

FOTOGRAFIA, DRETS D'AUTOR I TRIBUNALS DE JUSTÍCIA

*Jordi Sàncchez i Carrera
Fotògraf*

A principi d'octubre de l'any 1993 una revista d'àmbit local publicava en portada una fotografia que l'autor té editada en format de postal. La fotografia apareixia retallada i amb citació d'autoria però no comptava amb la corresponent autorització. El 15 d'octubre del mateix any fou presentada demanda d'Acte de Conciliació contra l'editor de l'esmentada revista. A l'Acte de Conciliació no es va arribar a cap acord. El demandat argumentà que no va demanar permís "perquè no sabia que s'havia de demanar", malgrat que en la postal i consta "(c) Jordi Sàncchez Carrera" i en la seva revista hi figura la prohibició de realitzar qualsevol reproducció dels textos, fins i tot esmentant la procedència.

Atès el resultat de l'Acte de Conciliació el 7 de gener de 1994 es presentava demanda de Judici de Cognició. Aquesta demanda, de la qual es reproduceix l'argumentació, manifestava:

- * El caràcter professional de la meva activitat.
- * El caràcter de negoci de la revista, d'un tiratge de 36.000 exemplars, malgrat distribuir-se gratuïtament, ja que els ingressos es produïen per la publicitat.
- * La manca d'autorització i contraprestació de cap tipus que permetés la publicació de l'esmentada imatge.
- * La reclamació d'una indemnització de 100.000 PTA, basada en el preu d'una sessió fotogràfica, la difusió de la revista, la cotització de mercat de l'obra fotogràfica i els danys morals per no poder decidir la publicació i la integritat de l'obra.

Per contra, l'editor argumentava que ell havia adquirit la postal com a producte derivat de l'explotació comercial de la imatge original, per part del fotògraf, i que en podia fer el que vulgués. D'altra banda, mantenya que una postal no pot ser considerada com a fotografia original sinó com a simple reproducció fotogràfica i, per tant, no objecte de protecció per la llei de la propietat intel·lectual. En aquest sentit, la fotografia no reflectia la personalitat de l'autor i qualsevol la podia realitzar perquè no aportava cap tècnica objectivament novedosa. Així mateix, declarava que en la postal no constava la prohibició de no reproduir-la ni publicar-la i que el seu incompliment no havia comportat cap dany moral a l'autor.

El 29 de juliol s'emetia sentència per la qual l'editor havia d'indemnitzar el fotògraf amb 10.000 PTA. La sentència es fonamenta en el fet que es va vulnerar el dret de l'autor a autoritzar la publicació de la seva obra, però justificava la rebaixa en la indemnització pels següents motius:

- * La revista tenia una tirada molt curta.
- * La imatge publicada corresponia a una postal.
- * Els danys morals a l'autor s'havien de demostrar, perquè en realitat la publicació de la postal li suposava una publicitat gratuïta.

Vista la sentència es feu recus d'apel·lació. La nova sentència, de data de 20 d'octubre de 1994, admetia la indemnització estimada per l'autor atenint-se als següents punts:

- * L'adquisició d'una postal només dóna dret a un ús privat.
- * La integritat de l'obra s'havia vulnerat.
- * No s'havia respectat el dret de l'autor a decidir sobre la seva obra.

* La remuneració a l'autor es podia realitzar per un cànon per còpia o bé aplicant el 2% sobre el preu de venda establert per la llei de la propietat intel·lectual.

* Atesa la distribució gratuïta de la revista s'estimava correcta la sol·licitud d'indemnitza-
ció, que suposava 2'7 PTA per exemplar, sobre un tiratge de 36.000.

Bàsicament, doncs, i a part del dret a decidir sobre la comunicació pública i transformació de l'obra, la sentència estableixia la indemnització com a remuneració dels drets d'autor que es derivaven de la fotografia, amb independència que es tractés d'una fotografia "original", en el sentit tradicional del terme, o d'una reproducció fotogràfica, el cas de la postal, que també és objecte de protecció per la legislació. Tanmateix, també esmentava la dificultat per a valorar econòmicament els danys morals a l'autor, qüestió que encara resta a les possibles interpre-
tacions de la llei de propietat intel·lectual.



imatge objecte de la reclamació per publicació i manipulació (Jordi S. Carrera).

ANNEX 1

Fets de la demanda de Judici de Cognició (7 de gener de 1994)

F E T S

PRIMER.- El meu representat Sr. XXX és des de fa molts anys fotògraf professional, havent guanyat a les comarques gironines un gran prestigi professional per la qualitat de les seves fotografies.

