



Roj: STS 2781/2016 - ECLI:ES:TS:2016:2781
Id Cendoj: 28079119912016100014
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil
Sede: Madrid
Sección: 991
Nº de Recurso: 2593/2013
Nº de Resolución: 414/2016
Procedimiento: CIVIL
Ponente: RAFAEL SARAZA JIMENA
Tipo de Resolución: Sentencia

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

PLENO

Sentencia núm. 414/2016

Fecha de sentencia: 20/06/2016

Tipo de procedimiento: CASACIÓN Número del procedimiento: 2593/2013

Fallo/Acuerdo: Sentencia Desestimando

Fecha de Votación y Fallo: 01/06/2016

Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Sarazá Jimena

Procedencia: Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Decimoquinta Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. M^a Teresa Rodríguez Valls

Transcrito por: ACS Nota:

Resumen

Utilización del nombre y la fotografía del artista fallecido para publicitar una exposición de sus obras. Legitimación para la defensa de la memoria del difunto. No inclusión en su ámbito de los derechos estrictamente patrimoniales a la imagen

CASACIÓN núm.: 2593/2013

Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Sarazá Jimena

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. M^a Teresa

Rodríguez Valls

TRIBUNAL SUPREMO Sala de lo Civil PLENO

Sentencia núm. 414/2016

Excmos. Sres.

D. Francisco Marín Castán, presidente

D. José Antonio Seijas Quintana

D. Antonio Salas Carceller

D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

D. Ignacio Sancho Gargallo

D. Francisco Javier Orduña Moreno

D. Rafael Sarazá Jimena

D. Eduardo Baena Ruiz

D. Pedro José Vela Torres

D. Fernando Pantaleón Prieto

En Madrid, a 20 de junio de 2016.

Esta sala ha visto el recurso de casación respecto de la sentencia núm. 318/2013 de 24 de julio, dictada en grado de apelación por la Sección Decimoquinta de la Audiencia Provincial de Barcelona, como consecuencia de autos de juicio ordinario núm. 1294/2009 del Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Barcelona, sobre propiedad industrial, propiedad intelectual y derecho a la propia imagen.

El recurso fue interpuesto por la Fundación Gala-Salvador Dalí, representada ante esta Sala por el procurador D. Victorio Venturini Medina y asistida por el letrado D. Márius Miró i Gili.

Ha sido parte el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Rafael Sarazá Jimena.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia.*

1.- El procurador D. Francisco Javier Manjarín Albert, en nombre y representación de Fundación Gala-Salvador Dalí, Demart Pro Arte, B.V. y Visual Entidad de Gestión de Artistas Plásticos, interpuso demanda de juicio ordinario contra D. Mauricio y Faber Gotic, S.L. en la que solicitaba se dictara sentencia en la que se declare:

«[...] 1) Que los demandados han vulnerado los derechos de marcas de la Fundació Gala-Salvador-Dalí /y/o de la sociedad Demart Pro Arte, B.V, titularidad 100% de la Fundación), reconocidos en los artículos 34 y siguientes de la ley 17/2001 de Marcas, de 7 de diciembre.

» 2) Que los demandados han vulnerado los derechos de propiedad intelectual patrimoniales sobre la obra de Salvador Dalí reconocidos en los artículos 17 y siguientes del Real Decreto Legislativo por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual .

» 3) Que los demandados han realizado una intromisión ilegítima en los derechos de imagen de Salvador Dalí por utilización de su nombre e imagen para fines publicitarios y comerciales, según dispone el art. 7.6 de la L.O 1/82 .

» 4) Que los demandados han realizado una conducta desleal de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 5 y siguientes de la Ley 1/1993 .

» Y en consecuencia se les condene solidariamente, a menos que durante el procedimiento se puedan individualizar las responsabilidades entre uno u otro demandado, a lo siguiente:

» (i) A cesar con carácter inmediato y para el futuro en la explotación de los derechos de marcas y de imagen infringidos, mediante la remoción y destrucción de todos los soportes en que se hayan materializado dichas infracciones y mediante la eliminación del nombre "Dalí" y la imagen del autor en el título, carteles anunciadores, material promocional e interior en la exposición y en el contenido de las páginas del sitio web alojado bajo la dirección URL www.dalibarcelona.com ; todas estas infracciones según se han descrito en el hecho tercero.

» Respecto al nombre de dominio www.dalibarcelona.com se solicita únicamente contra el demandado Don. Mauricio , por ser quien nos consta como titular del mismo, que elimine o haga todo lo que esté en sus manos para eliminar el nombre "Dalí" del referido nombre de dominio.

» (ii) A cesar en la reproducción, distribución y comunicación pública de las obras de Salvador Dalí relacionadas en el Hecho Tercero (3º.1) tanto en el interior de la exposición "Dalí", como en los carteles y material promocional de la misma, así como en la página Web www.dalibarcelona.com , mediante la retirada y destrucción de cualesquiera ejemplares del folleto de la exposición "Dalí" así como de las banderolas que decoran la fachada; prohibiéndoles reanudar la explotación de cualquier obra de Salvador Dalí en un futuro sin la previa autorización de VEGAP.

» (iii) Al pago a la Fundació Gala-Salvador Dalí de la indemnización que quedará concretara a lo largo del procedimiento y una vez practicada la prueba pericial que por Otrosí se anuncia, derivada de las infracciones de los derechos de marca realizadas por los codemandados desde la inauguración de la exposición y hasta

el momento del cese de tales infracciones tanto en la exposición como en el nombre de dominio y contenido de la página Web www.dalibarcelona.com

» El importe de la indemnización resultará de aplicar una regalía del 1% calculada sobre la cifra de negocios, entendiéndose por tal cifra de negocios la que se haya generado, desde la apertura al público de la exposición hasta la cesación de las infracciones, por la exposición pública de las obras y/o reproducciones de obra de Salvador Dalí tanto dentro del espacio expositivo como fuera de él (entradas, licencias, préstamos, eventos, etc.).

