



Roj: **STS 884/2021 - ECLI:ES:TS:2021:884**

Id Cendoj: **28079110012021100127**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **09/03/2021**

Nº de Recurso: **3772/2019**

Nº de Resolución: **133/2021**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **MARIA DE LOS ANGELES PARRA LUCAN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP B 3968/2019,**
STS 884/2021

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 133/2021

Fecha de sentencia: 09/03/2021

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: 3772/2019

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 03/03/2021

Ponente: Excm. Sra. D.^a M.^a Ángeles Parra Lucán

Procedencia: AUDIENCIA PROVINCIAL DE BARCELONA. SECCIÓN 11.^a

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. José María Llorente García

Transcrito por: LEL

Nota:

CASACIÓN núm.: 3772/2019

Ponente: Excm. Sra. D.^a M.^a Ángeles Parra Lucán

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. José María Llorente García

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 133/2021

Excmos. Sres. y Excm. Sra.

D. Francisco Marín Castán, presidente

D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

D.^a M.^a Ángeles Parra Lucán

D. José Luis Seoane Spiegelberg



En Madrid, a 9 de marzo de 2021.

Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto por D.^a Sonsoles , representada por la procuradora del turno de oficio D.^a Mónica Ana Liceras Vallina y bajo la dirección letrada de D. Guillem Mont I Barceló, contra la sentencia n.º 249/2019, de 10 de abril, dictada por la Sección 11.^a de la Audiencia Provincial de Barcelona en el recurso de apelación n.º 765/2018, dimanante de las actuaciones de juicio ordinario n.º 491/2015 del Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de DIRECCION005 , sobre acción de intromisión ilegítima en el **derecho** a la propia imagen. Ha sido parte recurrida DIRECCION007 ., representada por el procurador D. Ignacio López Chocarro, bajo la dirección letrada de D. Emili Moragas Freixa, y DIRECCION008 ., representada por el procurador D. Jorge Pérez Vivas y bajo la dirección letrada de D. Enrique Sánchez García.

Ha sido parte el Ministerio Fiscal

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.^a M.^a Ángeles Parra Lucán.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia*

1.- D.^a Sonsoles interpuso demanda de juicio ordinario contra las entidades **mercantiles** DIRECCION007 . y DIRECCION005 ., en la que solicitaba se dictara sentencia por la que:

"1.º Se declare que, por parte de las **mercantiles** DIRECCION007 . y DIRECCION008 . se ha llevado a cabo una intromisión ilegítima en el **derecho** a la propia imagen de la modelo Sra. Sonsoles , en su modalidad de apropiación publicitaria y/o comercial de la imagen, por haber utilizado la imagen de la misma en el seno de una campaña de publicidad para la promoción de los productos RON NEGRITA y COCA-COLA, respectivamente, sin mediar consentimiento ni autorización por parte de la modelo o de su agente.

"2.º Se condene a las **mercantiles** demandadas DIRECCION007 . y DIRECCION008 ., a pagar solidariamente a la actora en concepto de indemnización por el perjuicio causado, la cantidad de trescientos mil euros (300.000,00 €).

"3.º Se condene a las **mercantiles** demandadas DIRECCION007 . y DIRECCION008 ., a mantener para el futuro eliminada de la imagen central de la campaña, publicitaria objeto de este procedimiento aquella parte de la misma en la que han venido reproduciendo la imagen de la modelo D.^a Sonsoles , así como se condene también a las demandadas a que, en todo caso, se abstengan en el futuro de utilizar en su propio beneficio o en beneficio de tercero, en modo alguno y dentro del ámbito publicitario y/o comercial, la imagen de la modelo D.^a Sonsoles , sin mediar consentimiento o autorización de esta.

"4.º Se condene a las **mercantiles** demandadas DIRECCION007 . y DIRECCION008 . al pago de las costas procesales".

2.- La demanda fue presentada el 16 de septiembre de 2015 y, repartida al Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 1 de DIRECCION005 , fue registrada con el n.º 491/2015. Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de las partes demandadas.

3.- DIRECCION007 . y DIRECCION008 ., a través de sus respectivas representaciones procesales, contestaron a la demanda mediante escritos en los que solicitaban la desestimación íntegra de la demanda con expresa condena en costas a la parte actora.