Un dels seus darrers treballs és precisament una col.lecció de postals amb vistes de la ciutat de Girona, degudament signades i registrades, i de què accompanyem unes quantes mostres com a *documents núm. 1 a 9*. No cal ser un expert en el tema per apreciar la qualitat del treball i les hores d'estudi de llum, color i distàncies que ha comportat l'obtenció de les fotografies aportades.

SEGON.- Doncs bé, malgrat que dites postals estan degudament signades i registrades (tal i com consta en el seu revers), el meu representat es va trobar amb la desgradable sorpresa que la publicació XXX, el passat mes d'octubre de 1993, va il.lustrar la portada de la seva revista núm. 1 amb una reproducció d'una de les fotografies realitzades per ell (concretament amb l'aportada com a document núm. 8), *sense el coneixement ni autorització de l'avui actor i sense cap mena de contraprestació*.

S'acompanya com a *document núm. 10* un exemplar del núm. 1 de la revista XXX, on s'aprecia l'esmentada foto que il.lustra la portada, el.laborada pel Sr. XXX però reproduïda i publicada sense la seva autorització.

Dita publicació va tenir una amplia difusió (36.000 exemplars segons indica la portada de la pròpia revista), i si bé es distribueix gratuïtament als destinataris, constitueix un negoci pel seu editor-proprietari a causa de les quotes que es cobren als anunciant, més altes quan més exemplars se'n distribueixen i quan més atractiva resulti la seva lectura. En aquest context no ha d'estranyar que la publicació de la fotografia del meu representat a la portada del núm. 1, fos un bon "esquer".

TERCER.- Per això, entenen que el seu treball havia estat indegudament utilitzat i econòmicament explotat per tercers, el meu representat va interposar DEMANDA D'ACTE DE CONCILIACIÓ contra el Director de la publicació Sr. XXX i contra el legal representant de la revista XXX. S'acompanya com a *document núm. 11* còpia de la demanda, segellada pel Jutjat el dia 18 d'octubre de 1993.

L'Acte de Conciliació es va celebrar davant del Jutjat Núm. 7 de Girona el dia 5 de novembre de 1993 (s'acompanya còpia de l'Acta com a *document núm. 12*), compareguent el Sr. XXX i reconeguent els següents extrems:

- que ell és el director de XXX (fet que, per altra banda, ja consta en el revers de la portada de la publicació),
- que la revista va il.lustrar la portada del seu núm. 1 amb una fotografia del Sr. XXX sense la seva autorització i sense pagar-li cap mena de contraprestació,
- que la publicació té amplia difusió, arribant pràcticament a totes les llars de Girona.

Malgrat el reconeixement d'aquests fets, no va ser possible arribar a un acord en l'Acte de Conciliació, perquè si bé el Sr. XXX es va comprometre a no publicar cap més fotografia del Sr. XXX sense el seu consentiment, no va accedir a pagar-li els drets corresponents a la fotografia ja publicada.

Volem remarcar que l'argument del Sr. XXX en l'acte de Conciliació de que "no pedí permiso porque no sabía que había que pedirlo", apart de no eximir-lo de respondre econòmicament, és del tot increïble si tenim en compte que, en el revers de la seva pròpia portada, XXX fa constar expressament que està "prohibida la reproducció total o parcial dels textos que apareixen en aquesta edició, fins i tot esmentant el seu lloc de procedència". Obviem tot comentari.

QUART.- Per això aquesta part es veu obligada a acudir a la via judicial en reclamació de la quantitat de 100.000-ptes. en concepte de drets per la fotografia reproduïda i publicada, atès:

- a) el *preu d'una sessió fotogràfica*,
- b) l'àmplia *difusió de la revista* que va publicar la fotografia del meu representat,
- c) la *cotització* que el mercat dóna a les obres del sr. XXX en l'actualitat,
- d) dany moral que li suposa no haver pogut decidir la conveniència de que XXX utilitzés la seva fotografia, havent de conformar-se amb una remuneració (que a més s'ha de reclamar judicialment) "a posteriori", donada la impossibilitat d'impedir la difusió de la fotografia ja publicada, que, a més, es va retallar.

Dirigim la demanda contra el Director de la revista XXX com a responsable del seu contingut i contra el propietari-editor (XXX segons el revers de la portada) com a explotador del negoci que suposa la publicació, a l'empar del que estableix la *Llei de Propietat Intel.lectual de 11 de Novembre de 1987*.

