sede de Primera Instancia cabría la posibilidad de interponer recursos contra ciertas decisiones del Tribunal y del Letrado de la administración de justicia: (a) recursos de reposición, con un plazo de 5 días desde que se dictase la decisión de acuerdo con los artículos del 451 al 454 LEC, contra diligencias de ordenación, decretos no definitivos y providencias y autos no definitivos; (b) recursos de revisión, con un plazo de 5 días de acuerdo con el artículo 454 bis LEC, contra los decretos que pongan fin al procedimiento o impidan su continuación o contra los decretos expresamente previstos, y (c) recurso de apelación, con un plazo de 20 días de acuerdo con el artículo 455 y ss. LEC, contra autos definitivos y aquellos autos expresamente señalados por la ley.

2.5. Conclusiones

- I.** En virtud de la doctrina jurisprudencial estudiada se concluye que derecho a la imagen es un derecho con doble dimensión: una primera constitucional, que protege el bien jurídico del derecho de la personalidad, y uno segundo no subsumible en el ámbito de protección del primero, el de carácter meramente patrimonial.
- II.** La estrategia procesal sustantiva de la demandada, con el fin de ver satisfechas sus pretensiones, es acogerse a la dimensión meramente económica de la lesión alegada por la actora, rebatiendo además cualquier cuestión incidental que pudiese haber

dado lugar a pretensiones en conexión con la supuesta intromisión ilegítima cuya tutela judicial civil se persigue en el procedimiento. Frente a la eventualidad en que se estimase, empero, la intromisión ilegítima en los derechos constitucionales de la demandante, la demandada interesa que se aprecie su falta de intervención en ella. En último término, y en el caso de que las anteriores pretensiones se vieses desestimadas.

- III.** En materia de reglas aplicables al proceso y en virtud de la estrategia procesal mencionada la demandada tiene la oportunidad procesal de plantear excepciones procesales por inadecuación de procedimiento y por razón de competencia territorial, así como de presentar un haz de material probatorio en soporte de los argumentos que esgrime, excepciones y pruebas que, sin embargo, tienen muy baja probabilidad de prosperar y de admitirse, respectivamente.
- IV.** Esta parte tiene una probabilidad real de ver desestimadas sus pretensiones, por cuanto las circunstancias del supuesto de hecho se han venido resolviendo en nuestros Tribunales con la estimación de intromisión ilegítima, pese al criterio de esta alumna, que entiende que el bien jurídico protegido por la norma constitucional no tiene un mero carácter económico y por consiguiente únicamente cabe apreciar lesión patrimonial.
- V.** El letrado de la demandada Spce Ibiza Bch Club, S.L. tiene, como se ha expuesto, un margen jurídico para defender a su cliente logrando el mejor de los resultados posibles y así debe informarle. La certera dirección letrada del asunto tendría como consecuencia, entre otros, una alta probabilidad de no obtener condena en costas por no estimarse la totalidad de lo pedido de contrario.
- VI.** Contra la sentencia que se dictase eventualmente en perjuicio de las pretensiones y derechos de la demandada cabe recurso de apelación; contra la sentencia que se dictase por la Audiencia Provincial de Barcelona en segunda instancia cabe, en los casos tasados, recurso de casación o recurso extraordinario por infracción procesal, cuyo conocimiento se atribuye al Tribunal Supremo; y ultimada la vía ordinaria, cabe interponer recurso de amparo, por el cual conocerá de la causa el Tribunal Constitucional.
- VII.** El cálculo del coste total del procedimiento para la demandada incluye los honorarios de su abogado y procurador, por ser preceptiva su intervención, y los honorarios de los peritos que en su caso interviniesen. Dichos gastos podrán verse sufragados por la otra parte, o por el contrario, deberán añadirse a los que incurriese aquella en función de la condena en costas. En el momento coetáneo a los hechos no existían tasas judiciales, por lo que no deben incluirse en el cómputo.

VIII. Como información precontractual, el abogado deberá presentar a su cliente, Spce Ibiza Bch Club, S.L., una propuesta de honorarios en forma de Hoja de encargo, que detalle sus conceptos que justifiquen la cuantía total a minutar, que en este trabajo se ha cifrado en 4.300 euros en concepto de servicios prestados por el abogado, y de 260 a 600 euros en concepto de aranceles del Procurador. El profesional dividir el importe a pagar por la prestación de servicios en una provisión de fondos del 30% con la doble finalidad de hacer frente a los gastos en que pudiese ir incurriendo y asegurarse el pago de su cliente, pues se imputaría al total a minutar.

3. EMISIÓN DEL DICTAMEN

Del análisis jurídico realizado en el presente dictamen al objeto de asesorar a la codemandada Spce Ibiza Bch Club, S.L. en un procedimiento de tutela del derecho al honor, a la intimidad personal y a la propia imagen, se extraen las siguientes recomendaciones.

La alegada lesión que fundamenta la acción de la demandante es subsumible en la dimensión patrimonial del derecho a la propia imagen por lo que ab initio se sugiere negar la existencia de una intromisión ilegítima para focalizar la resolución de la controversia en un plano meramente económico. En la misma línea, es recomendable rebatir cuantos argumentos pueda esgrimir la actora para alegar lesiones a sus derechos en conexión con la pretensión principal. En previsión de una inoportuna estimación de lesión a derecho constitucional, es recomendable por cuanto es también factible en atención a las circunstancias del supuesto alegar subsidiariamente la falta de participación de la mercantil en los hechos constitutivos de intromisión ilegítima. En tercer término, y ante la hipótesis de que tanto intromisión como intervención pudiesen ser apreciadas por el tribunal, debe atacarse el método de cuantificación de la indemnización perseguida por la demandante.

Porque la determinación del tipo de procedimiento recae en la parte contraria, se imponen los requisitos procesales de representación de abogado y procurador, aumentando con ello los costes del procedimiento. Sin embargo, no resulta aplicable tasa judicial alguna.

Se recomienda que el letrado ponga en conocimiento de la sociedad que los aranceles del procurador pueden ascender entre 260 y 600 euros en función del devenir de la causa, y que la minuta del abogado asciende en 4.300 euros, que se recomienda facturar en tres plazos: un primer pago en concepto de provisión de fondos por el 30% del importe final, un segundo pago del mismo porcentaje antes de la Audiencia previa, y un pago por el importe restante al finalizar el procedimiento.

Es recomendable, así mismo, informar de la posibilidad de interponer un recurso de apelación ante la sentencia que recayere en primera instancia, así como posteriormente recurso de casación o recurso extraordinario por infracción procesal. Finalmente, cabría la posibilidad de interponer recurso de amparo. Se recomienda informar al cliente de que estas actuaciones procesales no están amparadas en el presupuesto inicialmente propuesto.

A estos gastos debe añadirse aquellos en que pudiese incurrirse durante el proceso en atención al material probatorio que se interesase aportar por esta parte. Así, se recomienda contratar un perito estadístico, cuyos honorarios quedarían fuera de los precios presentados. En relación con este punto, es recomendable explicar la baja probabilidad de que esta y otras pruebas se admitan, a los efectos de que el cliente pueda administrar su presupuesto. Del mismo modo se recomienda proceder respecto de las excepciones procesales.

Por último, es aconsejable prevenir al cliente de las difíciles perspectivas de éxito de su posición, que sin embargo no puede dejar de defenderse por las negativas consecuencias que puede generarle. A pesar de la garantía de profesionalidad del abogado, la doctrina jurisprudencial en la materia ha asentado un criterio en favor del interesado que perjudica la posición de su parte. Sin embargo, la misma doctrina estima reiteradamente exceptuar la condena en costas, pues las pretensiones de la actora no suelen estimarse en su totalidad.

Por consiguiente, se recomienda presentar escrito de contestación a la demanda contra Spce Ibiza Bch Club, S.L. de acuerdo con la estrategia procesal absolutoria mencionada, previo pago de la provisión de fondos correspondiente al 30% de la minuta del letrado.

BIBLIOGRAFÍA

Artículos doctrinales y bibliografía

«Derecho a la propia imagen». 2009 En: *Wolters Kluwer Guías Jurídicas* [en línea]. <<https://bit.ly/2qSLWMH>>. [Consulta: 25/09/18].

ESCRIBANO, Patricia. «Algunas cuestiones sobre la problemática jurídica del derecho a la intimidad, al honor y a la propia imagen en internet y en las redes sociales». 2015. En: *vLex* [en línea]. <<https://bit.ly/2TE0i0E>>. [Consulta: 05/09/18].

GARCÍA SANZ, Javier. «La protección civil frente a la utilización in consentida de la propia imagen para fines publicitarios o comerciales. Doctrina judicial». 2007 En: *Uría Menendez* [en línea]. <<https://bit.ly/2ONhYDm>>. [Consulta: 25/09/18].

Ilustre Colegio de la Abogacía de Barcelona. «Hojas de encargo profesional». 2018. En: *Ilustre Colegio de la Abogacía de Barcelona* [en línea]. <<https://bit.ly/2zZB3wG>>. [Consulta: 25/09/18].

«La acción de enriquecimiento injustificado por intromisión en los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen». Núm. LXXI-I, Enero 2018. En: *Anuario de Derecho Civil* [en línea]. <<https://bit.ly/2zZB3wG>>. [Consulta: 25/09/18].

LORENTE, M^a Cristina. «Los derechos al Honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen en la jurisprudencia más reciente». 2015. En: *vLex* [en línea]. <<https://bit.ly/2DGp3U9>>. [Consulta: 05/09/18].

PORTELLA, Núria; VILA, Cristina. «La CNMC sanciona a nueve colegios de abogados por prácticas restrictivas de la competencia». 27/03/2018 En: *Cuatrecasas* [en línea]. <<https://bit.ly/2Qe0mVW>>. [Consulta: 25/10/18].

TURULL, Max (Dir.); ALDANUY, Jordi... [et al.]. *Tècniques de treball i de comunicació. Instrumentarium per a les ciències jurídiques i socials*. 2a edición. Barcelona: Huygens editorial, 2013. 335 pág. ISBN 978-84-939245-3-9.

Legislación y normativa

Cataluña. Código de consumo de Cataluña. («BOE» núm. 5677, de 23/07/2010, páginas 7985 a 8056). Texto consolidado. <<https://bit.ly/2NHfnM3>>. [Consulta: 10/11/18].

Cataluña. *Normativa de la Abogacía Catalana*. («DOGC» núm. 5354, de 06/04/2009, páginas 28874 a 28907). <<https://bit.ly/2r0Ra9j>>. [Consulta: 10/11/18].