» (iv) Al pago a la Fundació Gala-Salvador Dalí de la indemnización coercitiva prevista en el art. 44 de la ley de Marcas, de 600 € por día que transcurra desde la admisión a trámite de la demanda hasta que se produzca la cesación efectiva de la infracción.

» (v) Al pago a VEGAP de la indemnización que quedará concretada a lo largo del procedimiento y una vez practicada la prueba pericial que por Otrosí se anuncia, derivada de la explotación no autorizada de los derechos patrimoniales de autor sobre las obras de Dalí.

» El importe de las indemnizaciones resultará de lo siguiente:

» a) Por la comunicación al público de la modalidad de exposición de obras de Salvador Dalí y/o de sus reproducciones y, en particular, las 44 piezas de Salvador Dalí que componen la Colección Clot, reseñadas en el Hecho Tercero de esta demanda al 1% de la cifra de negocios de los infractores, entendiéndose por tal cifra de negocios lo ya indicado en el punto (iii)

» b) Por la reproducción de las obras "San Sebastián, 1972", "Gala asomada a la ventana, 1974" y "San Jorge, 1971" en el folleto de exposición, la cantidad que resulte de aplicar las tarifas generales de Vegap correspondientes al año de edición de dicho folleto y de las sucesivas tiradas y cuya cuantía vendrá determinada por la tirada del referido folleto producida por los codemandados, dato éste último, que deberá ser facilitado por éstos al perito y teniendo en cuenta que han sido reproducidas 3 obras (una en la portada, otra en la contraportada y otra de formato 1/8 o inferior en el interior del folleto) y en color.

» En concreto, a aquella tirada del mencionado folleto editada en el ejercicio 2004 le será de aplicación la tarifa 1.5 de 2004, a la tirada editada en el ejercicio 2005 la tarifa 1.5 de 2005, a la tirada editada en el ejercicio 2006 la tarifa 1.3 de 2006, a la tirada editada en el ejercicio 2007 la tarifa 1.3 de 2007, a la tirada editada en el ejercicio 2008 la tarifa 1.5 y a la tirada editada en el ejercicio 2009 la tarifa 1.4.1.

» c) Por la reproducción parcial de la escultura "San Jorge" en las 2 banderolas situadas en la fachada principal del edificio del Real Círculo Artístico, la cantidad que resulte de aplicar la tarifa 1.5.3 correspondiente al año 2007 y teniendo en cuenta las dimensiones reales de las banderolas dado éste que deberá ser facilitado por los codemandados al perito.

» d) Por la puesta a disposición del público de las reproducciones de las 22 esculturas creadas por Don Salvador Dalí "Caballo con Jinete tropezando", "Mujer entre velos", "Santa Teresa", "Gala asomada a la ventana", "Mujer tendida en la toalla", "Mujer tendida con dos figuras", "Tripas y cabeza", "Virgen de Port Lligat", "Hombre muerto sobre mujer", "Divinidad monstruosa", "San Carlos Borromeo", "San Jorge", "San Juan Bautista", "Mercurio", "Mujer con faldas", "Ícaro", "San Sebastián", "Hombre sobre delfín", "Cabeza de caballo riendo", "Alma del Quijote", "Trajano a caballo" y "Elefante cósmico" en la página Web www.dalibarcelona.com desde el año 2007 y hasta el cese de la infracción, la cantidad que resulte de aplicar las siguientes tarifas previstas en las tarifas generales de VEGAP según sea el tiempo transcurrido desde que estas reproducciones se insertaron y permanecieron en el referido sitio Web, dato éste último, que deberá ser facilitado por los codemandados al perito:

» Año 2007: tarifa 5.3.1.1.c) 54 EUR/mes.

» Año 2008: tarifa 5.3.1.1.c), 57 EUR x 12 meses = 684.- EUR.

» Año 2009: tarifa 8.1.1.c), 58 EUR/mes

» (vi) Al pago a la Fundació Gala-Salvador Dalí de una indemnización que quedará concretada a lo largo del procedimiento y una vez practicada la prueba pericial que por Otrosí se anuncia, derivada de las infracciones al derecho de imagen de Salvador Dalí.

» El importe de la indemnización resultará de aplicar el 1 % de la cifra de negocios de los infractores, entendiéndose por tal cifra de negocios lo ya indicado en el punto (iii).

» (vii) Al pago a la Fundació Gala-Salvador Dalí de una indemnización que quedará concretada a lo largo del procedimiento y una vez practicada la prueba pericial que por Otrosí se anuncia, derivada de los actos de competencia desleal realizados por Faber Gotic, S.L. y por el Sr. Mauricio .

» (viii) El importe de la indemnización resultará de aplicar el 1% de la cifra de negocios de los infractores, entendiéndose por tal cifra de negocios lo ya indicado en el punto (iii); desde la fecha de su inauguración, hasta la fecha en que dicho establecimiento cese efectivamente en la realización de los actos de competencia desleal.

» (ix) A la publicación de la sentencia en una radio de mayor tirada de ámbito nacional y, en un diario de mayor tirada en la Comunidad Autónoma de Cataluña.

