



Roj: **SAP MA 2332/2008 - ECLI: ES:APMA:2008:2332**

Id Cendoj: **29067370042008100649**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Málaga**

Sección: **4**

Fecha: **23/05/2008**

Nº de Recurso: **575/2007**

Nº de Resolución: **319/2008**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **JOSE LUIS LOPEZ FUENTES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

### **SENTENCIA Nº 319**

AUDIENCIA PROVINCIAL MÁLAGA

SECCION CUARTA AUDIENCIA PROVINCIAL DE MALAGA

**PRESIDENTE ILMO. SR.**

**D.FRANCISCO JAVIER ARROYO FIESTAS**

**MAGISTRADOS, ILMOS. SRES.**

**D.JOSE LUIS LOPEZ FUENTES**

**D.ALEJANDRO MARTIN DELGADO**

REFERENCIA:

JUZGADO DE PROCEDENCIA: JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº5 DE MARBELLA (ANTIGUO MIXTO Nº7)

ROLLO DE APELACIÓN Nº 575/2007

JUICIO Nº 736/2004

En la Ciudad de Málaga a veintitrés de mayo de dos mil ocho.

Visto, por la SECCION CUARTA AUDIENCIA PROVINCIAL DE MALAGA de esta Audiencia, integrada por los Magistrados indicados al margen, el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia dictada en juicio de Proced. Ordinario (N) seguido en el Juzgado de referencia. Interpone el recurso SWISS MADE S.L que en la instancia fuera parte demandada y comparece en esta alzada representado por el Procurador D. AURIOLES RODRIGUEZ, ELENA y defendido por el Letrado D. PEREZ DUARTE, MARIA LOURDES. Es parte recurrida Felipe que está representado por el Procurador D. DELGADO GARRIDO, ISABEL y defendido por el Letrado D. GARCIA LOPEZ, JUAN CARLOS, que en la instancia ha litigado como parte demandante.

#### **I.- ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.**- El Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia el día 18/10/06, en el juicio antes dicho, cuya parte dispositiva es como sigue: *"Que debo estimar y estimo parcialmente la demanda formulada por el procurador DON PEDRO GARRIDO MOYA en nombre y representación de DON Felipe , contra SWISS MADE SL, y en consecuencia:*

**A. DECLARO:**

*-que el actor es el autor o persona física creadora de las obras fotográficas objeto del procedimiento y especificadas en el hecho cuarto de la demanda salvo la identificada con la referencia 2.87,*



-que la demandada está infringiendo los derechos patrimoniales que corresponden al Sr. Felipe en cuanto está reproduciendo, distribuyendo y comunicando públicamente las fotografías 21.31, 4.11, 11.20, 7.34, 14.50, 17.01, 25.61, 21.21, 12.5, 21,58 y 1.109-b2, desestimando esta pretensión respecto del resto de fotografías,

-que la demandada omite en todo momento la condición de autor del Sr. Felipe, persona física creadora de las fotografías de su propiedad en su actuación contraria a derecho, salvo con relación con la fotografía 2.87 y,

#### B. CONDENO:

-a la demandada Swiss made SLU al cese de la actividad ilícita en la que está incurriendo con la publicación de las fotografías propiedad del actor con las referencias 21.31, 4.11, 11.20, 7.34, 14.50, 17.01, 25.61, 21.21, 12.5, 21.58, y 1.109-B2, así como abstenerse en el futuro a reanudar el uso de las fotografías cuyo uso inconsciente se ha acreditado en este pleito.

-a la demandada a paralizar y extraer de la circulación de los diversos encartes y retirar las imágenes y el uso de las mismas de la página web de internet de la demandada, con referencia a las fotografías 21.31, 4.11, 11.20, 7.34, 14.50, 17.01, 25.61, 21.21, 12.5, 21.58 y 1.109-b2,

-a la demandada al pago de la cantidad de 1.291,82 euros en concepto de indemnización de daños y perjuicios causados y de 1.291,82 euros por daños morales,

-a la demandada al pago de los intereses legales desde la fecha de interposición de la demanda en los términos del fundamento de derecho undécimo de la presente resolución.