«Criterios de Honorarios del Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona, de noviembre de 2004». En: *Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona* [en línea]. Noviembre 2004. <<https://bit.ly/2R6U1ZF>>. [Consulta: 10/11/18].

«Criterios de Honorarios del Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona, de noviembre de 2010». En: *Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona* [en línea]. Enero 2010. <<https://bit.ly/2KuFrZg>>. [Consulta: 10/11/18].

España. Código Civil. («BOE» núm. 206, de 25/07/1889, páginas 249 a 259). Texto consolidado. <<https://bit.ly/1UkAJti>>. [Consulta: 10/11/18].

España. Estatuto General de la Abogacía Española. («BOE» núm. 164, de 10/07/2001, páginas 24913 a 24932).

España. Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. («BOE» núm. 7, de 08/01/2000, páginas 575 a 728). Texto consolidado. <<https://bit.ly/2rultYh>>. [Consulta: 10/11/18].

España. Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia. («BOE» núm. 159, de 04/07/2007, páginas 28848 a 28872).

España. Ley 22/2010, de 20 de julio, del Código de consumo de Cataluña. («BOE» núm. 196, de 13/08/2010, páginas 71949 a 72020). Texto consolidado. <<https://bit.ly/2NHfnM3>>. [Consulta: 10/11/18].

España. Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional. («BOE» núm. 239, de 05/10/1979, páginas 23186 a 23195).

España. Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, sobre protección civil del derecho al honor, a la *intimidad* personal y familiar y a la propia imagen. («BOE» núm. 115, de 14/05/1982, páginas 12546 a 12548).

España. Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. («BOE» núm. 157, de 02/07/1985, páginas 20632 a 20678). Texto consolidado. <<https://bit.ly/1cBJyQw>>. [Consulta: 10/11/18].

España. Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal. («BOE» núm. 298, de 14/12/1999, páginas 43088 a 43099).

España. Real Decreto de 24 de julio de 1889, por el que se publica el Código Civil. («BOE» núm. 206, de 25/07/1889, páginas 249 a 259).

España. Real Decreto 658/2001, de 22 de junio, por el que se aprueba el Estatuto General de la Abogacía Española. («BOE» núm. 164, de 10/07/2001, páginas 24913 a 24932).

España. Real Decreto 1373/2003, de 7 de noviembre, por el que se aprueba el arancel de derechos de los procuradores de los tribunales. («BOE» núm. 278, de 20/11/2003, páginas a 41054 a 41065).

España. Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal. («BOE» núm. 17, de 19/01/2008, páginas 4103 a 4136).

España. Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal. («BOE» núm. 17, de 19/01/2008, páginas 4103 a 4136). Texto consolidado. <<https://bit.ly/1UHU2Sw>>. [Consulta: 10/11/18].

España. Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal. («BOE» núm. 17, de 19/01/2008, páginas 4103 a 4136). Texto consolidado. <<https://bit.ly/1UHU2Sw>>. [Consulta: 10/11/18].

España. Resolución JUS/880/2009, de 24 de marzo, *por la que, habiendo comprobado previamente su adecuación a la legalidad, se inscribe en el Registro de Colegios Profesionales de la Generalidad de Cataluña la Normativa de la Abogacía Catalana*. («DOGC» núm. 5354, de 06/04/2009, páginas 28874 a 28907).

Unión Europea. Reglamento (UE) 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*. («DOUE» núm. 119, de 04/05/2016, páginas 1 a 88).

Jurisprudencia

Sentencia del Tribunal Supremo 707/1998 (Sala de lo Civil), de 7 de julio de 1998 (Ponente: Don José Luis Albacar López; ID CENDOJ: 28079110011998101452).

Sentencia del Tribunal Constitucional 81/2001 (Sala Segunda), de 26 de marzo de 2001 (Ponente: Don Carles Viver Pi-Sunyer; ECLI:ES:TC:2001:81).

Sentencia del Tribunal Constitucional 139/2001 (Sala Segunda), de 18 de junio de 2001 (Ponente: Don Pedro Cruz Villalón; ECLI:ES:TC:2001:139)

Sentencia del Tribunal Constitucional 156/2001 (Sala Segunda), de 2 de julio de 2001 (Ponente: Don Carles Viver Pi-Sunyer; ECLI:ES:TC:2001:156).

Sentencia del Tribunal Supremo 3256/2001 (Sala de lo Civil), de 20 de abril de 2001 (Ponente: Don José de Asís Garrote; ID CENDOJ: 28079110012001101956).

Sentencia del Tribunal Supremo 371/2002 (Sala de lo Civil), de 25 de enero 2002 (Ponente: Don Antonio Guillon Ballesteros; ID CENDOJ: 28079110012002101691).

Sentencia del Tribunal Supremo 7859/2002 (Sala de lo Civil), de 25 de noviembre 2002 (Ponente: Don Antonio Guillon Ballesteros; ID CENDOJ: 28079110012002102524).

Sentencia del Tribunal Supremo 218/2004 (Sala de lo Civil), de 17 de marzo de 2004 (Ponente: Don Pedro González Poveda; ID CENDOJ: 28079110012004100177).

Sentencia del Tribunal Supremo 8124/2007 (Sala de lo Civil), de 28 de noviembre de 2007 (Ponente: Don José Ramón Ferrándiz Gabriel; ID CENDOJ: 28079110012007101273).

ANEXO I. HECHOS DEL SUPUESTO DE HECHO

“HECHOS DE LA DEMANDA

I. Que en el verano de 2006, la demandante se encontraba en el interior de la discoteca “SPCE”, ubicada en la playa d’en Bossa, Ibiza, y le fueron realizadas unas fotografías por el personal del mencionado local sin que tuviera conocimiento de ello.

II. Dichas fotografías las realizaron, al parecer, miembros de la discoteca, y posteriormente cedieron las imágenes a la productora demandada para realizar un CD de la propia SPCE.

III. La productora, A Records, Ltd., utilizó como carátula del CD una de las fotografías, para lo cual aisló digitalmente la figura del entorno real que la rodeaba, y todo ello sin solicitar la autorización de la denunciante.

Se adjuntó a la demanda como DOCUMENTO 1 la carátula del CD “A Records SI Presents SPCE IBIZA mixed by D Picci”.

IV. Nuestra representada vio, por casualidad, que habían reproducido su imagen en un CD (ver el DOCUMENTO UNO) y, posteriormente, en carteles y pancartas publicitarias (ver el documento 2), en diferentes medios escritos españoles (ver el DOCUMENTO TRES) y otros de índole nacional e internacional (ver el DOCUMENTO 4).

Se adjuntó a la demanda como DOCUMENTO DOS, fotos tomadas de un local de Ibiza de carteles y pancartas publicitarias del CD.

Se adjuntó a la demanda como DOCUMENTO TRES, 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.

Se adjuntó a la demanda como DOCUMENTO CUATRO revista “PCHA”; de julio -agosto de 2006, en su página 12 en la que se reproduce la fotografía del CD.

El mencionado CD se puede adquirir por Internet, desde cualquier país, y, a modo de ejemplo, en las páginas web de Amazon o en la de VIRGIN, que nos envía directamente a la página web de Amazo.com, y en tiendas como las de VIRGIN MSTORE, las cuales se encuentran en la red disponibles en todo el mundo, y en las tiendas físicas de esta última marca en los cinco continentes. Se adjuntó a la demanda como DOCUMENTO CINCO captura de la página web de Amazo.com con la imagen del CD, en fecha de 23 de Enero de 2007.

Se adjuntó a la demanda como DOCUMENTO SEIS captura de la página web de VIRGIN con la imagen del CD, en fecha 23 de Enero de 2007.

V. Se produjeron contactos con A RECORDS, LTD., y con la discoteca SPCE con el objetivo de poner fin a tal intromisión ilegítima, así como para solicitar una compensación económica por el daño sufrido. La mercantil SPCE IBIZA BCH CLUB, S.L. 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. A su vez, también se contactó con A Records, Ltd. para tratar la situación que hoy demandamos, con la que se llegó a negociar. Esta aceptó que se debía compensar económicamente a nuestra representada, pero ofrecieron unas cantidades insatisfactorias y ridículas teniendo en cuenta las cantidades percibidas en los contratos de

cesión de imagen que nuestra representada realiza. A modo de ejemplo se adjunta un contrato de cesión de imagen por participar como personaje secundario en un anuncio (ver el DOCUMENTO SIETE) de 16 de Agosto de 2006 firmado por nuestra mandante, por el cual en caso de que su imagen se cediera en las ediciones finales de anuncio y apareciera en todo el mundo, podría llegar a percibir un total de 60.000 euros, teniendo en cuenta que se trataba de seis días de rodaje, incluyendo el 20% de Agencia, y resaltando que era un contrato de personaje secundario y no principal como en el caso del CD que la productora ha editado.

Se adjuntó a la demanda como DOCUMENTO SIETE contrato de “consentimiento y publicación: personajes secundarios”, de fecha 16 de Agosto de 2006.

Asimismo, en los contactos mantenidos con la productora se nos aseguró que el CD solo se comercializó en el Reino Unido y no en Ibiza, siendo fácilmente entendible que no se comercializará en ningún otro lugar fuera de las Islas Británicas, aunque ello resulta poco creíble si tenemos en cuenta tanto los DOCUMENTOS TRES y CUATRO, donde se puede observar publicidad del CD en unas publicaciones españolas, una de las cuales También tiene sus textos en inglés, ya que no sólo va orientada al mercado español, así como las ya mencionadas páginas web (ver DOCUMENTO SEIS) y tiendas. Todo ello revela la clara vocación internacional del producto. Por ello, entendemos que dicho CD ha resultado tener un éxito importante que, unido al precio de 32,99 \$ que se puede observar en el DOCUMENTO TRES y CUATRO, se hace evidente un enriquecimiento, por parte de los implicados, más que considerable.

VI. Se envió, con el fin de advertir a dichas sociedades que nos encontrábamos en una situación límite, carta certificada a A Records, Ltd, con fecha de 7 de Diciembre de 2006, y burofaxes a la mencionada, con fecha de 20 de Diciembre de 2006, y a Spce Ibiza Bch Club, S.L, con fecha de 4 de Diciembre de 2006.

Se adjuntó a la demanda como DOCUMENTO OCHO carta certificada enviada a A Records, Ltd., con fecha 7 de Diciembre de 2006.

Se adjuntó a la demanda como DOCUMENTO NUEVE burofax enviado a A Records, Ltd., con fecha 20 de Diciembre de 2006.