4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, el Juez del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 1 de DIRECCION006 dictó sentencia de fecha 20 de marzo de 2018, con el siguiente fallo:

"Que DEBO DESESTIMAR Y DESESTIMO ÍNTEGRAMENTE la demanda presentada por la representación de D.^a Sonsoles , frente a las entidades DIRECCION007 . y DIRECCION008 .

"Las costas del presente procedimiento, deberán ser abonadas por la parte actora, dada la desestimación íntegra de la presente demanda".

SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia*

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de D.^a Sonsoles .

2.- La resolución de este recurso correspondió a la Sección 11.^a de la Audiencia Provincial de Barcelona, que lo tramitó con el número de rollo 765/2018 y, tras seguir los correspondientes trámites, dictó sentencia en fecha 10 de abril de 2019, con el siguiente fallo:



"Desestimamos íntegramente el recurso de apelación interpuesto por la representación de la parte actora contra la sentencia dictada el 20 de marzo de 2018 por el Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de DIRECCION005 en los autos del procedimiento ordinario n.º 491/2015 (rollo n.º 765/2018) que confirmamos íntegramente, por sus mismos fundamentos y cuantos supra constan, con imposición de costas de la alzada a la parte apelante".

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

1.- D.ª Sonsoles interpuso recurso de casación.

El único motivo del recurso de casación fue:

"En virtud de lo dispuesto en el art. 477.2.3.º LEC, por interés casacional, se denuncia la aplicación indebida de los artículos 7.6 y 9.2 c) de la LO 1/1982".

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 las partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, se dictó auto de fecha 22 de enero de 2020, cuya parte dispositiva es como sigue:

"LA SALA ACUERDA:

"Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D.ª Sonsoles contra la sentencia de 10 de abril de 2019, dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 11.ª) en el rollo de apelación n.º 765/2018, dimanante de los autos de juicio ordinario n.º 491/2015 del Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de DIRECCION005".

3.- Por la representación procesal de la recurrida DIRECCION008 . se presentó escrito en el que solicitaba la rectificación del error material del auto de 22 de enero de 2020, que fue denegada mediante auto de fecha 25 de febrero de 2020.

4.- Se dio traslado a las partes recurridas y al Ministerio Fiscal para que formalizaran su oposición al recurso de casación, lo que hicieron mediante la presentación de los correspondientes escritos.

5.- Por providencia de 5 de febrero de 2021 se nombró ponente a la que lo es en este trámite y se acordó resolver el recurso sin celebración de vista, señalándose para votación y fallo el 3 de marzo de 2021, en que ha tenido lugar a través del sistema de videoconferencia habilitado por el Ministerio de Justicia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Resumen de antecedentes*

Se plantea como cuestión jurídica si el uso de la imagen de una modelo que consintió la utilización de su imagen para una campaña, en el caso de exceder el uso pactado (en particular, por su utilización para comercializar el producto junto a los de otra marca), constituye vulneración del **derecho** fundamental a la propia imagen o si, por el contrario, mediando consentimiento, la explotación comercial o publicitaria de la imagen tiene un contenido meramente patrimonial que, aunque goza de protección, no es la dispensada por el ordenamiento a los **derechos** de la personalidad.

1. Sonsoles , hoy recurrente, interpuso una demanda de juicio ordinario por la intromisión ilegítima en el **derecho** a la propia imagen (arts. 7.6 y 9.2 c) LO 1/1982) contra DIRECCION007 . y la DIRECCION008 .

Alegó que su agente (DIRECCION009 , en adelante DIRECCION010) acordó con la empresa de publicidad DIRECCION011 . (en adelante, DIRECCION012) una sesión de trabajo publicitario para Ron Negrita, producto de DIRECCION007 . El trabajo se realizó el 21 de febrero de 2013 y consistió en la toma de fotografías que serían usadas en la página web de la compañía, posters publicitarios y revistas, por un período de 1 año. Por ese concepto se facturó el trabajo.

Afirmó que dicho acuerdo no fue respetado y que en mayo de 2014 podían encontrarse packs de 3 botellas de Ron Negrita más tres botellas de Coca- Cola en algunos establecimientos comerciales. También que en el momento de interposición de la demanda seguía utilizándose su imagen para promocionar el consumo y venta de Ron Negrita (porque el *making-of*-"cómo se hizo"- o película comercial aparecía en redes sociales de la campaña), sin pagarle nada, a pesar de los intentos desde mayo de 2014 para solucionar amistosamente el problema.