» (x) Al pago a la Fundació Gala-Salvador Dalí de los costes incurridos para obtener las pruebas para este procedimiento como son, en particular, los costes de obtención de todos los certificados de marcas aportados junto con esta demanda, así como el levantamiento de las actas notariales también aportadas a la presente demanda.

» (xi) Al pago de las costas del juicio».

2.- La demanda fue presentada el 18 de noviembre de 2009 y repartida al Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Barcelona y fue registrada con el núm. 1294/2009 . Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de las partes demandadas.

3.- El procurador D. Ángel Joaniquet Tamburini, en representación de Faber Gotic, S.L. y D. Mauricio , contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba:

«[...] dictar sentencia por la que:

»1) En primer lugar, se estimen las excepciones procesales planteadas.

»2) En segundo lugar y de forma subsidiaria, se desestime la demanda en cuanto al fondo.

»3) En ambos casos, con expresa declaración de condena en costas a los demandantes, con expresión de temeridad».

4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, el Magistrado-juez del Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Barcelona, dictó sentencia de fecha 12 de junio de 2012 , con el siguiente fallo:

«Estimando parcialmente la demanda interpuesta por la representación en autos de las entidades Fundación Gala-Salvador Dalí, Demart Pro Arte Vb Visual Entidad de Gestión de Artistas Plásticos (VEGAP) se condena a la entidad mercantil Faber Gotic, S.L. y se declara: 1) Que el demandado ha vulnerado los derechos de marca de la Fundación Gala- Salvador Dalí, y/o sociedad Demart Pro Arte B.V. titularidad al 100% de la Fundación reconocidos en los artículos 34 y siguientes de la Ley de Marcas . 2) la demandada ha vulnerado los derechos de propiedad intelectual patrimoniales sobre la obra de Salvador Dalí reconocidos en los artículos 17 y siguientes del RDL por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual . 3) Que la demandada ha realizado una conducta desleal de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 5 y siguientes de la ley de Competencia desleal .

» Se rechazan el resto de pretensiones declarativas y se absuelve de lo pretendido de contrario a don Mauricio .

» Como consecuencia de los anteriores pronunciamientos declarativos se condena a la mercantil Faber Gotic, S.L. a los siguientes pronunciamientos: 1) A cesar con carácter inmediato y para el futuro en la explotación de los derechos de marca y de imagen infringidos, mediante la remoción y destrucción de todos los soportes en que se hayan materializado dichas infracciones y mediante la eliminación del nombre "Dalí" y la imagen del autor en el título, carteles anunciadores, material promocional e interior de la exposición

y en el contenido de las páginas del sitio web que publiciten a la mercantil demandada y al establecimiento que explota. 2) A cesar en la reproducción, distribución y comunicación pública de las obras de Salvador Dalí, relacionadas con el hecho tercero de la demanda, tanto en el interior de la exposición "Dalí", como en los carteles y material promocional de la misma mediante la retirada y destrucción de cualesquiera ejemplares del folleto de la exposición "Dalí", así como de las banderolas que decoran la fachada; prohibiéndoseles reanudar la explotación de cualquier obra de Salvador Dalí en el futuro sin la preceptiva autorización de la VEGAP. 3) Al pago a la Fundación Gala-Salvador Dalí de la indemnización que 11.344'38 euros, derivada de las infracciones de derechos de marca realizadas por los codemandados desde la inauguración de la exposición y hasta el momento del cese de tales infracciones. 4) Al pago a la Fundación Gala-Salvador Dalí de indemnización coercitiva prevista en el artículo 44 de la Ley de Marcas , de 600 euros

por día que transcurra desde la admisión a trámite de la demanda hasta que se produzca la cesación efectiva de la infracción que alcanzan la suma de 136.800 euros. 5) Al pago a VEGAP de la indemnización de 4.033'20 euros por los folletos distribuidos hasta 2009, 7.136'55 euros por las banderolas utilizadas en la fachadas. 6) Al pago a la Fundación de una indemnización que quedará concretada a lo largo del procedimiento y practicada la prueba pericial, derivada de los actos de competencia desleal realizados por Faber Gotic, S.L. y por el Sr. Mauricio . 7) El importe de la indemnización resultará de aplicar el 1 % de la cifra de negocios de los infractores, entendiendo por tal cifra de negocio lo ya indicado en los ordinales anteriores desde la fecha de su inauguración hasta la fecha en que dicho establecimiento cese efectivamente en la realización de los actos de competencia desleal que alcanza la suma de 11.344'38. 8) A la publicación de la sentencia en un diario de los de mayor tirada de ámbito nacional y en una radio de las de mayor audiencia en la Comunidad Autónoma de Cataluña. 9) Al pago a la Fundación de los costes incurridos para obtener las pruebas para este procedimiento como son, en particular, los costes de obtención de todos los certificados de marcas aportados, así como el levantamiento de las actas notariales también aportadas a la presente demanda.

» Cada parte hará frente a sus costas y las comunes por mitad».

Con fecha 9 de julio de 2012 el Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Barcelona, dictó auto de aclaración, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente:

«[...] Dispongo la aclaración de la sentencia dictada en el sentido de considerar que las liquidaciones de daños son provisionales y que, caso de confirmarse la sentencia, deberán liquidarse de modo definitivo conforme a las bases citadas calculadas a la fecha de fin de la infracción».

SEGUNDO.- Tramitación en segunda instancia.

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por las representaciones de Fundación Gala-Salvador Dalí, Demart Pro Arte B.V. y Visual Entidad de Gestión de Artistas Plásticos y de Faber Gotic, S.L. y D. Mauricio . Las representaciones de ambas partes se opusieron a los recursos interpuestos de contrario.