Se adjuntó a la demanda como DOCUMENTO DIEZ burofax a Spce Ibiza Beh Club, S.L., con fecha 4 de Diciembre de 2006.

VII. Doña 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.

VIII. A día de hoy, la sociedad SPCE IBIZA BCH CLUB, S.L se mantiene en la posición mencionada en el referido Punto V de los hechos, y con A Records, Ltd. no se ha alcanzado un acuerdo con nuestra representada que, teniendo en cuenta el producto del que se trata, el cual tiene una excelente aceptación en el mercado internacional, y el hecho de que la demandante fundamenta sus ingresos en la cesión de su imagen, resulta comprensible que quiera protegerse ante esta intromisión ilegítima.

CONTESTACIÓN A LA DEMANDA

HECHOS

Primero. A los hechos I al V de la demanda.

Mi representada ignora si la fotografía donde aparece la actora fue tomada dentro de la discoteca.

Y niega rotundamente que alguna persona perteneciente a la plantilla de su discoteca, dependiente de ella o que actuara con su autorización haya tomado esa foto u otras imágenes de la actora, por lo que tampoco se cedieron a la productora A RECORDS, LTD.

Segundo. *Al hecho VI de la demanda*

Reiteramos que no es cierto que mi representada haya reconocido que había autorizado ni cedido esa fotografía.

Y si A RECORDS, LTD. ha aceptado que debe compensar económicamente a la actora, entendemos que ello implica un reconocimiento de su responsabilidad; ignorando esta parte qué cantidad pidió la actora y que cantidad le fue ofrecida.

Tercero. *A los Hechos VII al X de la demanda.*

Es cierto que mi representada recibió esas cartas, y que siempre ha alegado no ser el responsable de la fotografía tomada a la actora ni del uso dado a la misma.

Cuarto. *En relación con la pretensión de indemnización*

La actora nos dice que su profesión es la de modelo publicitaria, y que sus ingresos son precisamente de la cesión de su imagen para diferentes eventos, a cambio de contraprestación económica.

Y en la fotografía ella parece precisamente como una modelo, llevando gafas de sol y el abanico de la discoteca, y un atuendo, peinado y maquillaje que reconocemos que son perfectamente adecuados al ambiente de la discoteca, siendo este el probable motivo por el que la productora del disco eligió la foto.

Esta fotografía no refleja un aspecto de su persona que ella misma haya derivado de la difusión pública, sino todo lo contrario, ya que es precisamente la difusión pública de su imagen su fuente de ingresos.

Por ello, vista la profesión de la actora y vista la portada del disco, no parece que la intromisión ilegítima que denuncia le haya causado un daño moral, porque en esa foto no se la ve en pose ni situación alguna que pueda atentar a su buen nombre, a su vida íntima y reservada o a su prestigio profesional.

Debemos recordar que el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen son ámbitos distintos, y que la actora no denuncia daño alguno a su honor ni a su prestigio profesional.

*Según dice, contactó con mi representada y con la productora codemandada A RECORDS, LTD. “al objeto de poner fin a tal intromisión ilegítima, así como proceder a la inmediata petición de resarcimiento por los daños y perjuicios ocasionados, **en atención al lucro obtenido por las demandadas a costa de su imagen**” (cit. Hecho VI de la demanda, el resaltado es nuestro).*

Y esta es la petición lógica de quien tiene como medio de vida la explotación de sus derechos de imagen para la publicidad de esta; entendiéndose esta parte que, si la actora hubiera obtenido una contraprestación por la cesión de la fotografía para la portada del disco, no hubiera interpuesto ninguna demanda reclamando lesión a su intimidad e imagen.

Dicho esto, la actora afirma que a cambio de su intervención en la campaña de publicidad que fue objeto del contrato que acompaña, percibió la cantidad de 60.000 €, según los propios términos de ese contrato.

De este documento, esta parte ha recibido dos hojas, la primera con el encabezamiento y la segunda con la firma, ignorando si la fotocopia es completa.

Y allí consta que la actora cedía su nombre, imagen y voz, total o parcialmente y de forma conjunta o por separado, para cualquier medio y formato de divulgación, incluido expresamente el CD; siendo el ámbito de la campaña publicitaria toda Europa.

Este contrato se firmó para seis días de rodaje, según se explica en la demanda, a razón de 10.000 € diarios incluido el 20% de comisión para la agencia que la representaba.

Se añade que, en caso de aparecer como artista principal en la edición tendría derecho a percibir una única remuneración adicional de 60.000 € incluida la comisión de agencia.

Existen además otros pagos para opciones en países no europeos, que ignoramos en el caso dado.

El contrato se firmó para una campaña publicitaria de un año de duración y, en la prórroga, se pactó para el segundo año un incremento del 10% sobre las condiciones antes citadas, con cuyo percibo la actora declaró que no recibiría ninguna compensación.

Así resulta que la actora, a cambio de la cesión de su nombre, imagen y voz para una importante campaña multinacional como es Vodafone SA, durante un año, y para toda España habría cobrado 60.000 € por seis días rodaje, y tal vez otros 60.000 € si se mantenían las condiciones que allí se detallan; comprometiéndose además a no aparecer en otras campañas publicitarias de competidores directos de Vodafone SA, se supone que durante el período de duración de la campaña.

En definitiva, la actora puede haber sufrido un daño económico por no haber sido retribuida por la cesión de su imagen para la portada del disco, pero esta parte señala que, dada su profesión de modelo y a la vista de esa fotografía, ningún daño se ha causado a su honor, intimidad o prestigio.

La demandante no ha alegado qué contrataciones podrían haberse visto truncadas con motivo de esas publicaciones, ni que otros perjuicios profesionales podrían haberse causado a la modelo.

Y como antes se ha dicho, no parece que la fotografía de la actora muestre su imagen en un aspecto de su persona que ella desee preservar de la difusión pública a fin de garantizar un ámbito privativo para el desarrollo de su personalidad, pues estaba en un sitio público a la entrada de una discoteca.

En el presente caso la actora ni siquiera menciona en qué se ha visto afectada su dignidad y vida personal, en qué consiste el perjuicio moral que se ha causado a su persona por la publicación de la foto de portada del disco; ni qué intromisión en su vida íntima se ha producido para justificar la elevada indemnización por daños morales que solicita.

Quinto. *Para concretar los hechos que podría dar lugar a indemnización.*

Es cierto que la foto de portada tiene la repercusión mediática que es consustancial al lanzamiento y comercialización del disco por parte de la productora codemandada A RECORDS, LTD., cuyos beneficios esta parte desconoce.

Y es esta productora la que encargó de la promoción del disco, eligiendo por su mayor difusión la revista “PCHÁ” que es de una discoteca competidora directa de SPCE en la Isla de Ibiza.

Pero también es cierto que la intervención de mi representada se ha limitado a la cesión de su marca “SPCE”, y a controlar que en el disco en cuestión su logotipo tiene la forma, tamaño y colocación adecuada.

Esta colaboración entre productoras musicales y discotecas es frecuente, porque la actuación de estas últimas ayuda a vender discos; siendo también lógico un acuerdo del contenido musical, compuesto por temas de la conocida como “música del momento”.

En el acuerdo de cesión de marca existente entre mi representada SPCE y A RECORDS, LTD. Esta productora se encargaba de seleccionar los temas de los disc-jockeys contratados por SPCE, de tratar con ellos la cesión de derechos de autor, del diseño de la portada del disco - respetando la forma, tamaño y colocación del logotipo “SPCE”, como bien se ha dicho- y de la producción, edición y comercialización del mismo; sin que mi representada tuviera participación en los gastos e ingresos derivados de todo ello.

En cuanto a los ingresos, SPCE ha recibido a cambio de la cesión de sus derechos de marca la cantidad de 20.000€ que consta en la factura que se acompaña como DOCUMENTO UNO, que incluye un pago que quedó pendiente del año anterior, correspondiente a la cesión de derechos de marca del disco SPCE.

Dicho esto, mi representada entiende que no puede serle exigida cantidad alguna como contraprestación por la cesión de los derechos de imagen de la actora, y que esta debe dirigirse a la persona que haya tomado su foto sin su consentimiento, y a la empresa que la ha usado en la producción, edición, promoción y comercialización del disco, que es A RECORDS, LTD., la misma que, según dice la actora, le ha ofrecido una compensación económica que ella no acepta.

Aunque pueda decirse que también mi representada se ha beneficiado de la participación de ese disco porque ha recibido un dinero obtenido a cambio de la cesión de su imagen, le parece fuera de toda lógica que deba responder ante la actora por unas ventas y beneficios que le son del todo ajenos, porque es A RECORDS, LTD., la dueña del disco, quien lo ha producido y editado, y quien ha hecho suyas las ganancias derivadas de su comercialización.

(Según los documentos acompañados a la demanda, que son copias de páginas y tiendas de discos en internet, el precio del disco no es de 34,99 dólares USA, como afirma la actora, sino de 17,09 dólares en CDUNIVERS, de 19,95 € en AMAZON, y de 34,99 dólares en VIRGINMEGAST).

Sexto. *Respecto a SPCE.*

SPCE no ha colaborado en modo alguno en la edición gráfica del disco ni en la elección de su fotografía de portada, ni tampoco puede ser considerada cooperadora necesaria en la difusión de dicha foto, por lo que entendemos que no puede ni debe apreciarse concurrencias de culpas, siendo la conducta de la productora A RECORDS, LTD. la única y exclusiva determinante de esa publicación.

Apreciar la existencia de culpa en mi representada supondría imponerle una responsabilidad puramente objetiva, contraria a los principios que regulan la responsabilidad civil en nuestro ordenamiento.

En definitiva, como ya se ha dicho, mi representada no ha intervenido en la elección de la foto de la actora, ni en el diseño gráfico del disco, por lo que ninguna intencionalidad cabe atribuirle como sujeto de esas conductas infractoras: SPCE no ha vulnerado el derecho a la intimidad y a la propia imagen de la actora, ni ha participado en modo alguno en la intromisión ilegítima que ella denuncia.”