Efectivament, aquesta Llei estableix en el seu *article 1er* que "la propiedad intelectual de una obra literaria, artística o científica corresponde al *autor* por el solo hecho de su creación" i en el seu *article 2on* que "la propiedad intelectual está integrada por derechos de carácter personal y patrimonial, que atribuyen al *autor* la *plena disposición y el derecho exclusivo a la explotación de la obra...*". Més endavant, en el seu article 10 especifica que "Son objeto de propiedad intelectual todas las creaciones originales literarias, artísticas o científicas expresadas por cualquier medio o soporte... comprendiéndose entre ellas:...h) las obras fotográficas y las expresadas por procedimiento análogo a la fotografía. Igualmente, l'*article 118* estableix que "quien realice una fotografía u otra reproducción obtenida por procedimiento análogo a aquella, cuando ni una ni otra tengan el carácter de obras protegidas en el Libro I, goza del derecho exclusivo de autorizar su reproducción, distribución y comunicación pública, en los mismos términos reconocidos en la presente Ley a los autores de obras fotográficas".

Als efectes que aquí interessen, cal remarcar el contingut de l'*article 14* "corresponde al autor...1º decidir si su obra ha de ser divulgada i en qué forma" i de l'*article 17* "corresponde al autor el 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 realizadas sin su autorización, salvo en los casos previstos en la presente Ley."

Per acabar, ens remetem al contingut de l'*article 125* i altres concordants de la repetida Llei de Propietat Intel.lectual, que reconeix el dret del perjudicat a ésser indemnitzat tant pels danys patrimonials com moral, prescribint als cinc anys, l'acció per a reclamar els danys i perjudicis.

ANNEX 2

Fets de la contestació de la demanda (12 de maig de 1994)

F E T S

PRIMER - Certament el meu representat (singularitzaré la figura dels demandats ja que recauen en la mateixa persona) va adquirir l'atzar una postal, en que es reproduïa una fotografia de l'aquí demandant, perquè sortint en portada de la publicació setmanal gratuïta que dirigeix i edita , anomenada XXX.

En concret, aquesta fotografia va ser reproduïda en el núm. 1 de la publicació, que tanmateix era la segona vegada que sortia a la llum pública donat que la primera va ser el núm. 0 com sol ésser habitual, i va ser comprada en el local d'Informació Turística situat a la Rambla de la Llibertat de la nostra Ciutat.

SEGON - L'objecte de la demanda és, doncs, el fet (ja reconegut en l'apartat anterior) de la publicació d'aquesta "reproducció fotogràfica", que no fotografia, a la revista del meu representat, emparant-se l'actora en la Llei de la Propietat Intel.lectual a fi de sol.licitar la quantitat de 100.000-ptes. en concepte de danys i perjudicis.

La petició de l'adversa ha de ser desestimada per dues clares raons:

1a. La postal o "reproducció fotogràfica" adquirida pel meu representat i publicada en la seva revista *no és objecte de propietat intel.lectual del demandant*.

Així, l'article 10 de la Llei 22/1987 d'11 de novembre, de la Propietat Intel.lectual, estableix que;

"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 a la fotografía"

La norma ens diu que les úniques obres protegides són les "*originals*" és a dir, *aquelles que l'autor ha produït literalment*. En aquest sentit també ho ha interpretat la doctrina jurisprudencial, per exemple, el Tribunal Suprem en sentència de data 26 d'octubre de 1992 apunta:

"La protección que concede la Ley de Propiedad Intelectual nace, de acuerdo con su art. 1, desde el momento de la creación de la obra sin necesidad de ningún otro requisito y desde ese momento se reconoce al autor y a los sucesivos titulares los derechos que en el texto legal se establecen, de ahí *la necesidad de que la obra se manifieste o se exteriorice a través de un soporte*, material o inmaterial, adecuado a la naturaleza de la obra y por ello la obra literaria, artística o científica objeto de protección es *un obra individualizada, la creada por el autor y no por los posteriores ejemplares o reproducciones realizados por aquel o por sus causahabientes en uso del derecho de explotación que les reconoce el art. 17 de la Ley*".

En el present cas, la mateixa part actora reconeix que la publicació correspon a una postal que reproduceix una fotografia del seu representat i, com és de suposar, deuen existir milers de postals amb aquesta reproducció fotogràfica circulant per tota la província, per cada venda

de les quals el demandant deu percebre un porcentatge del preu, que per altra banda també va satisfer el meu principal quan va adquirir la seva postal.