Las costas ocasionadas por la demanda no se imponen a ninguna de las partes, debiendo cada una pagar las ocasionadas a su instancia y, en su caso, las comunes por mitad.

Que debo desestimar y desestimo la reconvencción formulada por la procuradora doña MARTA CUEVAS CARRILLO, EN NOMBRE Y REPRESENTACIÓN DE SWISS MADE SL, contra DON Felipe .

Las costas ocasionadas por la reconvencción se imponen a la mercantil reconviente.

**SEGUNDO.**- Interpuesto recurso de apelación y admitido a trámite, el Juzgado realizó los preceptivos traslados y una vez transcurrido el plazo elevó los autos a esta Sección de la Audiencia, donde se formó rollo y se ha turnado de ponencia. La votación y fallo ha tenido lugar el día 22/05/08 quedando visto para sentencia.

**TERCERO.**- En la tramitación del recurso se han observado las prescripciones legales.

Visto, siendo ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. JOSE LUIS LOPEZ FUENTES quien expresa el parecer del Tribunal.

### III.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.**- Frente a la sentencia de instancia que, estimando parcialmente la demanda presentada por el actor principal declara la infracción de los derechos de autor, condenando al demandado al pago de una determinada cantidad en concepto de daños y perjuicios y daños morales, desestimando la demanda reconvencción, se alza la demandada reconviente, alegando, aunque no se diga expresamente, el error en la valoración de la prueba, en base a las siguientes consideraciones: a) el encarte en una revista es una forma de distribución de un catálogo y no un uso distinto que requiera una autorización expresa por parte del autor de las fotografías, siendo contradictorio que la sentencia recurrida considere autorizado el encarte del catálogo respecto de la fotografía 10.7 y no con respecto a las demás; b) la autorización para el uso en Internet de las fotografías estaba implícita en los términos del contrato; c) en la factura del año 2.001 figuran unas condiciones generales distintas de las que figuran en las condiciones generales de la factura del año 2.002 aportada por la actora reconviente, y en aquella no existe ninguna disposición que prohíba el uso en Internet; d) en cuanto a las notas de entrega se trata de documentos-recibos de recepción de entrega, que obran en poder del que hace la entrega; e) error de derecho de la sentencia por cuanto lo que solicitó la recurrente en su reconvencción no era la nulidad ni la declaración de abusiva de las cláusulas objeto de la reconvencción, sino que no se consideran incorporadas al contrato por concurrir los presupuestos que para esta solicitud requieren los artículos 5 y 7 de la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación.

La parte apelada se opone al recurso, solicitando la confirmación de la sentencia.

**SEGUNDO.**- Conforme al primer motivo invocado, se afirma por la recurrente que el encarte en una revista es una forma de distribución de un catálogo y no un uso distinto que requiera una autorización expresa por parte del autor de las fotografías, siendo contradictorio que la sentencia recurrida considere autorizado el encarte del catálogo respecto de la fotografía 10.7 y no con respecto a las demás.



Aún cuando, como dice la parte apelada, pudiera existir contradicción en los motivos objeto de recurso de apelación (pues no se recurren todos sino tan solo los pronunciamientos contenidos en el párrafo segundo de la letra A), párrafo tercero de la letra B), párrafo cuarto de la letra B) y pronunciamiento desestimatorio de la reconvencción, ha de entenderse que la recurrente solamente ataca con su recurso los referidos pronunciamientos, deviniendo firmes los demás, sin que se aprecie contradicción alguna en ello.

El artículo 1 de la Ley de Propiedad Intelectual de 12 de abril de 1996 establece que la propiedad intelectual de una obra literaria, artística o científica corresponde al autor por el sólo hecho de su creación; y, por su parte, al delimitar el objeto de las obras y títulos originales, el artículo 10 de la referida Ley dispone: "Son objeto de propiedad intelectual todas las creaciones originales, literarias, artísticas o científicas expresadas por cualquier medio o soporte, tangible o intangible, actualmente conocido o que se invente en el futuro, comprendiéndose entre ellas: h) las obras fotográficas y las expresadas por procedimiento análogo o la fotografía".