ANEXO II. CONTESTACIÓN A LA DEMANDA

Juzgado Primera Instancia n.º 8 de Barcelona

Procedimiento de tutela del derecho al honor, a la intimidad personal y a la propia imagen n.º 18/2007-C

AL JUZGADO

Doña María Clara Deulofeu Expósito, procuradora de los tribunales y de la mercantil **SPCE IBIZA BCH CLUB, S.L.** según acreditado mediante la escritura de poder especial para pleitos que acompaño para su unión a los autos solicitando la devolución del original, actuando bajo la dirección de la letrada Doña Eulàlia Roca Grau, colegiada ICAB n.º 00000, ante el juzgado comparezco y como mejor en Derecho proceda, **DIGO:**

Que en fecha 22 de septiembre de 2017 nos ha sido notificada demanda de juicio ordinario en ejercicio de acción de protección de los derechos fundamentales por la representación de Doña Ana Claudia, y dentro del plazo conferido al efecto, de conformidad con lo establecido en los artículos 405 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC), por medio del presente escrito paso a formular escrito de **CONTESTACIÓN A LA DEMANDA**, con base a los siguientes

HECHOS

PREVIO.- Negamos los hechos de la demanda en cuanto no se admitan expresamente en los siguientes.

PRIMERO.- A los hechos I al V de la demanda

Mi representada ignora si la fotografía donde aparece la actora fue tomada dentro de la discoteca.

Y niega rotundamente que alguna persona perteneciente a la plantilla de su discoteca, dependiente de ella o que actuara con su autorización haya tomado esa foto u otras imágenes de la actora, por lo que tampoco se cedieron a la productora A RECORDS, LTD.

SEGUNDO.- Al hecho VI de la demanda

Reiteramos que no es cierto que mi representada haya reconocido que había autorizado ni cedido esa fotografía.

Y si A RECORDS, LTD. ha aceptado que debe compensar económicamente a la actora, entendemos que ello implica un reconocimiento de su responsabilidad; ignorando esta parte qué cantidad pidió la actora y que cantidad le fue ofrecida.

TERCERO.- A los Hechos VII al X de la demanda

Es cierto que mi representada recibió esas cartas, y que siempre ha alegado no ser el responsable de la fotografía tomada a la actora ni del uso dado a la misma.

CUARTO.- En relación con la pretensión de indemnización

La actora nos dice que su profesión es la de modelo publicitaria, y que sus ingresos son precisamente de la cesión de su imagen para diferentes eventos, a cambio de contraprestación económica.

Y en la fotografía ella parece precisamente como una modelo, llevando gafas de sol y el abanico de la discoteca, y un atuendo, peinado y maquillaje que reconocemos que son perfectamente adecuados al ambiente de la discoteca, siendo este el probable motivo por el que la productora del disco eligió la foto.

Esta fotografía no refleja un aspecto de su persona que ella misma haya derivado de la difusión pública, sino todo lo contrario, ya que es precisamente la difusión pública de su imagen su fuente de ingresos.

Por ello, vista la profesión de la actora y vista la portada del disco, no parece que la intromisión ilegítima que denuncia le haya causado un daño moral, porque en esa foto no se la ve en pose ni situación alguna que pueda atentar a su buen nombre, a su vida íntima y reservada o a su prestigio profesional.

Debemos recordar que el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen son ámbitos distintos, y que la actora no denuncia daño alguno a su honor ni a su prestigio profesional.

Según dice, contactó con mi representada y con la productora codemandada A RECORDS, LTD. “al objeto de poner fin a tal intromisión ilegítima, así como proceder a la inmediata petición de resarcimiento por los daños y perjuicios ocasionados, **en atención al lucro obtenido por las demandadas a costa de su imagen**” (cit. Hecho VI de la demanda, el resaltado es nuestro).

Y esta es la petición lógica de quien tiene como medio de vida la explotación de sus derechos de imagen para la publicidad de esta; entendiéndose esta parte que, si la actora hubiera obtenido una contraprestación por la cesión de la fotografía para la portada del disco, no hubiera interpuesto ninguna demanda reclamando lesión a su intimidad e imagen.

Dicho esto, la actora afirma que a cambio de su intervención en la campaña de publicidad que fue objeto del contrato que acompaña, percibió la cantidad de 60.000 €, según los propios términos de ese contrato.

De este documento, esta parte ha recibido dos hojas, la primera con el encabezamiento y la segunda con la firma, ignorando si la fotocopia es completa.

Y allí consta que la actora cedía su nombre, imagen y voz, total o parcialmente y de forma conjunta o por separado, para cualquier medio y formato de divulgación, incluido expresamente el CD; siendo el ámbito de la campaña publicitaria toda Europa.

Este contrato se firmó para seis días de rodaje, según se explica en la demanda, a razón de 10.000 € diarios incluido el 20% de comisión para la agencia que la representaba.

Se añade que, en caso de aparecer como artista principal en la edición tendría derecho a percibir una única remuneración adicional de 60.000 € incluida la comisión de agencia.

Existen además otros pagos para opciones en países no europeos, que ignoramos en el caso dado.

El contrato se firmó para una campaña publicitaria de un año de duración y, en la prórroga, se pactó para el segundo año un incremento del 10% sobre las condiciones antes citadas, con cuyo percibo la actora declaró que no recibiría ninguna compensación.

Así resulta que la actora, a cambio de la cesión de su nombre, imagen y voz para una importante campaña multinacional como es VODAFONE, S.A., durante un año, y para toda España habría cobrado 60.000 € por seis días rodaje, y tal vez otros 60.000 € si se mantenían las condiciones que allí se detallan; comprometiéndose además a no aparecer en otras campañas publicitarias de competidores directos de VODAFONE, S.A., se supone que durante el período de duración de la campaña.

En definitiva, la actora puede haber sufrido un daño económico por no haber sido retribuida por la cesión de su imagen para la portada del disco, pero esta parte señala que, dada su profesión de modelo y a la vista de esa fotografía, ningún daño se ha causado a su honor, intimidad o prestigio.

La demandante no ha alegado qué contrataciones podrían haberse visto truncadas con motivo de esas publicaciones, ni que otros perjuicios profesionales podrían haberse causado a la modelo.

Y como antes se ha dicho, no parece que la fotografía de la actora muestre su imagen en un aspecto de su persona que ella desee preservar de la difusión pública a fin de garantizar un ámbito privativo para el desarrollo de su personalidad, pues estaba en un sitio público a la entrada de una discoteca.

En el presente caso la actora ni siquiera menciona en qué se ha visto afectada su dignidad y vida personal, en qué consiste el perjuicio moral que se ha causado a su persona por la publicación de la foto de portada del disco; ni qué intromisión en su vida íntima se ha producido para justificar la elevada indemnización por daños morales que solicita.

QUINTO.- Para concretar los hechos que podría dar lugar a indemnización

Es cierto que la foto de portada tiene la repercusión mediática que es consustancial al lanzamiento y comercialización del disco por parte de la productora codemandada A RECORDS, LTD., cuyos beneficios esta parte desconoce.

Y es esta productora la que encargó de la promoción del disco, eligiendo por su mayor difusión la revista “PCHÁ” que es de una discoteca competidora directa de SPCE en la Isla de Ibiza.

Pero también es cierto que la intervención de mi representada se ha limitado a la cesión de su marca “SPCE”, y a controlar que en el disco en cuestión su logotipo tiene la forma, tamaño y colocación adecuada.

Esta colaboración entre productoras musicales y discotecas es frecuente, porque la actuación de estas últimas ayuda a vender discos; siendo también lógico un acuerdo del contenido musical, compuesto por temas de la conocida como “música del momento”.

En el acuerdo de cesión de marca existente entre mi representada SPCE y A RECORDS, LTD. Esta productora se encargaba de seleccionar los temas de los disc-jockeys contratados por SPCE, de tratar con ellos la cesión de derechos de autor, del diseño de la portada del disco - respetando la forma, tamaño y colocación del logotipo “SPCE”, como bien se ha dicho- y de la producción, edición y comercialización del mismo; sin que mi representada tuviera participación en los gastos e ingresos derivados de todo ello.

En cuanto a los ingresos, SPCE ha recibido a cambio de la cesión de sus derechos de marca la cantidad de 20.000€ que consta en la factura que se acompaña al presente escrito, que incluye un pago que quedó pendiente del año anterior, correspondiente a la cesión de derechos de marca del disco SPCE.

Dicho esto, mi representada entiende que no puede serle exigida cantidad alguna como contraprestación por la cesión de los derechos de imagen de la actora, y que esta debe dirigirse a la persona que haya tomado su foto sin su consentimiento, y a la empresa que la ha usado en la producción, edición, promoción y comercialización del disco, que es A RECORDS, LTD., la misma que, según dice la actora, le ha ofrecido una compensación económica que ella no acepta.

Aunque pueda decirse que también mi representada se ha beneficiado de la participación de ese disco porque ha recibido un dinero obtenido a cambio de la cesión de su imagen, le parece fuera de toda lógica que deba responder ante la actora por unas ventas y beneficios que le son del todo ajenos, porque es A RECORDS, LTD., la dueña del disco, quien lo ha producido y editado, y quien ha hecho suyas las ganancias derivadas de su comercialización.

(Según los documentos acompañados a la demanda, que son copias de páginas y tiendas de discos en internet, el precio del disco no es de 34,99 dólares USA, como afirma la actora, sino de 17,09 dólares en CDUNIVERS, de 19,95 € en AMAZON, y de 34,99 dólares en VIRGIN MEGAST).

SEXTO.- Respecto a SPCE

SPCE no ha colaborado en modo alguno en la edición gráfica del disco ni en la elección de su fotografía de portada, ni tampoco puede ser considerada cooperadora necesaria en la difusión de dicha foto, por lo que entendemos que no puede ni debe apreciarse concurrencias de culpas, siendo la conducta de la productora A RECORDS, LTD. la única y exclusiva determinante de esa publicación.

Apreciar la existencia de culpa en mi representada supondría imponerle una responsabilidad puramente objetiva, contraria a los principios que regulan la responsabilidad civil en nuestro ordenamiento.

En definitiva, como ya se ha dicho, mi representada no ha intervenido en la elección de la foto de la actora, ni en el diseño gráfico del disco, por lo que ninguna intencionalidad cabe atribuirle como sujeto de esas conductas infractoras:

SPCE no ha vulnerado el derecho a la intimidad y a la propia imagen de la actora, ni ha participado en modo alguno en la intromisión ilegítima que ella denuncia.