Añadió que eran numerosos los daños que le había causado esta situación: pérdida de la confianza en su agente, padre de su hijo y consiguiente dificultades de comunicación que afectan al bienestar del hijo común; la pérdida del agente le ha acarreado la pérdida de trabajo; se han violado sus principios personales, dada su

postura beligerante frente al consumo de bebidas energéticas; al aparecer su imagen asociada a Coca-Cola se ha creado un falso estatus profesional que ha llevado a la eliminación de su nombre en algunos castings por presuponer que cobra un precio exorbitante; la asociación de su imagen a Ron Negrita ha llevado a que otros fabricantes del sector no quieran trabajar con ella.

Solicitó la declaración de que por las demandadas se había llevado a cabo una intromisión ilegítima en el **derecho** a su propia imagen en la modalidad de apropiación publicitaria y/o comercial de la imagen, al haber sido utilizada para una campaña de publicidad de los productos Ron Negrita y Coca-Cola sin mediar consentimiento ni autorización por parte de la modelo o de su agente. También solicitó que se condenase a las demandadas a pagar a la demandante la cantidad de 300.000 euros en concepto de indemnización por el perjuicio causado, a retirar su imagen de las campañas publicitarias y a abstenerse de utilizarla en el futuro sin su autorización.

2. Las codemandadas se opusieron a la demanda.

2.1. DIRECCION007 alegó que solo estaba vinculada contractualmente con la agencia de publicidad DIRECCION012, y esta fue la que contrató directamente con DIRECCION010, la agencia de la modelo, de modo que DIRECCION007 pagó a DIRECCION012 los **derechos** de imagen de la modelo por un año, que dichos **derechos** no venían restringidos más allá del límite del año, por lo que debían entenderse cedidos para el uso normal de las imágenes de la campaña publicitaria para la que se contrató.

Explicó que encargó a DIRECCION012 una campaña publicitaria denominada "Tu Lado Negrita" conforme al presupuesto y email que adjuntaba, que DIRECCION010 (agente de la modelo) facturó a la agencia de publicidad, que en la factura se especificaba que la cesión de **derechos** de imagen era por un año desde la primera publicación, lo que tuvo lugar el 31 de julio de 2013, por lo que la cesión duraba hasta el 31 de julio de 2014, y que dentro del contexto de la campaña programada en 2013 terminaba con una oferta promocional dirigida a mayoristas y distribuidores de un pack de tres botellas de ron Negrita y tres botellas familiares de Coca-Cola, tal y como aportaba por las facturas de compra a Coca-Cola Iberian-Parters y por los pedidos, albaranes y facturas de los embalajes del proyecto.

Alegó que la cuestión que planteaba la demandante no era su **derecho** a la imagen, sino si según la demandante se había renovado la cesión, como acreditaba los correos enviados por su representante tanto a DIRECCION012 como luego a la propia demandada, solicitando primero el precio de 1.800 euros tal como se preveía en la factura como precio de la renovación, y luego mediante el envío por parte de DIRECCION010 a DIRECCION012 de una factura correspondiente a la renovación hasta el 21 de febrero de 2015 por importe de 25.410 euros (21.000 euros en concepto de honorarios de la modelo, más iva).

Añadió que, según los estudios que aportaba, los resultados de la expansión en red de la campaña eran modestos, pero que la campaña se realizó en plazo, y si bien no descartaba que en el establecimiento de alguno de los distribuidores algún producto pudiera permanecer más tiempo del previsto, la demandante no había acreditado ni el lugar ni la fecha del embalaje que aportó con su demanda.

Por lo que se refiere al *making-of* adujo que no es más que el proceso de cómo se elaboró el vídeo, que es habitual su realización, que tanto la modelo como su agente lo sabían, de la misma manera que en las fotos promocionales de la demandante colgadas en internet se incluyen las fotos de la campaña Ron Negrita, en la que aparece la imagen corporativa de DIRECCION007.

Finalmente, negó que los daños que invocaba la demandante le fueran imputables e impugnó la cuantía solicitada.