El artículo 2 de la LPI reconoce al autor la plena disposición y el derecho exclusivo a la explotación de la obra, sin más limitaciones que la establecidas en la misma; por otra parte, entre los derechos que corresponden a su autor se contempla en el artículo 14 el de decidir si su obra ha de ser divulgada y en qué forma y, entre los de contenido patrimonial, el artículo 17 recoge el que le corresponde en ejercicio exclusivo de los derechos de explotación de su obra en cualquier forma y, en especial, los derechos de reproducción, distribución, comunicación pública y transformación, que no podrán ser realizados sin su autorización.

El artículo 43, apartados nº 1 y 2, del texto refundido de la LPI, dispone que: "Los derechos de explotación de la obra pueden transmitirse por actos «inter vivos», quedando limitada la cesión al derecho o derechos cedidos, a las modalidades de explotación expresamente previstas y al tiempo y ámbito territorial que se determinen. 2. La falta de mención del tiempo limita la transmisión a 5 años y la del ámbito territorial al país en el que se realice la cesión. Si no se expresan específicamente y de modo concreto las modalidades de explotación de la obra, la cesión quedará limitada a aquella que se deduzca necesariamente del propio contrato y sea indispensable para cumplir la finalidad del mismo."

Según el Diccionario de la Academia Española la palabra *encarte* significa "Hoja o fascículo, generalmente de propaganda, que se inserta en una publicación".

Y según la enciclopedia libre **Wikipedia** "un encarte es una hoja o conjunto de hojas publicitarias que se insertan en una revista o periódico. El encarte es un recurso publicitario que se fundamenta en sobresalir del resto de la publicación por medio del uso de un formato diferente. El encarte puede constituir una publicación dentro de otra si se concibe como folleto o revista publicitaria con varias páginas. También puede consistir en una hoja suelta o fomar parte de la revista o periódico si tan solo cambia el formato y material y se incluye grapado al mismo. Muchos encartes se diseñan en cartón o cartulina para maximizar su impacto publicitario y en ocasiones se aprovechan para incluir muestras de producto (muy habitual en el sector de perfumería y cosmética). En cualquier caso, su función es la de llamar la atención del lector al que le resalta al pasar las páginas, por lo que tiene una tarifa más cara que la de un anuncio tradicional".

A la vista del objeto del contrato recogido en el documento nº 1 de los aportados con la demanda, no puede compartirse la tesis invocada por la recurrente de considerar que el encarte es una forma de distribución de un catálogo y no un uso distinto del pactado en el referido contrato, o sea el uso promocional mediante catálogo. Lo que se pacta es la cesión del uso promocional de las fotografías en un catálogo. El encarte no es una simple forma de distribución de un catálogo, sino un modo de difusión de folletos u hojas publicitarias que afecta a la extensión del uso del derecho que se cede, y, en consecuencia, afecta al interés directo del autor del derecho cedido, pues el destinatario potencial de la revista o periódico en los que se insertan es mucho mayor en el caso del encarte que en el de la simple distribución de catálogos, pues en este último caso, el destinatario, por regla general, es el que busca de forma voluntaria el catálogo por tener interés personal en su contenido, mientras que en el caso de el encarte el destinatario "se encuentra" el folleto publicitario insertado en una revista o diario, por lo general, de gran tirada, por lo que su contacto con dicho folleto insertado no ha sido voluntario.

Por esta razón, las tarifas que se pactan en el caso del encarte es más elevada que las que se conciertan para los supuestos de catálogos o folletos no insertados en revistas. Lo importante, en cualquier caso, es resaltar que, al autor de la fotografía no le puede resultar indiferente que su obra se limite a ser incorporada a un simple catálogo publicitario distribuido a través de métodos tradicionales, o que se incorpore a un catálogo que va a ser insertado en una revista o diario de gran tirada, el cual, por ello, va a tener mayor difusión entre el público.