SÉPTIMO.- Documentación adjuntada al escrito de contestación a la demanda

Se adjunta a la demanda la siguiente documentación:

- Factura por la cesión derechos de la marca SPCE, adjuntado como Documento Uno;
- Prueba de la difusión pública de la imagen por parte de la propia interesada en situaciones similares (fiestas, discotecas, baile), adjuntado a la contestación como Documento Dos;
- La contestación al burofax recibido en fecha 4 de diciembre de 2006, adjuntado al presente escrito como Documento Tres;
- Contrato de prestación de servicios entre SPCE IBIZA BCH CLUB, S.L. y el fotógrafo autónomo Don JUAN RETRATISTA CAMARÓN, adjuntado a la contestación a la demanda como Documento Cuatro;
- El contrato cesión de marca entre SPCE IBIZA BCH CLUB, S.L. y A RECORDS, LTD., adjuntado como Documento Cinco;
- Cadena de correos entre el departamento de diseño de A RECORDS, LTD. y el de SPCE IBIZA BCH CLUB, S.L. adjuntado al presente como Documento Seis
- Informe pericial sobre datos estadísticos relativos al reconocimiento de por parte del público objetivo, adjuntado a la contestación a la demanda como Documento Siete;
- Capturas de pantalla de distribuidores *online* del disco en contienda, adjuntado como Documento Ocho,
- Comparativa entre índices de volúmenes de venta del disco en sus promociones de 2005 y 2006, adjuntado a este escrito como Documento Nueve.

A los anteriores hechos le son aplicables los siguientes

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I. JURIDICO-MATERIALES

PREVIA.- Negamos las calificaciones jurídicas efectuadas de contrario de la demanda en cuanto no se admitan expresamente en las siguientes.

PRIMERA.- De la falta de dimensión constitucional de la lesión alegada y de la falta de intromisión ilegítima al derecho a la propia imagen

Esta parte niega con contundencia que los hechos acaecidos puedan subsumirse en la protección constitucional del derecho a la propia imagen, y, en todo caso, que estos antecedentes de hecho puedan sean constitutivos de intromisión ilegítima de este derecho de la personalidad de la demandante.

La protección reclamada por la actora no es sino sobre el control sobre los efectos económicos de la utilización de su imagen, una cuestión relativa a la vertiente puramente patrimonial de la imagen: su explotación comercial. Por ello, y en atención a la jurisprudencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, en consonancia con la doctrina jurisprudencial del Tribunal constitucional, una eventual lesión a este derecho carece de dimensión constitucional.

A diferencia de los restantes derechos constitucionales consagrados en el artículo 18.1 CE, derecho al honor y a la intimidad, el derecho a la propia imagen tiene una dimensión de carácter patrimonial. El Tribunal Constitucional, en su Sentencia del Tribunal Constitucional 81/2001 (Sala Segunda), de 26 de marzo de 2001 (Ponente: Don Carles Viver Pi-Sunyer; ECLI:ES:TC:2001:81) estableció que la protección otorgada a dicho aspecto económico de la imagen debe escapar de la protección constitucional para ceñirse en la puramente legal pues *“la 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”* (FJ2).

Esta parte no quiere en este punto negar que el conjunto de derechos relativos a la explotación comercial de la imagen sean dignos de protección por nuestro ordenamiento. Lo que sí viene a cuestionar es la sobredimensión que pretende otorgarse a una supuesta lesión que únicamente podría tener relevancia patrimonial.

La actora alega intromisión a su derecho fundamental a la propia imagen por violación de la protección consagrada en el artículo 7.6 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*, en conexión con su artículo 2, que previene la utilización de la imagen de una persona para fines publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga sin su consentimiento. Sin embargo, estudiando dicha prohibición en relación con la limitación a la protección constitucional de la imagen establecida por el Alto Tribunal, debe precisarse que para que la lesión sea calificada de intromisión ilegítima y por lo tanto subsumible en dicha previsión, debe revestir de una gravedad bastante que así lo justifique: debe producir una lesión que sea contraria a la dignidad de la persona titular del derecho.

Además, para que dicha lesión a la dignidad personal sea calificada como violación del derecho constitucional a la imagen debe revestir de antijuridicidad respecto de este derecho individualmente considerado, esto es, despreciando una hipotética vulneración de los demás derechos regulados en el artículo 18.1 CE. La jurisprudencia constitucional

ha dejado resuelta la cuestión sobre la configuración autónoma del derecho a la imagen respecto del resto de derechos consagrados en el artículo 18.1 CE, esto es, que la intromisión ilegítima al derecho a la imagen no debe ligarse, para su apreciación, a una lesión al derecho al honor o al derecho a la intimidad personal y familiar.

Es necesario en este punto volver a traer a colación los argumentos en los que se fundamenta la lesión y la indemnización pretendida de contrario, muy especialmente aquellos referidos a la prima o “caché” cobrada anteriormente por la demandante para utilizations comerciales de su imagen. Desconociendo el alcance de su error, es la propia demandante quien desvirtúa la pretendida ofensa a su derecho personalísimo a la imagen sirviéndonos en bandeja de plata el mayor argumento para su desestimación: el hecho que comercialice con su derecho.

Por lo tanto, esta parte viene a refutar enérgicamente el pretendido alcance moral de la lesión a su derecho a la imagen alegada por la contraparte, pues es contradictorio afirmar que un supuesto de utilización de la imagen análogo al uso que reiteradamente ha hecho la demandante de su imagen en el tráfico laboral y comercial sea únicamente en el presente caso un atentado a la dignidad de la persona titular.

SEGUNDA.- Sobre la inexistencia de intromisión ilegítima a los restantes derechos consagrados en el artículo 18.1 CE

Habiendo sido atacada la subsumibilidad de la causa en el derecho constitucional que protege el derecho a la propia imagen, esta parte argumenta ahora la imposibilidad de apreciar violación de los restantes derechos consagrados en el artículo 18.1 CE.

Respecto a la posibilidad de haberse producido una intromisión ilegítima al honor o a su prestigio profesional, esta parte quiere apelar a la documental adjuntada, en concreto aquella en la que se listan ejemplos de imágenes difundidos públicamente por la propia interesada por medio de sus perfiles en redes sociales (que, recordamos, es el Documento Dos). En dichas imágenes, la contraparte aparece bailando en fiestas, discotecas y *shows* en actitudes harto más informativas que la que presenta en la imagen obrante en autos. Tampoco marcan una diferencia de interés el texto o elementos decorativos que envuelven la imagen en el diseño de la carátula del CD: no se hacen aseveraciones ni se anuncia un espectáculo que pudiese insinuar la atribución de un determinado apelativo negativo a la interesada representada en ella. Es evidente que, por consiguiente, la imagen en cuestión no pudo atacar a su honor, pues no ataca su buen nombre, ni la difama, ni afecta su reputación o la hace desmerecer en consideración ajena en ninguna forma que no hubiese sido revelada previamente por la propia interesada, y, a mayor abundamiento, su contenido es inocuo, nada deshonoroso ni difamatorio. Por ello, y con arreglo a la doctrina jurisprudencial asentada en esta materia, no puede estimarse que los hechos en los que la actora funda su reclamación puedan ser constitutivos de intromisión ilegítima a su derecho al honor en cuanto al contenido de la fotografía, pues *“no es un escándalo social, y las leyes han de interpretarse de acuerdo a la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas (art. 2o.1 Cód. civ.)”*. (FJ3), Sentencia del Tribunal Supremo

7859/2002, (Sala de lo Civil), de 25 de noviembre 2002 (Ponente: Don Antonio Guillon Ballesteros; ID CENDOJ: 28079110012002102524).

Debe descartarse que los hechos enjuiciados puedan ser calificados como intromisión ilegítima a la intimidad personal de la actora, por no darse en el momento de la toma de la fotografía un ambiente que fundamente la apariencia de privacidad ni desvelar, la captura, información íntima de la modelo Sra. ANA CLAUDIA ARANJUEZ ROLDÁN.

En las circunstancias de la toma de la fotografía no concurren las notas de privacidad que pudiesen haber dado lugar a la exposición de aspectos vulnerables de la personalidad de la actora. En vistas a los elementos presentes en la fotografía, como son la posición de la modelo, su atuendo y actitud, en la cual la actora porta gafas de sol, abanico y vestimenta festiva debe realizarse la necesaria inducción de que en el momento de la toma de la fotografía esta no se encontraba en un lugar recluso del que se pudiese guardar una cierta expectativa de intimidad, sino en un lugar abierto, incluso concurrido, ya fuese un espacio público como un local abierto al público, en el que se encontraba mostrando su faceta más social y extravertida. Es la misma actitud de la modelo la que lleva a afirmar que, siendo además plenamente consciente de que el ambiente a su alrededor ofrecía nulas garantías de privacidad, el objetivo personalmente perseguido no era pasar desapercibida, sino destacar. No es el respeto a su intimidad lo que busca potenciar en el momento de la toma de la imagen, sino darse publicidad, llamar la atención sobre sí misma y sobre su imagen.

La fotografía tampoco aporta información relevante acerca de hábitos o vicios que pudiesen exponer facetas de la esfera privada de la modelo que esta no quisiese revelar. Los elementos que forman parte de la fotografía, como lo son las gafas de sol o el abanico, así como la importante ausencia de elementos posiblemente comprometedores como lo serían una bebida alcohólica o posición insinuante, no desvelan datos sobre la vida personal de la modelo y podrían calificarse de elementos vacíos de contenido informativo habitualmente utilizados en la escenografía de fotografías de la misma categoría. Ello, sumado a la ausencia de elementos identificativos del lugar de la toma de la fotografía, revela la absoluta neutralidad de la imagen, que podría haberse tomado en un plató.

Como colofón, la absoluta falta en la imagen de contenido informativo sobre aspectos privados de la actora tampoco se desmiente de contrario, por cuanto no se hace mención a la vulneración de su privacidad o a la exposición pública de aspectos personales de su carácter.

Por consiguiente, no puede apreciarse vulneración alguna del derecho a la intimidad personal en dicha fotografía, porque como se ha dicho, no se desvela en ella aspectos de sí misma que la modelo haya excluido de la difusión pública.

TERCERA.- De la imposibilidad de apreciarse tratamiento ilegítimo de datos de carácter personal

En tercer lugar se interesa que se desestime la posibilidad de apreciar un hipotético tratamiento ilícito de datos de carácter personal de la demandante por haberse difundido una imagen que permite reconocerle.

Como ha venido alegándose, ha sido la propia interesada que ha venido haciendo este dato de carácter personal manifiestamente público por los medios de comunicación social, y por consiguiente, de acuerdo con el artículo 6.2 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, *de Protección de Datos de Carácter Personal*, en conexión con el artículo 7.1 letra “e” del Reglamento de desarrollo de la LOPD, aprobado por medio del Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, no cabe apreciar lesión a los derechos y libertades fundamentales de la demandante. Además, la propia demandante conocía de la toma de la fotografía y no se opuso, por lo que concurren todos los requisitos del consentimiento tácito.