2.- La resolución de estos recursos correspondió a la Sección Decimoquinta de la Audiencia Provincial de Barcelona, que lo tramitó con el número de rollo 672/2012 y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia núm. 318/2013 en fecha 24 de julio , cuya parte dispositiva dispone:

«Estimamos en parte los recursos de apelación interpuestos por Fundación Gala- Salvador Dalí, Visual Entidad de Gestión de Artistas Plásticos y Demart Pro Arte, B.V. y por Faber Gotic, S.L. y Mauricio contra la sentencia del Juzgado Mercantil núm.

3 de Barcelona de fecha 12 de junio de 2012, dictada en las actuaciones de las que procede este rollo.

» Revocamos en parte la sentencia y estimamos la demanda de Fundación Gala- Salvador Dalí, Visual Entidad de Gestión de Artistas Plásticos también contra Mauricio a quien condenamos en los mismos términos en los que ha resultado condenada Faber Gotic, S.L. y de forma solidaria con la misma.

» Modificamos el contenido de los pronunciamientos de condena a Faber Gotic, S.L. (ahora extendidos al Sr. Mauricio) en el único sentido de dejar sin efecto la condena a la indemnización coercitiva del art. 44 LM , por importe de 136.800 euros.

» Condenamos Don. Mauricio a cesar en la utilización del nombre de dominio *www.dalibarcelona.com* y, particularmente, a que elimine la referencia Dalí de la propia dirección web, así como del interior de la página, en los términos que más ampliamente se han recogido en el cuerpo de esta resolución. Y también le condenamos para que cese en la utilización en su página web de los metatag siguientes: "Dalí", "Salvador Dalí", "Daum Dalí" y "Dalí theater museum".

» Confirmamos en todos los demás pronunciamientos la resolución recurrida.

» Imponemos las costas de la primera instancia, también de forma solidaria, a los demandados condenados.

» No hacemos imposición de las costas de los recursos y ordenamos la devolución de los depósitos constituidos al recurrir».

Con fecha 17 de septiembre de 2013 la Sección Decimoquinta de la Audiencia Provincial de Barcelona dictó auto de aclaración, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente:

«A instancias de Fundación Gala-Salvador Dalí, Demart Pro Arte, B.V., y Visual Entidad de Gestión de Artistas Plásticos se aclara la sentencia de fecha 24 de julio pasado en el exclusivo sentido que resulta de lo que se afirma en el apartado a) del fundamento jurídico de esta resolución, esto es, de que se entienda hecha referencia en los antecedentes de hecho de nuestra sentencia al auto de aclaración dictado por el juzgado mercantil en fecha 9 de julio de 2012 .

»No ha lugar a las demás peticiones de aclaración realizadas por las mismas solicitantes».

TERCERO.- *Interposición y tramitación del recurso de casación.*

1.- El procurador D. Xavier Manjarin Albert, en representación de Fundación Gala-Salvador Dalí, interpuso recurso de casación.

Los motivos del recurso de casación fueron:

«Primero.- Art. 477.2.1º LEC . Vulneración del derecho fundamental a la imagen».

«Segundo.- Subsidiariamente, interés casacional. Art. 477.3 LEC . Por resolver la sentencia recurrida puntos y cuestiones sobre los que existe jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales, en relación a la legitimación activa de la Fundación Gala- Salvador Dalí para demandar la protección post mortem del derecho de imagen del Salvador Dalí».

2.- Las actuaciones fueron remitidas por la Audiencia Provincial a esta Sala, y las partes fueron emplazadas para comparecer ante ella. Una vez recibidas las actuaciones en esta Sala y personadas ante la misma la parte por medio del procurador mencionado en el encabezamiento, se dictó auto de fecha 2 de septiembre de 2014, cuya parte dispositiva es como sigue:

« 1º) ADMITIR EL RECURSO DE CASACIÓN interpuesto por la representación procesal de la FUNDACIÓN GALA-SALVADOR DALÍ, contra la Sentencia dictada, con fecha 24 de julio de 2013, por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 13 ª) aclarada por auto de fecha 17 de septiembre de 2013, en el rollo de apelación nº 672/12 , dimanante de los autos de juicio ordinario nº 1294/09 del Juzgado Mercantil nº 3 Barcelona.

» 2º) Queden los autos pendientes de señalamiento del día y hora para la celebración de la vista, o, en su caso, para la votación y fallo del recurso de casación interpuesto ».

3.- El Ministerio Fiscal, emitió informe de fecha 14 de diciembre de 2015, considerando que la Fundación Gala-Salvador Dalí no tiene legitimación activa para ejercitar las acciones del presente recurso.

No se personó en legal forma el recurrido, quedando el presente recurso de casación pendiente de votación y fallo.

4.- Al no solicitarse por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el 2 de marzo de 2016. Por providencia de 3 de marzo de 2016 se acordó suspender el señalamiento acordado, pasando a conocimiento del Pleno de la Sala el 1 de Junio de 2016, en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Antecedentes del caso.*

1.- D. Salvador Dalí i Domenech, artista plástico de fama universal (en lo sucesivo, Salvador Dalí), otorgó testamento el 20 de septiembre de 1982, por el que instituyó «heredero universal y libre, de todos sus bienes, derechos y creaciones artísticas, al Estado Español, con el fervoroso encargo de conservar, divulgar y proteger sus obras de arte».