Por otra parte, tal y como se recoge en la sentencia recurrida, el encarte es más propio de folletos u hojas publicitarias, de elaboración más simple, mientras que los catálogos son de elaboración más compleja, y no se suelen incorporar a revistas mediante el sistema de encarte.



En cualquier caso, del contrato aportado a los autos como documento nº 1 no se puede deducir, en forma alguna, que el actor concediera autorización a la entidad demandada para incorporar las fotografías a catálogos que iban a ser insertados en revistas. Y es que, una cosa es la publicación a través de catálogo y otra distinta la publicación a través de encarte. De seguirse la tesis de la recurrente cabría la posibilidad de admitir que, con la autorización concedida por el actor en el documento nº 1, podría insertar el catálogo con las fotografías del actor en cualquier medio de publicación o publicidad.

**TERCERO.-** En cuanto al uso de las fotografías en Internet a través de la página web de la demandada y desestimación de la demanda reconventional (cuestiones íntimamente relacionadas), aparece en la página principal del documento nº 1 aportado con la demanda, la cláusula siguiente: "esta cesión .....queda sujeta a todos los términos y condiciones que aparecen al dorso". De tal manera que, si la entidad recurrente admite el contrato de cesión a que se refiere la factura incorporada como documento nº 1 de la demanda, negando únicamente que en el ejemplar que se le entregó a ella figuraran en el dorso las condiciones generales que aparecen en el documento aportado por la actora, es evidente que se está incurriendo en contradicción, pues se está admitiendo la existencia de un contrato en el que se dice que existen condiciones al dorso de la página principal, y no obstante se niega que en el ejemplar que se les entregó figuraran tales condiciones generales, lo que resulta, además de contradictorio, poco creíble, máxime cuando en las notas de entrega de las fotografías, firmadas por representantes de la entidad demandada, se recoge en su página principal la misma observación de que "sujeto a todos los términos y condiciones que aparecen al dorso", es decir que, en tales notas de entrega, que no han sido impugnadas por la recurrente, se vuelven a recoger las condiciones generales (entre las que se incluyen la relativa a la prohibición de divulgación a través de Internet), y, no obstante lo cual, la recurrente sigue afirmando que las desconocía, siendo curioso observar que algunas de estas notas de entrega son de fecha anterior a la factura de cesión de derechos, lo que evidencia una clara falta de coherencia jurídica en la actuación de la recurrente.

Pero es que, además, en la página principal de la factura (documento nº 1) se recoge de forma expresa que la cesión se hace "dentro del ámbito de España", por lo que difícilmente puede entenderse que la difusión de las fotografías a través de Internet estuviera autorizada de forma implícita en la frase "usos principales" a que alude la recurrente, pues, aún admitiendo que la expresión "usos principales" es amplia, en ningún supuesto cabría entender que se permitiera a través de ella la difusión a través de un medio de difusión tan internacional como es Internet.

Por último, y conforme a lo que ha quedado expuesto. las condiciones generales del contrato fueron conocidas y admitidas por la recurrente, por lo que, no resulta de aplicación los artículos 5 y 7 de la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación.

El recurso, en consecuencia, debe ser desestimado.

**TERCERO.-** Que al ser desestimado el recurso y confirmarse la sentencia recurrida, procede imponer las costas de esta alzada al apelante, conforme a lo establecido en el artículo 398.1 de la LEC.

En atención a lo expuesto, en nombre S.M. el Rey y por la autoridad conferida en la Constitución,

#### **FALLAMOS:**

Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de SWISS MADE S.L. contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Marbella, con fecha de 18 de Octubre de 2.006, en los autos de procedimiento ordinario 736/04, debíamos confirmar y confirmábamos íntegramente la referida sentencia, imponiendo a los apelantes el pago de las costas causadas en esta alzada.

Notificada que sea la presente resolución remítase testimonio de la misma, en unión de los autos principales al Juzgado de Instancia, interesando acuse de recibo.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

**PUBLICACION.-** En el día de su fecha fue leída la anterior sentencia, por el lltmo. Sr. Magistrado Ponente, estando constituido en Audiencia Pública, de lo que doy fe.