Entenem, per tant, que essent objecte de la demanda una postal comprada pel meu representat fruit de l'explotació comercial de la fotografia feta per l'actor, desvirtua qualsevol emprament d'aquest darrer en la propietat intel·lectual de l'obra de la qual ja ha disposat, no podent-se parlar de l'originalitat que preceptua el mencionar article 10 de la Llei.

2a. Una segona poderosa raó és que, en el negat supòsit en què no es tinguessin en consideració les al·legacions anteriors, encara mancaria a la fotografia el requisit d'originalitat del qual fa esment la Llei de Protecció Intel·lectual.

Així, reiterant el criteri de la Sentència del Tribunal Suprem abans referida se'n diu que:

“...El requisito de *originalidad* que ha de darse en la creación literaria, artística o científica para ser objeto de propiedad *intelectual* ha sido entendido por la doctrina en dos sentidos diferentes, *subjetivo* y *objetivo*. En sentido *subjetivo* se entiende que la obra *es original cuando refleja la personalidad del autor...* desde el punto de vista *objetivo* que considera la *originalidad como novedad objetiva*”.

En el nostre supòsit, prenent la imatge de la reproducció disputada (document núm. 10 de la demanda), es pot veure que es tracta d'una simple fotografia captada des d'un punt elevat, que recull el pas del riu Onyar amb la Catedral i Sant Feliu al fons. *No es pot considerar, doncs, que la foto reflexi la personalitat pròpia de l'autor, requisit subjectiu de l'originalitat de l'obra en tant que d'aquestes fotografies n'hi ha segurament a milions per a tot el món, havent pogut ésser realitzada inclosa pel meu propi representat o el subscrit Lletrat.*

L'adversa, amb un intent de confondre al Jutjador, ha esmentat en el seu escrit la professionalitat –que no neguem– del emandant, acompanyat d'un recull-exposició de fotografies que res tenen a veure amb el que és objecte de la llitis, que és en concret la foto publicada a la revista del meu principal, que com diem és d'una simplicitat manifesta.

D'igual forma, tampoc es dóna el requisit objectiu d'originalitat per quan *la fotografia de l'actor no constitueix cap “novetat objectiva”*, és a dir, *des del mateix moment en què existeixen milers o milions de fotografies del mateix tipus*, amb la mateixa imatge i figures, *no es pot parlar que estem davant una creació original de l'autor*. El contrari suposaria que el demandant ostenta el monopoli absolut sobre la imatge fotogràfica disputada, donant com a resultat no solament que els turistes l'estarien plagiант, sinó que li donaria dret a l'actor a demanar una compensació econòmica a d'altres professionals que haguessin reproduït la mateixa instantànbia.

TERCER - Per altra banda, el fet que la postal fos signada i registrada com esmenta l'actora, és sens dubte perquè el demandant està obligat a fer-ho donada l'explotació comercial de les seves reproduccions, però, tanmateix, *en el revers de la postal controvertida no es prohibeix la seva publicació o reproducció*, circumstància per la qual també el meu principal no va trobar inconvenient per a fer-ho a la seva revista.

QUART - Per últim, en el negat supòsit que fossin refusades les al·legacions anteriors i exhaustint el nostre dret de defensa, cal dir que la valoració dels danys i perjudicis efectuada per l'adversa és absolutament improcedent. Així, prenent com a base l'article de la Llei de la Propietat Intel·lectual, també invocat per l'actora, s'estableix:

“El perjudicado podrá optar, como indemnización, entre el beneficio que hubiere obtenido presumiblemente, de no mediar la utilización ilícita, o la remuneración que hubiera percibido de haber autorizado la explotación.

En caso de daño moral procederá su indemnización, aún no probada la existencia de perjuicio económico. Para su valoración se atenderá a las circunstancias de la infracción, gravedad de la lesión y grado de difusión ilícita de la obra”.

Doncs bé, en aquest cas ni la mateixa part actora ens diu quin perjudici econòmic ha suposat la publicació de la foto pel seu representat, obviament perquè no n'hi ha hagut, emparant la seva reclamació sobretot *en un dany moral que és inexistent*, no solament perquè com he referit *no estem davant una creació original*, sinó perquè el meu principal va tenir la delicadesa de publicar juntament amb la reproducció fotogràfica discutida, el nom del seu autor, sense que *suposi cap desprestigi per a ell que una nova publicació surti a la llum amb una de les seves fotografies*, ans al contrari.