2.2. DIRECCION008 se opuso a la demanda alegando falta de legitimación pasiva, porque no tuvo ninguna intervención ni conocimiento siquiera de la promoción comercial de Ron Negrita, ya que se enteró cuando la demandante se dirigió a ella el 9 de julio de 2014 explicándole los hechos (y entonces requirió a DIRECCION007 para que cesase en la utilización no autorizada de la marca Coca-Cola), ni siquiera era la sociedad que había vendido a la otra codemandada las botellas de Coca-Cola y no se mencionaba esta marca en el *making-of*. Añadió que, en cualquier caso la demanda estaba llena de contradicciones y paradojas (como sus escrúpulos para anunciar una bebida energética pero no otra de alto contenido alcohólico, o lo ilógico de que pudiera perjudicarle en su carrera que su imagen se asociara a la marca Coca-Cola), la demandante iba contra sus propios actos al solicitar 300.000 euros cuando en el intento de renegociación de su cesión de los **derechos** de imagen solicitó primero 1.800 y luego 21.000 euros, y que, aunque no era parte en los contratos, de la documentación aportada parecía que la cesión de **derechos** terminaría en agosto de 2014.

3. La sentencia de primera instancia desestimó la demanda.



Basó su decisión en que, aunque no había un "contrato físico", quedaba constatado el consentimiento inicial de la demandante, si bien existían discrepancias sobre la fecha de finalización de la campaña, por lo que el problema sería de un incumplimiento contractual, pero que no entraba a resolver porque la demandante no realizaba ninguna solicitud al respecto.

4. La demandante interpuso recurso de apelación, que es desestimado por la Audiencia Provincial.

En síntesis, la Audiencia razona que, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional, si una imagen cedida legalmente se usa fuera del contexto del contrato, hay incumplimiento de un contrato publicitario, no intromisión ilegítima en el **derecho** de imagen como **derecho** constitucionalmente protegido y tutelado por la vía preferente del procedimiento iniciado. La Audiencia considera, además, que la codemandada DIRECCION008 . no ha tenido ninguna participación y solo DIRECCION012 (ni siquiera el destinatario final, DIRECCION007) y la actora fueron partes directas del contrato de cesión de imagen y que, aunque se pudiera concluir que DIRECCION007 era el dueño final del negocio y el beneficiario, está fuera de este procedimiento el uso indebido o extralimitado que DIRECCION007 haya hecho, una vez finalizada la campaña, de la imagen de la demandante, que no había resuelto el contrato original ni prohibido a DIRECCION007 o revocado su consentimiento antes del uso denunciado, por lo que la situación es diferente a la de la STS 266/2016, de 21 de abril (revocación del consentimiento) y a la de la sentencia 617/2018 de 7 noviembre (divulgación de la imagen sin consentimiento, ni en acto o espacio públicos). Esta conclusión, añade la sentencia, se ve reforzada por la STS 400/2001, de 20 de abril, y no se ve desmentida por la STS 219/2014, de 8 de mayo, que versaba sobre un uso no consentido de la imagen de un artista con fines publicitarios.

5. La demandante apelante ha interpuesto recurso de casación.

SEGUNDO. Recurso de casación. Planteamiento y admisibilidad

1. El recurso se funda en un solo motivo en el que, al amparo del art. 477.2.3.º LEC, denuncia la aplicación indebida de los arts. 7.6, 9.2. c) de la Ley Orgánica 1/1982, de protección civil del **derecho** al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.

En su desarrollo denuncia que la sentencia recurrida infringe los preceptos citados al considerar que no constituye intromisión ilegítima en el **derecho** a la propia imagen el uso de una imagen cedida legalmente cuando es usada fuera del contexto del contrato. Invoca que existe jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales.

2. En su escrito de oposición, DIRECCION007 alega causas de inadmisión por inadecuación de acceso a la casación, inexistencia de interés casacional, al no invocar debidamente la jurisprudencia contradictoria de las audiencias provinciales; también por carecer de forma manifiesta de fundamento, al no concretar el desarrollo argumental de la infracción que se considera cometida. De manera subsidiaria solicita la desestimación del recurso por razones sustantivas. En síntesis, expone que se ha articulado como defensa de un **derecho** fundamental una reclamación que en todo caso sería por incumplimiento contractual, cuando el contrato de cesión no estaba revocado al tiempo de la alegada intromisión, de modo que la reclamación es puramente patrimonial y nace del fracaso del intento por el agente de la demandante de ampliar la cesión de los **derechos** de imagen.