El 23 de diciembre de 1983, Salvador Dalí otorgó escritura pública de constitución de la Fundación Gala-Salvador Dalí, con objeto, entre otras cuestiones, de proteger y defender la obra artística, cultural e intelectual de Salvador Dalí, sus bienes y derechos de cualquier naturaleza, su memoria y el reconocimiento universal de su aportación a las bellas artes, la cultura y el pensamiento contemporáneo.

Salvador Dalí falleció el 23 de enero de 1989, estando vigente el testamento otorgado en 1982. La herencia fue aceptada por el Estado español por Real Decreto 185/1989, de 10 de febrero. Por Real Decreto 799/1995, de 19 de mayo, se encomendó al Ministerio de Cultura la administración y explotación de los Derechos de la Propiedad Intelectual de titularidad estatal derivados de la obra artística de Don Salvador Dalí, competencias que fueron ampliadas por el RD 403/1996 de 1 de marzo.

En los artículos 3 de los Reales Decretos 799/1995, de 19 de mayo , y 403/1996, de 1 de marzo, se autorizó al Ministerio de Cultura para, mediante Orden Ministerial, a otorgar temporalmente de forma directa y con carácter exclusivo el ejercicio de las facultades de administración y explotación de los derechos de propiedad intelectual, propiedad inmaterial, de imagen, industrial, marcas, patentes y demás derechos derivados de la obra artística de D. Salvador Dalí a favor de la Fundación «Gala-Salvador Dalí». De conformidad con lo expresado, se dictaron las órdenes de 25 de julio de

1995 y 8 de enero de 2001 (refundidas y actualizadas mediante Orden ECD/79/2004, de 19 de enero) que otorgaron a la Fundación «Gala-Salvador Dalí» el ejercicio de las facultades de administración y explotación de los derechos de propiedad intelectual y de los derechos de imagen, propiedad industrial, marcas, patentes y demás derechos inmatrimoniales derivados de la obra artística de don Salvador Dalí. Asimismo, para el seguimiento y vigilancia de las facultades de administración y explotación de los derechos inmatrimoniales que se otorgaron por medio de las órdenes de 25 de julio de 1995 y 8 de enero de 2001, en virtud de lo dispuesto en el artículo 9 de esta última, se creó una Comisión de Seguimiento que ha venido ejerciendo sus funciones desde entonces.

2.- Las entidades Fundación Gala-Salvador Dalí, Demart Pro Arte, B.V. y Visual Entidad de Gestión de Artistas Plásticos, presentaron ante los juzgados mercantiles de Barcelona una demanda contra D. Mauricio y Faber Gotic, S.L en la que ejercitaban diversas acciones en defensa de derechos de propiedad industrial y propiedad intelectual, de competencia desleal y de protección del derecho a la propia imagen. Tales infracciones se habrían producido con ocasión de que los demandados hubieran organizado una exposición dedicada al artista Salvador Dalí en la sede del Real Círculo Artístico de Barcelona en la que, con fines claramente comerciales, se exponían obras escultóricas integrantes de la denominada «Colección Clot».

El ejercicio de la acción de protección del derecho a la propia imagen, que es la que aquí interesa por ser la única que ha llegado a casación, se justificaba porque los demandados utilizaban el nombre y la imagen de Salvador Dalí (diversas fotografías del artista) para fines publicitarios y comerciales, pues tanto en el espacio de la exposición de las obras del artista que organizaban y explotaban los demandados como en los soportes que le servían de apoyo, difusión y promoción (folletos, carteles, paneles, bolsas, página web, etc.) se habían reproducido diversas fotografías y retratos de Salvador Dalí y se utilizaba constantemente su nombre ("Salvador Dalí" o "Dalí").

Por tal razón solicitaban un pronunciamiento declarativo, consistente en que se declarara que los demandados habían realizado una intromisión ilegítima en los derechos de imagen de Salvador Dalí por utilización de su nombre e imagen para fines publicitarios y comerciales, según dispone el art. 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 lo sucesivo, LO 1/1982), y un pronunciamiento de condena, consistente en que se condenara a los demandados a pagar a la Fundación Gala-Salvador Dalí una indemnización por las infracciones de los derechos de imagen de Salvador Dalí consistente en el 1% de la cifra de negocios obtenida por la exposición pública de las obras y reproducciones de obra de Salvador Dalí.

3.- El Juzgado Mercantil dictó sentencia en la que estimó algunas de las pretensiones formuladas frente a Faber Gotic, S.L., no así las formuladas frente a D. Mauricio , a quien absolvió. En concreto, consideró vulnerados derechos de marca y de propiedad intelectual, y también que se habían realizado por la demandada actos de competencia desleal, y realizó los correspondientes pronunciamientos declarativos y condenatorios.

Respecto de la acción de protección del derecho a la propia imagen, el Juzgado Mercantil la desestimó al considerar que los pretendidos derechos de imagen quedarían tutelados por el reconocimiento de los derechos de explotación vinculados a la propiedad intelectual (indemnización por la exposición de las obras adquiridas por los demandados sin derecho a tal exposición pública y cesación de esa conducta), así como por las conductas de deslealtad imputadas a la demandada (uso del nombre Salvador Dalí o Dalí como palabras clave en los buscadores de internet para enlazar con la web de la exposición, en la que aparece también su imagen).

4.- Las demandantes recurrieron en apelación la sentencia del Juzgado Mercantil, como también lo hicieron los demandados.

La impugnación del pronunciamiento desestimatorio de la acción de protección del derecho a la propia imagen fue desestimada por la Audiencia Provincial. Las razones para ello fueron distintas de las empleadas por el Juzgado Mercantil.