CUARTA.- De la inexistencia de lesión

Ha quedado demostrada la imposibilidad de que se haya perpetrado intromisión ilegítima alguna a los derechos constitucionales consagrados en el artículo 18.1 CE, lo que inevitablemente pone de manifiesto que la aquí actora ha pretendido encauzar un mero desacuerdo de índole contractual referido al precio a cobrar por la explotación comercial de su imagen por el procedimiento de protección sumaria reservado a los bienes jurídicos más sensibles del estado de derecho, los que cimientan el libre desarrollo de la personalidad de sus ciudadanos.

Concentrándose la cuestión, pues, en el ámbito contractual, debemos analizar un contrato celebrado presuntamente sin la intervención de la demandante en virtud del cual alega habersele ocasionado unos perjuicios no puramente constitucionales sino económicos. En estas, deben analizarse dos aspectos consustanciales al contrato: por un lado, la prestación de consentimiento en el momento original de la toma de la fotografía, y por el otro, la ulterior cesión de los derechos de imagen en relación con la misma. Antes de adentrarnos en el análisis de la primera de las cuestiones, la relativa a la prestación o no de consentimiento, esta parte declara que desconoce la autoría de la imagen discutida, los pormenores de su toma y la forma en la que fue puesta a disposición de A RECORDS, LTD.

Nada dice la contraparte ni se ha podido averiguar por esta demandada, a falta de comparecencia de su litisconsorte, acerca del alcance del consentimiento verbal que otorgó la modelo al fotógrafo que le tomó la fotografía en tienda. Por tratarse de un contrato verbal y por ello convenientemente imposible su interpretación, exige la demandante que se considere que no se había cedido su derecho al profesional ni apoderado para ello, por lo que el negocio jurídico posterior celebrado sin su concurrencia debió ser en todo caso nulo. Ello se vincula además a una supuesta falta de diligencia de la empresa cesionaria por no solicitar el consentimiento de la propia titular de la imagen.

No le constan a esta parte los motivos por los que A RECORDS, LTD. hubiese podido considerar que le habían sido cedidos los derechos a la imagen reproducida en la

fotografía, ni puede aportar más prueba que permita entrar a discutir la razonabilidad de la asunción de que el cedente estaba en capacidad de ceder los derechos económicos de la actora y que por ello fuese innecesario recabar nueva autorización, ni tan siquiera conoce si medió contraprestación económica en virtud de la transacción. En cualquier caso no puede exigirse a esta parte responsabilidad por un acto que subjetivamente no le es imputable, por encontrarse fuera del ámbito de su control. De nuevo, mi representada no intervino en la empresa y no guarda relación alguna con las partes implicadas en la transacción, fuera de su relación comercial con A RECORDS, LTD., que nada tiene que ver con la toma, cesión o utilización de esta fotografía.

Por lo anterior, la responsabilidad de mi representada respecto de la falta de consentimiento y así como respecto de la posterior cesión, independientemente de si el cedente aparentaba suficientemente ser titular de los derechos económicos de la modelo o no, es necesariamente nula.

QUINTA.- De la falta de intervención de mi representada

Si subsidiariamente el Tribunal apreciare en los hechos expuestos la existencia de lesión patrimonial en la demandante, esta demandada interesa que se le repute inocente de su perpetración por no concurrir los requisitos de legitimación pasiva al no haber tenido participación alguna en ella.

Mi representada no participó de ninguna acción ni intervino en la toma de ninguna decisión que tuviese incidencia en la inclusión de la imagen en discusión en el diseño final de la carátula del CD. SPCE IBIZA BCH CLUB, S.L. no pudo intervenir de forma alguna en la toma de la fotografía, cuyo origen y circunstancias desconocía hasta la recepción el 4 de diciembre del pasado año del burofax remitido a su nombre por la demandante, ni en las decisiones de marketing y diseño que llevaron a su inclusión en la versión final de la carátula del CD.

El Hecho I de la demanda se da por cierto que la fotografía en cuestión se tomó en el interior del local de ocio de mi representada por un trabajador en plantilla de SPCE IBIZA BCH CLUB, S.L. Asimismo, en el Hecho V se redacta ambigua y tendenciosamente una frase que da a entender que esta parte reconoce haber tomado las fotografías y haberlas cedido a A RECORDS, LTD., declaración que esta parte habría vertido en el marco de unas conversaciones con la ahora actora previas al envío de su burofax. Pues bien, esta parte niega tajantemente haber tenido contacto alguno con la actora con anterioridad al momento en que, con absoluta perplejidad, recibió un burofax en el que se le imputaban los hechos que sustentan esta causa, y se reitera en su negativa a haber intervenido en la toma y cesión de la fotografía y en haber cedido espacio de su local para ello, explicaciones ya aportadas mediante su contestación al burofax citado anteriormente en fecha 4 de diciembre de 2006.

Esta parte niega que se tomase dicha fotografía en el interior de su local, y las evidencias aportadas de contrario no lo desmienten. La fotografía obrante en autos carece de fondo por habersele aislado la figura humana, y no ha sido aportada ninguna otra

prueba sobre las circunstancias de su toma, por lo que no puede asumirse como se ha afirmado que se hubiese capturado en el interior de las instalaciones de mi representada, asunción que tanto asistiría las pretensiones de la contraparte como causaría indefensión en esta. Es cierto que la tendencia doctrinal reciente exige, en los casos en los que existan indicios de vulneración de derecho fundamental, trasladar la carga de la prueba a la demandada, pues de otro modo podría operar una *probatio diabolica* que actuase en perjuicio de la parte damnificada. Antes bien, como ha sido argumentado detalladamente, los hechos enjuiciados no pueden calificarse jurídicamente como una hipotética intromisión ilegítima a derechos constitucionales, sino que únicamente podrían sustanciarse como lesión de carácter económico. Por consiguiente, no puede afirmarse que la fotografía se tomase en el interior del local de mi representada, por lo que tampoco puede atribuírsele el ámbito de control en la situación, ni que por acción u omisión hubiese intervenido en dicha captura.

Respecto del autor de la fotografía, es la propia actora quién pone en entredicho que fuese un trabajador de mi representada, pues matiza su afirmación con la locución “al parecer” que apunta más a una presunción basada en indicios que a un hecho probado. Ante todo, debe precisarse que SPCE IBIZA BCH CLUB, S.L. no cuenta entre su plantilla profesionales dedicados a la fotografía, por lo que contrata dichos servicios a profesionales de la zona en función de sus necesidades. Para la temporada alta del año 2006, esto es, de junio septiembre, la mercantil contrató al fotógrafo autónomo Don JUAN RETRATISTA CAMARÓN, cuyo contrato de prestación de servicios se aporta al presente escrito. En virtud de dicho contrato, Don RETRATISTA realizaba un número fijo de fotografías de los asistentes a veladas organizadas por mi representada, que posteriormente ponía a su disposición para que esta las publicase por medio de sus redes sociales, como es costumbre en el sector. Todas las fotografías así realizadas de dicha temporada figuran publicadas en el perfil de Facebook de mi representada, en la dirección <www.facebook.com/spce/verano2006>, y puede observarse que no figura entre ellas la fotografía aquí enjuiciada, pues mi representada nunca la tuvo en su poder. En un ejercicio de autocrítica y control interno, a la luz de los hechos alegados por la actora esta parte ha requerido a D. JUAN RETRATISTA que clarifique si intervino en la toma de dicha fotografía, habiendo obtenido el más categórico no por respuesta. Por todo ello, esta parte entiende demostrada la absoluta falta de nexo entre la toma de la fotografía y el personal de sus instalaciones.

Con relación al negocio jurídico de cesión de la imagen por el autor de la fotografía y la toma de la decisión de incluirla en la portada, con las modificaciones que se estimaron pertinentes, no puede apreciarse concurrencia de culpas entre mi representada y la productora. El hecho que sostiene esta afirmación se sustancia en la limitada capacidad de intercesión de mi representada en el diseño de la carátula del producto, circunscrita a la verificación del cumplimiento de sus normas internas de imagen corporativa, requisito impuesto por mi representada en el contrato de cesión de sus derechos de marca para la edición del CD del verano 2006 como se desprende del Documento Cinco aportado. Así, es cierto que mi representada tuvo acceso al diseño en un momento previo a su

lanzamiento y que intervino en él para realizar algunas modificaciones estilísticas que preservaran el correcto uso de su marca, como lo demuestran los correos intercambiados entre la diseñadora gráfica de A RECORDS, LTD. y la directora del departamento de mercadotecnia de SPCE IBIZA BCH CLUB, S.L., pero más allá de ello en nada pudo actuar respecto a la elección de la composición de dicho empaquetado. Ciertamente no gozaba de una facultad en positivo, de elección libre, sino en negativo, de corrección: únicamente podía oponerse en caso de estimar que el diseño final lesionaba el buen prestigio de su marca. En estos términos, no puede predicarse que mi representada incurriera en falta de diligencia debida, pues no estaba en su ámbito de control la elección de la imagen decorativa a incluir en el diseño, y por extensión, tampoco puede exigírsele desde una perspectiva ex ante el haber verificado la legitimidad de su uso.

A mayor abundamiento, la litisconsorte pasiva acepta su responsabilidad subjetiva con respecto a la utilización de la fotografía, de modo que es patente a quién debe atribuirse la lesión de estimarse cometida. De nuevo, hacer extensiva esta responsabilidad a mi representada no podría hacerse sino en carácter objetivo, una posibilidad excluida por nuestro ordenamiento con relación a la responsabilidad civil si no concurren las circunstancias de la representación vicarial.

SEXTA.- De la falta de justificación de la cuantía reclamada

A la espera de la calificación jurídica de los hechos que realice el Tribunal, que si no obstante lo anteriormente alegado estimase que esta parte participó de algún modo en la consumación, a saber, de la lesión patrimonial o intromisión ilegítima, debe apreciarse una pluspetición en lo pedido de contrario en concepto de indemnización.

Esta parte quiere argumentar la inconsistencia de los argumentos vertidos de contrario para la determinación de la indemnización económica en sus dos posibles vertientes: la indemnización por daños y perjuicios de carácter moral por intromisión ilegítima en primer término y la indemnización por responsabilidad civil por daños y perjuicios puramente económicos en segundo. Es procedente advertir que la falta de cuantificación de la indemnización reclamada, que la contraparte subrepticamente deja en manos del tribunal en un claro intento de evitar la falta de imposición de costas por no estimársele indemnización en la cuantía exacta que desearía reclamar, causa indefensión en esta.