DIRECCION008 ., en su escrito de oposición, alega como causa de inadmisión que no se menciona en el escrito la intervención de abogado, vía inadecuada de acceso al recurso y falta de interés casacional, pese a ser esa la vía de interposición del recurso. En cuanto al fondo alega que ha quedado probado y no ha sido impugnado que no ha tenido ninguna participación en los hechos a que se refiere la demandante y que, en cualquier caso, como dice la sentencia recurrida, de acuerdo con la jurisprudencia del TS y del TC en el caso hay una relación comercial de cesión de la imagen, la demandante no ha resuelto el contrato ni revocado el consentimiento ni prohibido a la otra demandada que haga uso de su imagen antes de que el uso denunciado se produjera, por lo que no se está ante una intromisión ilegítima del **derecho** a la imagen sino ante un problema de incumplimiento de contrato publicitario.

3. Debemos descartar los argumentos de inadmisibilidad invocados por las recurridas. En primer lugar, esta sala ya rechazó mediante auto de 25 de febrero de 2020 las causas de inadmisibilidad que ahora reiteran las recurrentes por lo que se refiere a la vía de acceso a la casación, con cita de la doctrina de la sala, sintetizada en la sentencia 695/2015, de 4 de diciembre, que recuerda lo siguiente:

"Es criterio constante de esta Sala que, siendo el cauce formal del artículo 477.2.1º LEC el adecuado cuando la sentencia impugnada se hubiera dictado en un procedimiento sobre tutela judicial civil de **derechos** fundamentales distintos de los reconocidos en el art. 24 de la Constitución (entre las más recientes, STS de 18 de febrero de 2015, rec. nº 247/2014), la formulación del recurso o de alguno de sus motivos por la vía inadecuada del interés casacional en cualquiera de sus modalidades no es razón suficiente, por razones de



tutela judicial efectiva, para su inadmisión, al tratarse de una particularidad formal sin trascendencia para determinar el verdadero objeto del recurso de casación interpuesto (STS de 29 de septiembre de 2009, rec. nº 2454/2004), que resulta inequívocamente identificado con la cita como infringidas de normas constitucionales que versan sobre el conflicto entre las libertades de expresión e información de los recurrentes y el **derecho** al honor de las demandantes recurridas. En este sentido, SSTS de 5 de marzo de 2014, rec. nº 190/2012, 21 de marzo de 2014, rec. nº 18/2012, y la antes citada de 18 de febrero de 2015), rec. nº 247/2014, que textualmente declaró que "el cauce de acceso a la casación es el del apartado primero del art. 477.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que no necesita la justificación del interés casacional".

Por lo demás, la recurrente, que comparece bajo la dirección letrada que aparece recogida en los antecedentes de esta sentencia, plantea en su recurso, con cita de preceptos constitucionales y legales, una cuestión bien definida y a la que los recurrentes, tras alegar causa de inadmisión, han podido oponerse y a la que el tribunal va a dar respuesta de acuerdo con la jurisprudencia.

TERCERO. *Decisión de la sala. Desestimación del recurso de casación*

1. El **derecho** a la propia imagen y la cesión de **derechos** sobre la imagen. Marco normativo y jurisprudencial.

El art. 18 de la Constitución española configura el **derecho** a la propia imagen como un **derecho** fundamental autónomo, con independencia de que una intromisión en la propia imagen pueda suponer al mismo tiempo intromisión en el honor o intimidad de la persona. La autonomía conceptual del **derecho** a la propia imagen como **derecho** fundamental no debe hacer perder de vista que, junto al aspecto protegido constitucionalmente (regulación por ley orgánica, respeto a su contenido esencial, recurso de amparo, tutela ante los tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad), convive un **derecho** de contenido patrimonial que permite negociar con la propia imagen y comercializarla.

La distinción entre el **derecho** fundamental y su vertiente o contenido meramente patrimonial ha sido acogida por la doctrina del Tribunal Constitucional y por la jurisprudencia de esta sala.