Para la Audiencia Provincial, el hecho de que el Estado español, en su calidad de heredero universal de Salvador Dalí, hubiera cedido todos sus derechos a la fundación no justificaba la legitimación activa de

esta para el ejercicio de la acción de tutela del derecho de imagen del artista fallecido. Para la Audiencia, aunque el derecho a la imagen pueda tener un evidente contenido patrimonial, ello no determina que pierda su estricta naturaleza de derecho de la personalidad, de manera que se trata de un derecho sometido a las características propias de estos derechos, entre ellas la intransmisibilidad, incluso *mortis causa*, pues se extingue con la muerte de su titular.

Ello no impide que el artículo 4 LO 1/1982 reconozca la tutela *post mortem* de los derechos de la personalidad, si bien la legitimación para ejercitar la acción no se atribuye a los herederos sino a sus familiares, lo que es indicativo de que el daño que se repara no es el que experimenta la persona fallecida sino el daño moral que sufren sus allegados.

El art. 4.1 LO 1/1982 permite que el testador designe en el testamento a quien pueda ostentar legitimación para la tutela de ese derecho, pero esa atribución de legitimación es específica para el ejercicio de esta acción y diferenciada de la condición de heredero. Por consiguiente, dado que Salvador Dalí no hizo esta concreta indicación sino que se limitó a establecer la institución de heredero, la Audiencia Provincial concluyó que no existe otro legitimado para tutelar sus derechos personales que el Ministerio Fiscal, conforme a lo que establece el propio art. 4 LO 1/1982.

Como consecuencia de lo expresado, la sentencia de la Audiencia Provincial negó legitimación a la fundación demandante para ejercitar la acción de protección del derecho a la imagen de Salvador Dalí frente a intromisiones ilegítimas.

5.- La Fundación Gala-Salvador Dalí, exclusivamente, ha interpuesto un recurso de casación contra la sentencia de la Audiencia Provincial, basado en dos motivos, que han sido admitidos.

SEGUNDO.- *Formulación del recurso de casación.*

1.- El recurso de casación se articula formalmente en dos motivos, que llevan por título los siguientes:

«Primero.- Art. 477.2.1º LEC . Vulneración del derecho fundamental a la imagen».

«Segundo.- Subsidiariamente, interés casacional. Art. 477.3 LEC . Por resolver la sentencia recurrida puntos y cuestiones sobre los que existe jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales, en relación a la legitimación activa de la Fundación Gala- Salvador Dalí para demandar la protección *post mortem* del derecho de imagen del Salvador Dalí».

En realidad no se formulan dos motivos de casación diferentes, por cuanto que el segundo justifica el acceso a la casación también por el cauce del interés casacional (art. 477.2.3º y 3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil). Pero las infracciones legales denunciadas (art. 18.1 de la Constitución y art.

4.1 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 lo sucesivo, LO 1/1982) son las mismas en uno y otro motivo.

2.- En el recurso se alega que la Fundación Gala-Salvador Dalí (en lo sucesivo, la fundación) ya interesó en la demanda la tutela judicial civil del derecho fundamental de imagen de Salvador Dalí, por haber sufrido una intromisión ilegítima por utilización de su nombre e imagen para fines publicitarios y comerciales, así como en el recurso de apelación. Y la sentencia de la Audiencia Provincial, al hacer una interpretación restrictiva e incorrecta del art. 4.1 LO 1/1982, infringe este precepto y el art. 18.1 de la Constitución, y deja el derecho a la imagen de Salvador Dalí sin la protección que le otorga dicha ley orgánica y el art. 18.1 de la Constitución.

Aunque el derecho a la imagen, en tanto que derecho a la personalidad, se extingue con la muerte de la persona física, su memoria constituye una prolongación de la personalidad que debe ser tutelada por el Derecho, atribuyendo la LO 1/1982 expresamente protección para el caso de que la lesión se produzca tras el fallecimiento mediante las acciones que la fundación ha ejercitado. Según la recurrente, Salvador Dalí sí habría hecho la designación que prevé el art. 4.1 LO 1/1982.

3.- Como primer argumento que apoya su tesis, la Fundación alega que sí existió una designación testamentaria de la persona a quien correspondía el ejercicio de las acciones de protección civil del honor, la intimidad y la imagen de Salvador Dalí, puesto que este, en su testamento de 20 de septiembre de 1982, en el que instituía heredero universal de sus bienes y derechos al Estado español, dispuso: «todo ello sin perjuicio de los codicilos que acaso pueda otorgar en lo sucesivo».

El 23 de diciembre de 1983, Salvador Dalí otorgó escritura pública de constitución de la Fundación Gala-Salvador Dalí, en cuyos estatutos, incorporados a la escritura fundacional, se establecía que la fundación tenía por objeto, entre otras cuestiones, proteger y defender la obra artística, cultural e intelectual de Salvador Dalí,

sus bienes y derechos de cualquier naturaleza, su memoria y el reconocimiento universal de su aportación a las bellas artes, la cultura y el pensamiento contemporáneo.

Para la recurrente, «dicha escritura de constitución puede y debe ser considerada, desde la óptica de la legislación civil catalana, como un codicilo otorgado por Salvador Dalí para complementar su testamento», pues mediante la misma encomendó a la fundación la protección y defensa de su memoria, y tal designación es expresa y claramente manifiesta en un acto de última voluntad del propio causante.

4.- Como argumento alternativo, con invocación de una «interpretación finalista-literal del art. 4.1 LO 1/82 », la fundación recurrente alegó que el ejercicio de las acciones de protección civil de la imagen del fallecido Salvador Dalí corresponde al heredero universal, sin necesidad de que el testador haya señalado expresamente en su testamento que le designa para ejercer esta acción en particular, puesto que quien es designado como heredero universal debe asumir como tal la defensa de los derechos de la personalidad.