En la eventualidad de que se apreciase intromisión ilegítima en los derechos de la personalidad de la demandante, el artículo 9 LO 1/1982 establece que la tutela judicial deberá comprender, además del restablecimiento del derecho del perjudicado y la prevención de intromisiones inminentes o ulteriores, la indemnización de los daños y perjuicios causados, la apropiación por el perjudicado del lucro obtenido con la intromisión. Dicha indemnización deberá extenderse al daño moral, que operará como presunción, cuyo contenido económico se cuantificará en función de las circunstancias del caso y la gravedad de la lesión efectivamente producida, en la que se tendrá en cuenta la difusión o medio a través del cual se hubiese producido.

La divulgación de la imagen de la representada no ha podido ocasionar una lesión en su derecho a la intimidad, pues no la presenta en circunstancias en nada distintas a las que ella misma publica a través de sus perfiles en redes sociales abiertos al público general. Así se ha apreciado por el Tribunal Supremo en anteriores ocasiones, en las que conociendo de causas con gran similitud con la presente: “[la] actora, evidentemente que tiene derecho al respeto de su imagen, pero cuando ella ha posado para la obtención de las fotografías litigiosas el único problema es el de si se han publicado sin su consentimiento o no. Por ello es limitado el daño moral que puede alegarse para su compensación pecuniaria. Sentencia del Tribunal Supremo 7859/2002 (Sala de lo Civil), de 25 de noviembre 2002 (Ponente: Don Antonio Guillon Ballesteros; ID CENDOJ: 28079110012002102524), (FJ 3).

De igual modo debe descartarse que la promoción de la imagen haya ocasionado un perjuicio económico en la demandante, por cuanto la actividad que configura su *modus vivendi* no se ha visto sino favorecido con la distribución de su imagen en conexión con una marca tan renombrada como SPCE IBIZA. Los personajes públicos gozan a menudo de promoción sin retribución con el único objetivo de incrementar su reconocimiento público y con ello su “caché”.

A mayor abundamiento, esta parte está intrigada por el alcance del renombre y fama que se atribuye la actora. De acuerdo con la pericial estadística adjuntada, únicamente un 0,2% de la población reconoce la actora, siendo objeto de análisis el mismo sector poblacional objetivo de la campaña promocional. De este despreciable porcentaje, tan solo un 36% era capaz de reconocer la contraparte en la portada del CD.

Estos datos se reducen considerablemente cuando la misma cuestión se plantea a la población general, en la que únicamente un 0,1 reconoce la modelo, de los cuales únicamente un 56% la puede reconocer en el atuendo que presenta en la imagen de la carátula. Con ello, esta parte viene a cuestionar la autoatribuida fama de la actora, argumento principal de la contraparte para exigir el cobro de parte de los beneficios obtenidos con la venta del CD.

En segundo término, la contraparte sobredimensiona el alcance de la lesión aportando una prueba de su supuesta dimensión global: sostiene que por ofrecerse en páginas web de alcance mundial como lo son “AMAZON” o “VIRGIN”, debe asumirse el más alto alcance territorial de la supuesta lesión.

Pues bien, esta parte ya ha mencionado en los fundamentos de derecho del presente escrito que no participó de la organización y ejecución de la actividad de promoción y mercadotecnia del producto por estar a cargo de la productora A RECORDS, LTD. Sin embargo sí puede asegurar que el ámbito de la cesión de mi representada de los derechos de marca se circunscribía a la elaboración de un CD a comercializarse en el mercado de Reino Unido, de acuerdo con la cláusula 8ª del contrato de cesión mencionado. Si A RECORDS, LTD. se extralimitó en el ámbito territorial de la comercialización pactada, esta parte no tiene manera de saberlo pero sí estaría altamente interesada en conocerlo, puesto que acarrearía una lesión patrimonial a los derechos de marca de los que es titular.

Sin perjuicio de lo anterior, esta parte considera relevante esclarecer que las plataformas de venta *online* tienen un alcance global por su misma naturaleza red, por lo que por el mero hecho de comercializar en ellas un producto no puede concluirse que el alcance de la campaña de promoción sea universal, de igual forma que no se predica la internacionalidad de un escaparate repleto de “*pannellets*” porque un ciudadano francés haya comprado una bandeja. Dicho de otro modo, deben analizarse otros elementos, estos sí propiamente referidos a la campaña de promoción para poder delimitar el “*target*” o población a la cual se dirige efectivamente la campaña promocional del producto, que esta parte sostiene que no es otro que el mercado de Reino Unido, y en concreto, sus ciudadanos usuarios de los locales de ocio de la isla pitiusa. Por un lado cabe destacar que las acciones y estrategias publicitarias utilizadas por A RECORDS, LTD. están claramente dirigidas a la población anglosajona aficionada a las actividades lúdico-festivas de la región en la que se encuentra el local de mi representada. Es ese preciso motivo el que justifica de inicio que la marca de mi representada “SPCE IBIZA BCH CLUB” esté presente en el CD, pues constituye el mayor reclamo del producto. Otra evidencia que soporta esta afirmación es el hecho que se haya publicitado en revistas de la región de temática relacionada con el ocio nocturno, como lo demuestra que hayan mediado revistas titularidad de negocios competidores de mi representada, cuya lengua y contenido tienen como evidente destinatario el natural de reino unido que está transitoriamente visitando la isla para disfrutar de las ofertas de ocio que lo convierten en objetivo o *target* de la campaña. Por último, debe atacarse la dimensión global de la oferta *online* con una simple evidencia: las plataformas de venta *online* sí usan de limitaciones territoriales, las restricciones en los envíos. Así, en los mismos Documentos Cinco y Seis aportados de contrario puede apreciarse al pie de en sendas capturas de pantalla una frase precedida por asterisco que especifica “*UK shipping only*”, traducido cómo “envíos solo a Reino Unido”. Ello sin ni tan siquiera haber mencionado que el hecho que la contraria alega como prueba de la demarcación internacional de la campaña es precisamente que todo el material promocional está escrito en inglés, lengua oficial del territorio objetivo de la campaña.

Por todo ello debe desestimarse, por falta de evidencias concluyentes, que el alcance de la campaña que habría provocado la lesión tenga alcance internacional, pues la jurisprudencia exige probar de forma fehaciente el alcance territorial de la lesión y no se ha procedido de este modo de contrario.

En tercer término y respecto de los beneficios obtenidos con la comercialización del CD en contienda, esta parte insiste en que no dispone de los datos económicos del lucro obtenido por A RECORDS, LTD., por cuanto la contraprestación económica fijada en el contrato de cesión de la marca respondía a una mera obligación de medios, por lo que los resultados no le fueron facilitados.

Sí que debe atacarse la partidista selección de los ejemplos de precio de venta al público del CD aportados de contrario, pues como base de legitimación de la cuantía reclamada únicamente se menciona el punto de venta del CD con un precio más elevado: 32,99 dólares. Esta minuciosa selección es meridianamente capciosa por cuanto, por un

lado, omite conscientemente portales en los que el mismo producto se ofrece por precios significativamente inferiores como lo son los 14,99 euros de “FNAC”, o los 7,99 euros de “ALIEXPRESS”; y por el otro olvida convertir el importe a 28,83 euros, que es la moneda en curso legal en España, cuyo ratio de conversión a su favor hace que disminuya la cifra y por consiguiente el efecto de alarma perseguido.

Lo que además debe desmentirse firmemente es que la utilización de la imagen de la modelo haya reportado un beneficio económico diferenciador. Los datos sobre el volumen de discos vendidos se indexan en listados y ránquines al alcance del público general, y puede observarse en el portal “los 40 Principales” cómo los índices de venta del disco en su edición del año pasado son similares a los de este año, cuya comparativa se ha aportado. Desde luego, la “excelente aceptación en el mercado” del producto no se debe a la utilización de la imagen de la modelo, sino al éxito intrínseco de la colaboración ya tan duradera entre mi representada y A RECORDS, LTD.

En el producto comercializado, la imagen de la actora es un elemento meramente accesorio. La prestación principal del CD no era la comercialización de la imagen de la modelo sino su contenido musical, y si existe algún reclamo fuera de dicho contenido, este es sin duda la imagen de marca de mi representada. Este es, como se ha dicho, el motivo fundamental de la colaboración entre SPCE IBIZA BCH CLUB, S.L. y A RECORDS, LTD., pues es habitual y altamente lucrativo que discotecas de gran renombre produzcan por sí mismas discos con los temas de mayor éxito de la temporada o avalen dicha producción aportando su nombre, teniendo gran acogida entre el público asistente a sus locales. La imagen incluida en la portada no se trata por consiguiente de un elemento trascendental del producto en tanto que no se trata de un componente que sea “*importante, esencial o distintivo*”. Lo realmente distintivo de la portada del disco es la marca de la discoteca de mi representada, no una imagen meramente decorativa del diseño relegada a un segundo plano. La absoluta falta de relevancia de la imagen se demuestra reemplazabilidad, en que en nada se hubiesen modificado las características esenciales del producto de haberse utilizado otro modelo o, incluso, otro tipo de imagen, pues no se trata de una obra gráfica que el comprador adquiere por motivo del personaje en ella representado como podría ser un póster o cartel, sino de una obra musical cuyo empaquetado se complementa con una imagen con carácter meramente decorativo o accesorio.

En conclusión, no existe un lucro obtenido con la intromisión susceptible de ser apropiado por la titular del derecho, por lo que no puede estimarse derecho a percibir indemnización en este concepto.

En cuarto término y en cuanto a la determinación de los beneficios que individualmente SPCE IBIZA BCH CLUB, S.L. ha recibido respecto de la comercialización del CD con la imagen en portada, esta parte recuerda que ha obtenido un único precio por la colaboración con A RECORDS, LTD., por valor de 20.000 euros. Como se ha dicho, este precio es en contraprestación de la cesión de su marca para la producción del disco, aunque no en su integridad, pues una parte, 5.000 euros, responden a facturas impagadas por A RECORDS, LTD. de anteriores ediciones del CD.

Es inimaginable que una cantidad que responde a un concepto tan claro como justo pueda imputarse a un provecho en el que mi mandante nada puede haber tenido que ver. De nuevo, es una cantidad fija que responde a un contrato que sea venido novando por anualidades desde hace ya más de cinco años y que compensa a mi representada por aportar el reclamo que logra la buena acogida del producto en el mercado. En modo alguno ha podido tener incidencia en este precio la utilización de la imagen de la actora, por cuanto la cuantía del contrato de cesión no varía en función de los beneficios que obtiene la venta del producto.