Así, según la STC 117/1994, de 25 abril (recurso de amparo núm. 2016/1990):

"Ciertamente, mediante la autorización del titular, la imagen puede convertirse en un valor autónomo de contenido patrimonial sometido al tráfico comercial y ello inducir a confusión acerca de si los efectos de la revocación se limitan al ámbito de la contratación o derivan del **derecho** de la personalidad. Esto es lo que puede determinar situaciones como la que aquí se contempla porque los artistas profesionales del espectáculo (o quienes pretenden llegar a serlo), que ostentan el **derecho** a su imagen como cualquier otra persona salvo las limitaciones derivadas de la publicidad de sus actuaciones o su propia notoriedad, consienten con frecuencia la captación o reproducción de su imagen, incluso con afección a su intimidad, para que pueda ser objeto de explotación comercial; mas debe afirmarse que también en tales casos el consentimiento podrá ser revocado, porque el **derecho** de la personalidad prevalece sobre otros que la cesión contractual haya creado. Mas, en esos supuestos de cesión voluntaria de la imagen o de ciertas imágenes, el régimen de los efectos de la revocación (prevista en el art. 2.3 de la LO 1/1982 como absoluta) deberá atender a las relaciones jurídicas y **derechos** creados, incluso a favor de terceros, condicionando o modulando algunas de las consecuencias de su ejercicio; y corresponde a los Tribunales ordinarios la ponderación de los **derechos** en conflicto en tales casos, sin perjuicio de la que a este Tribunal compete, únicamente desde la perspectiva constitucional".

La STC 81/2001, de 26 marzo (recurso de amparo núm. 922/1998) declara:

"Por el contrario, sí conviene destacar que, de lo que llevamos dicho se desprende que, como ya se apuntó en la STC 231/1988, F. 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, F. 4),



el **derecho** garantizado en el art. 18.1 CE, por su carácter "personalísimo" (STC 231/1988, F. 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.

"Pues bien, en el caso aquí enjuiciado no cabe duda de que el **derecho** concernido no es el **derecho** constitucional a la propia imagen. Para llegar a esta conclusión y resolver el caso planteado, no es necesario elaborar en abstracto una doctrina general acerca de los elementos que permiten distinguir entre la dimensión moral y la patrimonial del **derecho** a la propia imagen. Basta destacar dos datos que caracterizan el presente supuesto: en primer lugar, el hecho de que desde la demanda ante el Juzgado hasta, sobre todo, el recurso de amparo, la reivindicación del recurrente siempre ha tenido como objeto la defensa "del valor patrimonial o comercial" de la imagen indebidamente utilizada".

La Sala Primera del Tribunal Supremo también se ha pronunciado sobre la distinción entre el **derecho** fundamental a la propia imagen y su comercialización.

Así, la sentencia 400/2001, de 20 de abril, respecto de la reclamación de una indemnización por incumplimiento de contrato por parte de la empresa editorial demandada, que se había comprometido a no divulgar una de las fotografías tomada a la artista demandante, declaró:

"Es evidente que a tenor de lo que se ha expuesto en los fundamentos anteriores, este tema no es objeto del presente procedimiento establecido para la protección del **derecho** al honor, a la intimidad personal y a la propia imagen (art. 9 de la Ley Orgánica 1/1982), sino que se refieren a relaciones meramente patrimoniales de exclusivo contenido económico nacidas de la relación contractual habidas entre Ediciones Zeta, S.A., y D.^a Marta, con ocasión de acordar los elementos de contenido crematísticos del contrato, mediante el cual autorizó expresamente la publicación del reportaje fotográfico de su imagen, intereses económicos, muy respetables, pero que no pueden ser acogidos en un procedimiento sobre la protección civil del **derecho** al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, porque estos valores no pueden ser mercantilizados, sin que ello signifique que se prive de protección jurídica a la actora, pues si la misma está convencida del incumplimiento contractual por parte de la empresa editorial, supuesto sobre el que no entramos, tiene el camino abierto para reclamarlo en procedimiento ordinario".