El heredero universal instituido en el testamento es el Estado Español, y este ha cedido a la Fundación Gala-Salvador Dalí el ejercicio de las facultades de administración y explotación de los derechos de imagen y demás derechos inmateriales derivados de la obra artística de Salvador Dalí.

5.- La recurrente alegaba la existencia de contradicción entre la sentencia recurrida y una sentencia anterior de la misma Sala en la que, aunque ciertamente no se planteó expresamente la cuestión de la legitimación de la fundación, se dio por supuesta; y, asimismo, se alega la contradicción con una sentencia anterior de la Audiencia Provincial de Girona, que reconoció expresamente la legitimación de la fundación para el ejercicio de la acción de protección *post mortem* del derecho a la imagen de Salvador Dalí.

6.- Con base en todo ello, la fundación solicitaba que se casara la sentencia recurrida y «se declare la legitimación activa de la Fundación Gala-Salvador Dalí para defender *post mortem* los derechos de imagen de Salvador Dalí, estimando la acción declarativa interesada por esta parte respecto a la infracción del derecho de imagen de Salvador Dalí».

TERCERO.- *Decisión de la sala. Legitimación para el ejercicio de las acciones de protección de la memoria del difunto. El aspecto puramente patrimonial de la imagen no está integrado en dicha memoria.*

1.- La fundación recurrente discrepa de la sentencia recurrida en lo relativo a la consideración de la escritura de constitución de la fundación como un codicilo que sirve para cumplir la exigencia de forma contenida en el art. 4.1 LO 1/1982 y, subsidiariamente en que no sea suficiente, a efectos de dicho precepto legal, la designación de un heredero universal, que sería el legitimado para ejercitar las acciones de protección de la memoria del difunto. En definitiva, la fundación, desde la propia demanda, ha pretendido la protección *post mortem* de los aspectos meramente patrimoniales del derecho a la imagen al amparo de lo previsto en la LO 1/1982 y discute solamente si se han cumplido los requisitos formales establecidos en el art. 4.1 de dicha ley para la designación de la persona que deba velar por la defensa de la memoria del difunto.

2.- La sala coincide con el tribunal de apelación en que no existe ninguna persona designada para el ejercicio de las acciones previstas en la LO 1/1982 en defensa de la memoria de Salvador Dalí, pues no se reúnen los requisitos que para dicha designación se contienen en el art. 4.1 de dicha ley .

La escritura de constitución de la fundación no es el testamento que exige el art. 4.1 LO 1/1982 . Ni siquiera es un codicilo, como pretende la recurrente y declaró una de las sentencias que invoca para justificar el interés casacional, puesto que no contiene disposiciones de última voluntad, sino el negocio jurídico constitutivo de una persona jurídica de tipo fundacional.

3.- Tampoco la designación testamentaria de un heredero universal equivale a la designación específica que exige el art. 4.1 LO 1/1982 , que ha querido desvincular la legitimación para el ejercicio de las acciones de protección de la memoria del difunto previstas en dicha ley de la sucesión hereditaria.

4.- Además de lo expuesto, ha de concluirse que la fundación no está pretendiendo la protección de la memoria de Salvador Dalí, sino la explotación del contenido estrictamente patrimonial de la imagen (nombre y figura) del artista.

Los derechos invocados por la fundación en su demanda son de contenido netamente patrimonial. La demanda no plantea que la reproducción de la imagen y del nombre del fallecido Salvador Dalí realizada con motivo de la exposición en la que se exponían obras escultóricas integrantes de la denominada «Colección Clot» haya afectado negativamente a la memoria del artista. Se trata simplemente de que, al igual que ha ocurrido con los derechos de propiedad industrial e intelectual cuya protección se solicitaba en la demanda conjuntamente con el derecho a la imagen, los demandados no habían acordado con la fundación la

autorización para el uso de tales signos e imágenes mediante el pago de la correspondiente retribución, razón por la cual se solicitaba se declarara la vulneración de tales derechos, se condenara a los demandados a cesar en las conductas infractoras y se removieran sus efectos, y se les condenara al pago de una indemnización consistente en una regalía del 1% sobre la cifra de negocios para las infracciones marcarias, también del 1% para algunas infracciones de los derechos de propiedad intelectual (en otras se solicitaba colectiva), y también una indemnización de un 1% sobre la cifra de negocios para la infracción del derecho a la imagen.

5.- La jurisprudencia tanto del Tribunal Constitucional como de esta sala, han reducido el ámbito objetivo del derecho fundamental a la propia imagen reconocido en el art. 18.1 de la Constitución y han excluido del mismo una serie de intereses puramente económicos o patrimoniales.

En este sentido, la STC 81/2001, de 26 de marzo, declaró:

«[...] como ya se apuntó en la STC 231/1988, FJ 3 y, sobre todo, en la STC 99/1994, el derecho constitucional a la propia imagen no se confunde con el derecho de toda persona a la explotación económica, comercial o publicitaria de su propia imagen, aunque obviamente la explotación comercial incontestada -e incluso en determinadas circunstancias la consentida- de la imagen de una persona puede afectar a su derecho fundamental a la propia imagen.