És més, el meu principal, amb l'edició del número on va sortir publicada la fotografia, va tenir unes pèrdues econòmiques xifrades en 549.362 ptes., ja que el nombre d'anunciant era molt reduït en aquella època i les despeses molt elevades segons acreditem documentalment de documents núm. 1 a 20. cis.

ANNEX 3

Fonaments de la sentència del recurs d'apel.lació (20 d'octubre de 1994)

F U N D A M E N T O S D E D E R E C H O

PRIMERO: El apelante D. XXX, tiene por ocupación la realización de fotografías de la ciudad de Girona. Ha autorizado la reproducción y venta como postales de sus fotografías. El apelado, demandado D. XXX, director y editor de la revista XXX, compró una de estas postales en un lugar de venta de postales para uso particular y la reproducio en la portada del número uno de la revista que edita y dirige, sin respetar su integridad, dado que la redujo recortada (cotejar documento 8 y 10 de la demanda). Esta revista es gratuita. No obstante, su edición y difusión tiene finalidad lucrativa, dado que, si bien el destinatario final de la misma no paga ningún precio por ella, si lo han de satisfacer todos aquellos que solicitan que se incluya en ella la publicidad de sus establecimientos, servicios o industria, u ofertas o demandas de trabajo por cuenta ajena. El número primero en el que se incluye la reproducción de una fotografía del apelante tuvo una tirada de 36.000 ejemplares (documento número 10). El apelado no solicitó ninguna autorización del autor de la fotografía, reproducida como postal, D. XXX.

SEGUNDO: Declarado, en el fundamento jurídico primero de la sentencia de instancia, que el demandado infringió los derechos de autor del apelante, la cuestión controvertida en esta alzada queda circunscrita a la valoración del daño moral y patrimonial cuya indemnización reclama D. XXX.

La sentencia de instancia, en su fundamento jurídico segundo, respecto del daño moral declara que “atendiendo a las circunstancias concurrentes, difusión de la revista, pequeña, y que es gratuita, así como el objeto, la reproducción de una postal, se estima ajustada la suma de 10.000 pts.”, y en cuanto al daño patrimonial, dice que “su existencia debe probarse y no puede presumirse en un supuesto como el presente en el que el demandado ha hecho cons-

tar el nombre del autor de la obra lo que ha comportado que su obra llegará al conocimiento de quienes no tenían noticia de ella ni de su autor, habiendo supuesto para el actor, una publicidad gratuita de difusión, procediendo en consecuencia desestimar tal petición, y, en consecuencia estimar parcialmente la demanda".

El apelante, en su demanda, reclamó una indemnización de 100.000 pts. y apela la sentencia, alegando que la indemnización reclamada es moderada y únicamente persigue el interés de obtener una satisfacción moral por vulneración de sus derechos, entendiendo que el demandado no puede reproducir una fotografía suya, recortada y, por tanto, sin respetar su contenido original, obviando el previo requisito de solicitar su autorización, cumpliendo, simplemente, con el pago "a posteriori" de la fotografía.

La valoración del daño moral queda al arbitrio del juzgador, atendiendo "a las circunstancias de la infracción, gravedad de la lesión y grado de difusión ilícita de la obra (o prestación artística)", de conformidad con lo previsto en el artículo 125, párrafo segundo, de la Ley de Propiedad Intelectual.

Del derecho moral de autor, forman parte las siguientes facultades, irrenunciables e inalienables (artículo 14 de la Ley de Propiedad Intelectual): 1º decidir si su obra ha de ser divulgada y en qué forma; 2º determinar si tal divulgación ha de hacerse con su nombre, bajo seudónimo o signo, o anónimamente; 3º exigir el reconocimiento de su condición de autor de la obra; 4º exigir el respeto a la integridad de la obra e impedir cualquier deformación, modificación, alegación o atentado contra ella que suponga perjuicio a sus legítimos intereses o menoscabo de su reputación; 5º modificar la obra respetando los derechos adquiridos por terceros y las exigencias de protección de bienes de Interés Cultural; 6º retirar la obra del comercio, por cambio de sus convicciones intelectuales o morales, previa indemnización de daños y perjuicios a los titulares de derechos de explotación; 7º acceder al ejemplar único o raro de la obra, cuando se halle en poder de otro, a fin de ejercitar el derecho de divulgación o cualquier otro que le corresponda.