El mismo criterio sigue la sentencia de 22 de julio de 2008 (rec. 2047/2001), que niega que haya intromisión en el sentido del art. 7.6 de la LO 1/1982 en la utilización por parte de una empresa de cosméticos para publicitar sus productos de las fotos de una modelo que le habían sido cedidas por el fotógrafo que las realizó y que, a su vez, las obtuvo con el consentimiento de la interesada y para la explotación comercial de su imagen. La sentencia, reconociendo la problemática que se plantea en relación con la determinación de los límites del **derecho** a la imagen y la exclusión del carácter constitucional de determinados aspectos del mismo y más concretamente, de la explotación comercial, afirma que "en cualquier caso, la intromisión debe producir una lesión que sea contraria a la dignidad de la persona y ello no se ha producido en el presente supuesto, dadas las características que concurren, como, además, ha sido declarado probado en la sentencia recurrida".

El mismo criterio ha sido seguido también por la sentencia 152/2009, de 26 febrero, que, entiende que, una vez que queda constancia de la existencia del consentimiento de los deportistas demandantes para la gestión de sus **derechos** de imagen (por medio del contrato suscrito con el club de fútbol, en favor de la Liga Nacional de Fútbol Profesional), la cuestión de la utilización de su imagen por una empresa que comercializa productos deportivos cobra una dimensión estrictamente patrimonial que la sitúa extramuros del ámbito constitucional del **derecho** fundamental y de la protección que otorga la LO 1/1982 y a cuyo amparo se ejercitaba la demanda:

"Se reclama, pues, por el perjuicio patrimonial sufrido como consecuencia de la utilización de las imágenes, primero, y de la cesión del **derecho** a su explotación comercial, después, contraviniendo los términos convenidos en el contrato de cesión, lo que sitúa la pretensión en el marco de las relaciones contractuales y de las consecuencias patrimoniales derivadas de la inobservancia de las obligaciones surgidas de ellas, en atención a su propio contenido. En otros términos, la cuestión se centra en la determinación del contenido del contrato de cesión y en el alcance de la misma respecto del **derecho** de explotación de la imagen de los jugadores, lo que queda alejado de la dimensión moral del **derecho** a la propia imagen cuya afectación, como consecuencia de la intromisión ilegítima, justifica la tutela que proporciona la Ley Orgánica 1/1982 a los **derechos** consagrados en el artículo 18.1 de la Constitución, y que, desde otro punto de vista, explicaría el ejercicio de pretensiones, bien anulatorias, bien resarcitorias, con fundamento en el contenido de la relación contractual y en su eventual contravención, en otros procedimientos distintos del que origina este recurso. (...).

"En consecuencia, la difusión de las imágenes en las que se sitúa la intromisión ilegítima en el **derecho** a la propia imagen en que se fundamenta la pretensión de tutela deducida en la demanda ha podido afectar al ámbito patrimonial de dicho **derecho**, mas no a su esfera constitucional amparada por el artículo 18.1 de la Constitución y por la Ley Orgánica 1/982, pues, en punto a la tutela que ésta dispensa, no cabe apreciar la



afectación a la dignidad de las personas y el subsiguiente perjuicio en la esfera moral que, en último término, constituye el fundamento de la protección que otorga".

En la cita de la jurisprudencia de la sala, y sobre la cuestión objeto de recurso, debe hacerse mención finalmente de la sentencia 266/2016, de 21 abril, citada por la sentencia recurrida para mostrar las diferencias con el caso objeto del presente recurso. La sentencia 266/2016 confirma el pronunciamiento de la sentencia de primera instancia declarativo de intromisión ilegítima en el **derecho** a la propia imagen en un caso en el que las empresas demandadas habían obtenido las imágenes de la demandante en virtud de un contrato de cesión de **derechos** y uso de la imagen, pero persistieron en su difusión y comercialización tras la revocación reiterada del consentimiento conforme a lo pactado. Se consideró que la intromisión ilegítima la habían cometido tanto la entidad con la que contrató la demandante como la entidad propietaria de las cadenas televisivas que siguieron difundiendo las imágenes tras conocer la revocación del consentimiento.

