



ADMINISTRACION DE JUSTICIA

AUDIENCIA PROVINCIAL SECCION 2

Avda Pedro San Martin S/N

Santander

Teléfono: 942357123

Fax: 942357142

Modelo: AP004

Proc.: **RECURSO DE APELACIÓN**

Nº: **0000742/2017**

NIG: 3907542120170001047

Resolución: Sentencia 000051/2018

Procedimiento Ordinario (Derecho al honor, la intimidad, la propia imagen y cualquier otro derecho fundamental - 249.1.2) 0000113/2017 - 00

JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº 10 de Santander

Intervención:	Interviniente:	Procurador:
Apelante		ISIDRO MATEO PEREZ
Apelante		ISIDRO MATEO PEREZ
Apelado		IGNACIO CALVO GÓMEZ

SENTENCIA Nº 000051/2018

Ilmo. Sr. Presidente.

D. José Arsuaga Cortázar.

Ilmos. Srs. Magistrados.

D. Javier de la Hoz de la Escaler.

D. Bruno Arias Berrioategortúa.

=====

En la Ciudad de Santander, a veintinueve de enero de dos mil dieciocho.

Esta Sección Segunda de la Ilma. Audiencia Provincial de Cantabria ha visto en grado de apelación los presentes Autos de juicio, Ordinario (Derecho al honor, la intimidad y la propia imagen) núm. 113/17, Rollo de Sala núm. 742 de 2017, procedentes del Juzgado de Primera Instancia núm. 10 de Santander, seguidos a instancia de Da [] y Da [] contra Da [] y Da []. Con la intervención del Ministerio Fiscal.

Fecha y hora: []

Firmado por: Varios

Doc. Electrónico garantizado con firma electrónica. Dirección para verificación: <https://portalprofesional>

Código Seguro de Verificación 3907537002-01712841e86cb08cc



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

En esta segunda instancia, con intervención del Ministerio Fiscal, ha sido parte apelante, D^a [redacted] y D^a [redacted], representadas por el Procurador Sr. D. Isidro Mateo Pérez y defendidas por el Letrado Sr. D. Juan Saro Díaz; y apelada e impugnante la demandada, D^a [redacted], representada por el Procurador Sr. D. Ignacio Calvo Gómez y defendida por la Letrada Sra. D^a Ana Isabel Rodríguez Galguera.

Es ponente de esta resolución el magistrado Ilmo. Sr. D. José Arsuaga Cortázar.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia núm. 10 de Santander, y en los autos ya referenciados, se dictó en fecha 24 de julio de 2017 Sentencia, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: **"FALLO: QUE DESESTIMANDO ÍNTEGRAMENTE LA DEMANDA formulada en su día por el Procurador Sr. Mateo Pérez, DEBO ABSOLVER Y ABSUELVO a [redacted] de todas las pretensiones formuladas contra ella en este procedimiento, y DEBO CONDENAR Y CONDENO a [redacted] y a [redacted] a pagar solidariamente todas las COSTAS causadas en el mismo"**.

SEGUNDO: Contra dicha Sentencia la representación de la parte demandante interpuso recurso de apelación, que se tuvo por interpuesto en tiempo y forma, y se dio dado traslado del mismo a la contraparte y al Ministerio Fiscal. La parte recurrida y el Ministerio Fiscal formularon oposición. Se elevaron las



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

Doc. Electrónico garantizado con firma electrónica. Dirección para verificación: https://portalprofesional.juscan	Fecha y hora.
Código Seguro de Verificación 3907537002-01712641e86cb08c596c.	Firmado por: Varios

actuaciones a esta Ilma. Audiencia Provincial, en que se ha deliberado y fallado el recurso en el día señalado.

TERCERO: En la tramitación del recurso se han observado las prescripciones legales salvo el plazo de resolución en razón al número de recursos pendientes y su orden.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Se admiten los de la Sentencia de instancia, en tanto no sean contradictorios con los que a continuación se establecen; y

PRIMERO: Resumen de antecedentes procesales. Planteamiento del recurso.

La sentencia del juzgado de primera instancia nº 10 de Santander de 24 de julio de 2017, en síntesis, desestimó la demanda en la que se interesaba la declaración de que la demandada, Da [redacted] como promotora y directora del festival de cine celebrado en Santander entre los días 1 y 8 de octubre de 2016 denominado [redacted], vulneró el derecho fundamental a la intimidad y propia imagen de las actrices; y, en consecuencia, rechazó la pretensión que interesaba la condena al pago de la indemnización de 3.000 euros para cada una de ellas, con los intereses del art. 576 LEC.

La desestimación íntegra de la demanda radica en la imposibilidad de imputar la intromisión denunciada a la demandada en su condición de tercera cesionaria de la obra fotográfica que sirvió para publicitar el festival -y que constituye el hecho generador de la intromisión ilegítima que se denuncia-, al haberla adquirido de la titular del derecho a la explotación de la



ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

obra -Sra. ..., fotógrafa, no demandada-, que habría de ser quién para su comercialización tuvo que recabar el consentimiento o autorización de las actoras.

Las actoras, Da ... y Da ..., interponen recurso de apelación en el que denuncian la infracción de la normativa protectora del derecho a la intimidad y a la propia imagen -esencialmente contenida en 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- e insiste en la intromisión cometida por la demandada al utilizar, sin consentimiento o autorización de las actoras, la fotografía en que claramente aparecen reflejadas para servir de divulgación comercial de un evento por ella dirigido y promovido.