De otra parte el autor tiene el derecho a la explotación de su obra que incluye las facultades de reproducción, distribución, comunicación pública y transformación, siendo inoperante, o irrelevante respecto del monopolio del autor sobre su obra, la finalidad lucrativa o gratuita que se persiga con dicha reproducción, con tres excepciones: a) "Las obras ya divulgadas podrán reproducirse sin autorización del autor como consecuencia o para constancia en un procedimiento judicial o administrativo" (artículo 31.1º), "para uso privado del copista y siempre que la copia no sea objeto de utilización colectiva ni lucrativa" y "para uso privado de invitados, siempre que la reproducción se efectue mediante el sistema de Braille u otro procedimiento específico y que las copias no sean objeto de utilización lucrativa" (art. 31.2º y 3º); b) los titulares no podrán oponerse a la reproducción de las obras, cuando aquéllas se realicen sin finalidad lucrativa por los museos, bibliotecas, fonotecas, filmotecas, hemerotecas o archivos, de titularidad pública o integradas en instituciones de carácter cultural o científico y la reproducción se realice exclusivamente para fines de investigación (artículo 37); y c) ejecución de obras musicales en el curso de actos oficiales del Estado, de las Administraciones Públicas y ceremonias religiosas no requerirá autorización de los titulares de los derechos siempre que el público pueda asistir a ellas gratuitamente y los artistas que en las mismas intervengan no perciban remuneración específica (art. 38).

Además del derecho de explotación, la Ley de Propiedad Intelectual reconoce el derecho de remuneración, encuadrable en dos grupos: "canon por copia privada" (artículo 27) y derecho de seguimiento (artículo 24). La Ley de Propiedad Intelectual (artículo 25) dispone que los autores de obras publicadas en forma de libro, fonograma o en cualquier otro soporte sonoro o visual, juntamente con los editores o los productores de dichas obras y con los artistas, intérpretes o ejecutantes, cuyas actuaciones se hallen fijadas en los soportes sonoros y

visuales de las mismas, tendrán derecho a participar en una remuneración compensatoria por las reproducciones de tales obras, efectuadas exclusivamente para uso personal por medio de aparatos técnicos no tipográficos. Respecto del segundo, en caso de reventa de obras plásticas no aplicadas, efectuadas en pública subasta, el establecimiento mercantil o con la intervención de comerciante o agente comercial, el autor tendrá derecho a exigir del vendedor una participación de un 2 por 100 del precio de enajenación, si éste fuere superior a la cantidad que reglamentariamente se establezca.

De otra parte, en el libro segundo de la expresada Ley, se reconocen los derechos afines a los del autor, a los que realicen una fotografía u otra reproducción obtenida por procedimiento análogo a aquella cuando ni la una ni la otra tengan el carácter de obras protegidas (por carecer de originalidad); entre ellos, el derecho exclusivo de autorizar su reproducción, distribución y comunicación pública, en los mismos términos reconocidos en la Ley a los autores de obras fotográficas, por un plazo de duración de veinticinco años desde la realización de la fotografía (artículo 118).

TERCERO: Ponderando que el apelante, D. XXX, como autor de una fotografía o de su reproducción –postal–, goza del derecho en exclusiva de autorizar su reproducción, distribución y comunicación pública, y que el apelado -demandado-, comprador de una copia de la postal de autos –reproducción de la fotografía de la que es autor el apelante–, a su vez, la reprodujo, no para su uso privado, sino para obtener un lucro con la inclusión de publicidad en la revista que difundía gratuitamente, y que no respetó la fotografía –o su reproducción, la postal–, original, recortándola, ni consideró la voluntad del autor respecto de que apareciera o no su nombre bajo su reproducción, y, de otra parte, que de esa revista distribuyeron 36.000 ejemplares, y que la propia Ley, reconoce al autor, en determinados casos, la participación de los rendimientos económicos de la utilización económica de la obra, bien obteniendo un “canon por copia”, o bien obteniendo un porcentaje del 2 por ciento sobre el precio de venta, por analogía con lo anterior, y visto todo lo expuesto, atendida la gravedad de la lesión, por el desconocimiento total que del derecho afín al de autor corresponde al apelante respecto de su fotografía y a la difusión de la revista (la indemnización reclamada equivale a 2,7 pesetas por ejemplar), procede revocar la sentencia de instancia y estimando el recurso de apelación, condenar al apelado a satisfacer la indemnización reclamada por daños morales y patrimoniales de 100.000 pesetas.

QUINTO: A tenor de lo prevenido por los artículos 523 y 896 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, procede imponer al apelado el pago de las costas procesales causadas en la primera instancia y en esta alzada.