Finalmente, debe analizarse el único contrato que la actora aporta como demostración de su “caché” en trabajos similares. Esta parte pone en cuestión ya de inicio, en vista a pericial aportada, que los pactos contenidos en ese contrato respondan a la cotización real en el mercado por lo elevado de las cantidades pactadas en relación con la cuasi nula relevancia pública de la actora y no a la libre voluntad de las partes – en las que *obiter dicta* pudieron mediar otros motivos –, pero en todo caso deberá tomarse como referencia en vistas a rebatirla.

En primer lugar, dicho contrato establece una prima de sesenta mil euros por seis días de rodaje, y la toma de la fotografía en cuestión no pudo durar más de diez minutos. Haciendo una simple regla de tres, y asumiendo un horario laboral de 8 horas, puede decirse que la actora cobraba el módico precio de 21 euros el minuto, que en el supuesto que nos ocupa resultaría en 208 euros. En segundo lugar, se pacta una prima de otros 60.000 euros en el caso en que finalmente adoptase un papel preponderante en la campaña, supuesto que debe descartarse de plano por los argumentos ya tan largamente desgranados.

A dicha cantidad de 208 euros debe sustraerse la comisión del 20%, esto es, 41,6 euros, a favor de la Agencia de representación que intervino en el negocio jurídico pero que como es obvio no habría intervenido en este caso, por lo que estaríamos hablando de un total de 166,4 euros.

Además, el contrato establecía una prohibición de contratar con la competencia durante un año, limitación que en todo caso debe venir remunerada. Esta parte desconoce en qué medida, pero duda que pudiese ser una cantidad inferior a 100 euros que es lo habitualmente exigido en el sector. Por todo ello, lo único a lo que podría aspirar la demandante es a una indemnización de 66,4 euros, cantidad baja pero justa en atención a lo aquí estudiado, y posiblemente coincidente con lo que A RECORDS, LTD debió ofrecerse a satisfacer en las conversaciones que esta alega haber mantenido con la productora.

Por último, debe desestimarse que la utilización de la imagen en autos haya causado en la actora daño emergente o lucro cesante alguno, por cuanto no se ha alegado que haya sido impedimento para la contratación de campañas profesionales como las que alega haber venido protagonizando, ni se ha justificado otro perjuicio económico sufrido.

Por todo lo anterior, esta parte interesa al Tribunal que la cuantificación de la indemnización que estimare a favor de la demandante y que eventualmente se impusiese

a las codemandadas no exceda de la cantidad de SESENTA Y SEIS EUROS CON CUARENTA CÉNTIMOS DE EURO (66,40€), pues ir más allá en la estimación de la reclamación constituiría un lucro no amparado por el derecho, superándose el mero interés de defender el derecho de la demandante. En la eventual imposición, esta parte requiere que se individualicen los daños causados, dado que no puede realizarse una condena solidaria por no haber sido justificado de contrario.

Asimismo, a los Hechos les son de aplicación los siguientes Fundamentos de Derecho

II. JURÍDICO-PROCESALES

PREVIO.- Excepciones procesales por inadecuación de procedimiento y por razón de competencia territorial

De acuerdo con el artículo 405.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC), esta parte opone en este momento procesal, sin perjuicio de su reiteración en la Audiencia Previa, la excepción procesal por inadecuación de procedimiento, por haberse incoado por el cauce del procedimiento especial del artículo 249.1 apartado 2º LEC de tutela del derecho al honor, a la intimidad personal y a la propia imagen; cuando debiese haberse tramitado por el procedimiento declarativo ordinario por razón de cuantía, en este caso, y de acuerdo con la cuantía del procedimiento, por el juicio ordinario de acuerdo con el artículo 249.2 LEC.

En tanto que la demandada acciona por la protección de su derecho de imagen en su vertiente patrimonial, por haber sufrido un perjuicio económico de índole contractual y no moral por los motivos que se en lo sucesivo, dicha protección no es sino objeto de protección procesal común, por cuanto el Tribunal Supremo en su reiterada jurisprudencia, por todas, Sentencia del Tribunal Supremo 3256/2001 (Sala de lo Civil), de 20 de abril de 2001 (Ponente: Don José de Asís Garrote; ID CENDOJ: 28079110012001101956), ha venido exigiendo que se ventilase por vía de procedimientos declarativos ordinarios en razón de cuantía económica, lejos del procedimiento especial por razón de materia en protección judicial de derechos fundamentales.

Por tratarse de un procedimiento en reclamación de cuantía ascendente a 20.000 euros, corresponde al tribunal ventilar la cuestión por el cauce del juicio ordinario, de acuerdo con el artículo 249.2 LEC.

A pesar de haberle precluido a esta parte la oportunidad procesal para contestar el procedimiento elegido de contrario para ventilar la cuestión, es oportuno mencionar que de apreciarse la excepción procesal expresada anteriormente, el artículo 50 LEC establece que el tribunal territorialmente competente para conocer de la causa debe ser el del domicilio del demandado. Estándose a que en este procedimiento existen dos demandados, y de acuerdo con el artículo 53.2 LEC, la actora debiera haber optado por

presentarla ante el tribunal territorialmente competente bien en el domicilio de mi representada, esto es, en Ibiza, o en la de la codemandada, en Londres. En todo caso, de estimarse que el procedimiento debería haberse accionado por la vía del juicio ordinario por razón de materia, no podrá ser procedente aplicar el fuero especial por razón de materia consagrado 53.1 apartado 6º LEC y apelado por la contraparte, por lo que deberá estimarse la presente excepción procesal por razón de competencia territorial.

PRIMERO.- Capacidad procesal y representación

Respecto a la demandante, y en hasta donde conoce esta parte, es mayor de edad, en pleno disfrute de sus derechos civiles y capacidad de obrar, por lo que de acuerdo con el artículo 6.1 apartado 1º y 7.1 LEC tiene capacidad para ser parte y comparecer por sí misma en este procedimiento.

Con relación a mi mandante, está legalmente constituida y tiene plena capacidad para ser parte de este proceso y comparecer en juicio, en aplicación del artículo 6.1 apartado 3º y 7.1 LEC, y comparece debidamente representada por su administrador único.

En cuanto a la codemandada, y en hasta donde conoce esta parte, está legalmente constituida y tiene plena capacidad para ser parte de este proceso y comparecer en juicio, de acuerdo con el artículo 6.1 apartado 3º y 7.1 LEC, aunque en tanto que persona jurídica deberá comparecer debidamente representada por la persona física que le represente.

SEGUNDO.- Postulación y defensa

De acuerdo con los artículos 23 y 31 LEC, la demandada comparece representada de procurador habilitado para actuar en la demarcación del Partido Judicial de Barcelona, en virtud de poder general para pleitos que acompaño para su unión a los autos solicitando la devolución del original; bajo la dirección letrada de la abogada ejerciente en el Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona con número de colegiación 00000.

TERCERO.- Legitimación

Ciertamente, de acuerdo con el artículo 10 LEC, la legitimación activa recae en el titular del derecho a la propia imagen por tratarse de un derecho personalísimo e indisponible. En caso de fallecer el titular, esta legitimación se extiende a sus herederos, a quienes se les transmiten los derechos económicos, y, en último término, al Ministerio fiscal. Sin embargo, esta parte se muestra disconforme con lo alegado de contrario respecto a la legitimación pasiva de este procedimiento, puesto que mi mandante no ha intervenido y por lo tanto no ha podido causar la lesión al derecho de imagen cuya protección reclama la actora.

CUARTO.- Jurisdicción

Conformes con la atribución, de acuerdo con el artículo 9.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, a los Juzgados del Orden Civil.

QUINTO.- Competencia objetiva

Conformes con la atribución del asunto en primera instancia al Juzgado de Primera Instancia de acuerdo con el artículo 85.1 LOPD y 45 de la LEC.

SEXTO.- Competencia territorial

Disconformes por lo desarrollado en el argumento jurídico-procesal Previo. El tribunal competente debe aquél competente en cualquiera de las residencias de los demandados y no del demandante, conforme al artículo 53.2 LEC.

SÉPTIMO.- Competencia territorial

Disconformes por lo tratado en el argumento jurídico-procesal Previo. En vistas a los hechos de la demanda, corresponde ventilar el litigio por razón de cuantía superior a 6.000 euros, esto es, por el cauce del juicio ordinario del artículo 249.2 LEC.

Por todo ello,

AL JUZGADO SOLICITO que teniendo por presentado este ESCRITO DE CONTESTACIÓN A LA DEMANDA, en tiempo y en forma, y admitiéndolo, se sirva tener por contestada la demanda en los autos de referencia y, previos los trámites de Ley, dicte Sentencia por la que desestime íntegramente la demanda, absolviendo a mi mandante de los pedimentos formulados de contrario, con expresa condena en costas a la parte actora, y lo demás que en Derecho proceda. En su virtud,

Por ser de Justicia que se pide en Barcelona, a 20 de febrero de 2007.

OTROSÍ PRIMERO DIGO que subsidiariamente, de apreciarse la intromisión ilegítima alegada de contrario, se absuelva de ella a esta parte por no haber intervenido en su perpetración y por consiguiente tampoco se le condene en costas. Por lo expuesto,

DE NUEVO SOLICITO que, teniendo por efectuada la anterior manifestación, se sirva acordar lo que proceda.

Es de Justicia que pido en lugar y fecha indicados ut supra.

OTROSÍ SEGUNDO DIGO que con subsidiaridad a la anterior petición, si se condena a mi representada en el pago de la indemnización pedida por la actora, esta se cuantifique con arreglo a los criterios aquí argumentados con un límite de cuantía de SESENTA Y SEIS EUROS CON CUARENTA CÉNTIMOS DE EURO (66,40 €), que en todo caso no se impute a esta parte en carácter de condena solidaria con la codemandada sino que se individualice en función de la participación que se estime que haya tenido cada una de las demandadas, y en todo caso no se impongan las costas a esta parte por no estimarse todas las pretensiones de la actora. Por lo expuesto,

DE NUEVO SOLICITO que, teniendo por efectuada la anterior manifestación, se sirva acordar lo que proceda.

Es de Justicia que pido en lugar y fecha indicados ut supra.

María Clara Deulofeu Expósito
Procuradora del ICPB

Eulàlia Roca Grau
Letrada ICAB n.º 000000