2. Aplicación al caso de la doctrina. Desestimación del recurso.

De la jurisprudencia reseñada resulta que la utilización de la imagen con fines publicitarios y comerciales está sometida a las exigencias de la Ley Orgánica 1/1982, de protección civil del **derecho** al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, de modo que es preciso el consentimiento de la persona, que puede ser revocado indemnizando los daños causados (arts. 2, 3 y 7.6). Por ello, cuando la explotación comercial se haya producido sin consentimiento de la persona, bien porque no se haya prestado, bien porque se haya revocado, puede apreciarse intromisión ilegítima, pues la decisión sobre la explotación de la imagen corresponde a la propia persona (sentencias de esta sala de 9 de mayo de 1988, 344/2003, de 1 de abril, 11/2004, de 22 de enero, 219/2014, de 8 de mayo, y 266/2016, de 21 abril).

Ahora bien, en los supuestos en los que la persona haya cedido la explotación de los **derechos** sobre su imagen en virtud de un contrato y con fines publicitarios, de modo que el objeto del contrato es la propia imagen, además de lo dispuesto en la citada Ley Orgánica 1/1982, habrá que estar al contenido del contrato, y a su interpretación. Cuando media consentimiento para la cesión de la imagen y lo que se discute es lo que correspondería cobrar de más al cedente en atención a un uso que considera que excede de lo acordado, la cuestión no está relacionada con la vulneración de un **derecho** de la personalidad, sino con la contraprestación que tiene **derecho** a recibir o a la indemnización por incumplimiento de contrato, aspecto puramente económico de la explotación de los **derechos** de imagen cedidos que es ajeno a la tutela de los **derechos** fundamentales.

Esto es lo que sucede en el caso que da lugar a este recurso, tal y como de manera coincidente han entendido las dos sentencias de instancia.

Cabe observar que, en su recurso, la demandante plantea únicamente la infracción del art. 7.6 (utilización para fines comerciales o publicitarios de la imagen de una persona) y art. 9.2.c) (indemnización de daños y perjuicios) de la LO 1/1982, al entender que el uso de su imagen para la promoción y venta de Coca-Cola conjuntamente con Ron Negrita constituye una intromisión ilegítima en el **derecho** a su propia imagen.

Dejando a un lado que una de las codemandadas resulta ajena a los hechos a que se refiere la demanda, a la vista de los hechos acreditados en la instancia, resulta que la demandante prestó su consentimiento para que su imagen fuera utilizada en la publicidad que pudiera hacer DIRECCION007 . para la campaña de promoción Ron Negrita, la cesión de **derechos** fue por un año, con posibilidad de prórroga, y se contrató entre la agencia de modelos que representaba a la demandante y la empresa de publicidad que contrató DIRECCION007 ., sin que hayan sido traídas a este procedimiento ninguna de las dos.

En este contexto, de acuerdo con la jurisprudencia reseñada, no se puede mantener la tesis de la demandante acerca de que hubo intromisión ilegítima en su **derecho** a la propia imagen. Con independencia de si el acuerdo alcanzado amparaba el uso de las fotos de la campaña de Ron Negrita para promocionar la bebida junto a otras bebidas, dada la existencia de consentimiento de la demandante para la utilización de su imagen para la campaña, y que durante el tiempo a que se refiere la promoción no hubo revocación del consentimiento, no hay intromisión en el **derecho** fundamental a la propia imagen de la demandante. Cuestión distinta, ajena a las pretensiones ejercitadas por la demandante en este procedimiento, y sobre lo que por tanto no se han pronunciado las sentencias de instancia ni puede hacerlo esta sala, es si el acuerdo de cesión, interpretado con arreglo a los usos del sector, daba **derecho** a la demandante a cobrar la cantidad correspondiente a la prórroga prevista, o una cantidad superior a la cobrada en virtud del contrato, tal y como por lo demás intentó extraprocesalmente la demandante antes de interponer la demanda que da lugar al presente procedimiento.

Por todo ello, el recurso se desestima y se confirma la sentencia recurrida.

CUARTO. Costas



La desestimación del recurso de casación determina la imposición de las costas devengadas a la parte recurrente (arts. 398.1 y 394 LEC).

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 D.ª Sonsoles contra la sentencia de 10 de abril de 2019, dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 11.ª) en el rollo de apelación n.º 765/2018, dimanante de los autos de juicio ordinario n.º 491/2015 del Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de DIRECCION005 .

2.º- Confirmar el fallo de la mencionada sentencia.

3.º- Imponer las costas del recurso de casación a la parte recurrente.

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.