»Es cierto que en nuestro Ordenamiento -especialmente en la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, sobre protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y a la propia imagen- se reconoce a todas las personas un conjunto de derechos relativos a la explotación comercial de su imagen. Sin embargo, esa dimensión legal del derecho no puede confundirse con la constitucional, ceñida a la protección de la esfera moral y relacionada con la dignidad humana y con la garantía de un ámbito privado libre de intromisiones ajenas. La protección de los valores económicos, patrimoniales o comerciales de la imagen afectan a bienes jurídicos distintos de los que son propios de un derecho de la personalidad y por ello, aunque dignos de protección y efectivamente protegidos, no forman parte del contenido del derecho fundamental a la propia imagen del art. 18.1 CE. Dicho en otras palabras, a pesar de la creciente patrimonialización de la imagen y de "la necesaria protección del derecho a la propia imagen frente al creciente desarrollo de los medios y procedimientos de captación, divulgación y difusión de la misma" (STC 170/1987, de 30 de octubre, FJ 4), el derecho garantizado en el art. 18.1 CE, por su carácter "personalísimo" (STC 231/1988, FJ 3), limita su protección a la imagen como elemento de la esfera personal del sujeto, en cuanto factor imprescindible para su propio reconocimiento como individuo».

Ello no impide que la defensa de esa esfera personal del sujeto, ceñida a la protección de la esfera moral y relacionada con la dignidad humana, a través de las acciones derivadas del art. 18.1 de la Constitución, ejercitadas conforme a lo previsto en la LO 1/1982 y con las especialidades procesales previstas para las acciones de defensa de los derechos fundamentales, permita solicitar también la indemnización que sirva para reparar el daño causado por la vulneración del derecho fundamental, puesto que, como ha declarado la STC 23/2010, de 27 de abril, «[...] las posibles consecuencias patrimoniales del uso ilegítimo de la imagen ajena no obstan para su protección constitucional». Pero en tal caso, no se está ejercitando tan solo el derecho patrimonial a explotar la propia imagen, sino que se está protegiendo un derecho fundamental de contenido moral y personalísimo, y la pretensión de contenido patrimonial es puramente resarcitoria del daño causado por la infracción del derecho fundamental, por más que incluya tanto el daño moral como el puramente patrimonial.

Como se ha dicho, también la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo ha recogido esta distinción. En la sentencia 219/2014, de 8 de mayo, negamos legitimación a la sociedad cesionaria de los derechos de imagen de un conocido artista, «al ser la explotación comercial de la imagen del artista algo ajeno al contenido del derecho fundamental consagrado en el artículo 18.1 de la CE», recordando que «debe distinguirse el derecho a la imagen, como derecho de la personalidad, esfera moral, relacionada con la dignidad humana y como derecho patrimonial, protegido por el Derecho pero ajeno a la faceta constitucional como derecho fundamental, lo que destaca el Tribunal Constitucional en sentencia 81/2001, de 26 de marzo y esta Sala en sentencias de 25 de septiembre de 2008 y 29 de abril de 2009».

6.- La demanda ha sido interpuesta cuando el titular de la imagen y el nombre, el artista Salvador Dalí, ya había fallecido. Tal circunstancia supone que sus derechos fundamentales de la personalidad, y en concreto el derecho a la propia imagen, se extinguieron con su fallecimiento, puesto que la muerte determina el fin de la personalidad civil de las personas físicas (art. 32 del Código Civil).

El sistema previsto en el art. 4, en relación con el 9.4, ambos de la LO 1/1982, no protege tanto los derechos del art. 18.1 de la Constitución, extinguidos a la muerte de la persona, como la memoria del difunto (así lo afirma la exposición de motivos de la ley) en los aspectos relacionados con esos derechos.

Pero el ejercicio de acciones en el modo previsto en estos preceptos legales presupone que la conducta del demandado haya supuesto no solo una explotación no autorizada de la imagen o el nombre del difunto, sino también un menoscabo, una lesión de su memoria, en un sentido amplio, bien porque la utilización de la imagen se ha hecho de un modo objetivamente denigratorio, bien porque se haya realizado en un modo que no concuerde con la conducta que el difunto observó en vida.

Tal menoscabo de la memoria del difunto, al igual que la intromisión en su derecho fundamental a la propia imagen con anterioridad a su fallecimiento, puede producirse por «la utilización del nombre, de la voz o de la imagen de una persona para fines publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga» (art. 7.6 LO 1/1982). Pero ello no supone que las acciones relativas a la explotación comercial o publicitaria del nombre o la imagen del difunto, ajenas a cualquier menoscabo o lesión de su memoria, se encuadren en el ámbito de aplicación de la citada ley orgánica.

7.- Tanto por la falta de designación de la fundación recurrente del modo exigido en el art. 4.1 LO 1/1982 como porque la protección que pretende no lo es de la memoria del difunto, sino de intereses de carácter estrictamente patrimonial, ajenos al ámbito de protección de la memoria del difunto en la citada ley orgánica, debe confirmarse la solución adoptada por la Audiencia Provincial sobre la falta de legitimación activa de la recurrente.

CUARTO .- *Costas y depósito.*

1.- De acuerdo con lo previsto en el artículo 398.1 en relación con el 394.1, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil , las costas del recurso de casación deben ser impuestas a la recurrente.

2.- Procede acordar también la pérdida del depósito construido de conformidad con la disposición adicional 15ª, apartado 9, de la Ley Orgánica del Poder Judicial .

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

1.º- Desestimar el recurso de casación interpuesto por la Fundación Gala- Salvador Dalí contra la sentencia núm. 318/2013, de 24 de julio, dictada por la Sección Decimoquinta de la Audiencia Provincial de Barcelona, en el recurso de apelación núm. 672/2012 .

2.º- Imponer al expresado recurrente las costas del recurso de casación que desestimamos, así como la pérdida del depósito constituido.

Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.