La parte demandada formula oposición al recurso interesando su desestimación y la confirmación de la sentencia.

El Ministerio Fiscal, igualmente, se opuso al recurso e interesó la confirmación de la sentencia de instancia.

SEGUNDO: Antecedentes fácticos.

Por no discutirse por las partes o resultar suficientemente probados ha de partirse de los siguientes hechos básicos:

1.- Da ..., no demandada en las presentes actuaciones, fotografió a las actoras, madre e hija, cuando en traje de baño hacían uso de las duchas públicas de la playa conocida como "Bikinis" de Santander, en las condiciones y con las características añadidas que constan por su aportación a los autos.

2.- Sin recabar la autorización de las actoras, Da ... cedió su derecho de explotación a cambio de precio, 100 euros, a

Doc. Electrónico garantizado con firma electrónica. Dirección para verificación: <https://portalprofesional.juscarr>

Código Seguro de Verificación 3907537002-01712641e86cb08c596c

Fecha y hora:

Firmado por: Varios



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

la demandada, consignando en la factura emitida que se hacía para su utilización en la difusión y divulgación del festival de cine celebrado en Santander entre los días 1 y 8 de octubre de 2016,

3.- Como consta aportado, el festival fue difundido publicitariamente mediante carteles anunciadores colocados en distintos establecimientos comerciales de la ciudad y por ser portada del suplemento cultural "Sotileza" del Diario Montañés del 30 de septiembre de 2016. En ambos casos ocupando la fotografía, a cuyo efecto no se recabó autorización, la parte más amplia y central del cartel anunciador.

4.- El acto de conciliación celebrado el día 21 de diciembre de 2016 se produjo con la avenencia de la Sra. en cuanto que solicitó sus disculpas -que fuera aceptadas- y se comprometió a entregarle 100 euros y a eliminar en cuanto sea por ella posible la fotografía de las redes sociales y medios de difusión. Al contrario, a pesar de que la demandada actual también solicitara sus disculpas y se comprometiera a la eliminación de la difusión de la fotografía, aceptando también el perdón por las actoras, no se alcanzó la conciliación por no alcanzar un acuerdo sobre la indemnización económica por el daño moral causado.

TERCERO: El derecho a la intimidad y a la propia imagen y su intromisión ilegítima.

El art. 18.1 CE reconoce como fundamentales los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.

El reconocimiento del derecho a la intimidad personal y familiar tiene por objeto garantizar al individuo un ámbito reservado de su vida, vinculado con el respeto de su dignidad

Doc. Electrónico garantizado con firma electrónica. Dirección para verificación: <https://portalprofesional...>

Código Seguro de Verificación 3907537002-01712641e86cb08c5960

Fecha y hora:

Firmado por: Varios



ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

Doc. Electrónico garantizado con firma electrónica. Dirección para verificación: https://portalprofesional...	x. Fecha y hora:
	Firmado por: Varios

como persona (art. 10.1 CE), frente a la acción y el conocimiento de los demás, sean estos poderes públicos o simples particulares, de suerte que atribuye a su titular el poder de resguardar ese ámbito reservado, no solo personal sino también familiar (SSTC 231/1988, de 2 de diciembre , y 197/1991, de 17 de octubre), frente a la divulgación del mismo por terceros y a la publicidad no querida (SSTC 231/1988, de 2 de diciembre , 197/1991, de 17 de octubre, y 115/2000, de 10 de mayo), evitando así las intromisiones arbitrarias en la vida privada, censuradas por el art. 12 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (STS 22 de abril de 2013).

El reconocimiento del derecho a la propia imagen es un derecho de la personalidad, derivado de la dignidad humana y dirigido a proteger la dimensión moral de las personas, que atribuye a su titular un derecho a determinar la información gráfica generada por sus rasgos físicos personales que pueden tener difusión pública. La imagen es el conjunto de rasgos físicos que configuran el aspecto exterior de una persona determinada y que permiten identificarla como tal. Su protección opera en un sentido positivo y negativo: positivo, en cuanto que se le permite que consienta la captación, reproducción o publicación de su figura); y negativo, en cuanto que se le concede la facultad de impedir su captación, reproducción o publicación, en modo tal que sea posible su identificación o reconocimiento (por todas las SSTC 81/2001, 139/2001, 83/2002).

En tal sentido, y por la importancia que tendrá para la resolución del presente recurso, el art. 7 de la Ley Orgánica 1/1982, tipifica en su número 5º como intromisión ilegítima «La captación, reproducción o publicación por fotografía, filme o cualquier otro procedimiento, de la imagen de una persona en lugares o momentos de su vida privada o fuera de ellos, salvo los casos previstos en el art. 8.2»; y en el núm. 6º del mismo



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

Fecha y hora.

Firmado por: Varios

Doc. Electrónico garantizado con firma electrónica. Dirección para verificación: <https://portalprofesional.j>

Código Seguro de Verificación 3907537002-01712641e86cb08c.

precepto se contempla, como intromisión ilegítima, «la utilización del nombre, de la voz o de la imagen de una persona para fines publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga».

Como es predicable de las sentencias del TS de 9 de mayo, 13 de julio de 2006 y 17 de diciembre de 2013, sin perjuicio de otras muchas, la protección, o lo que es lo mismo, la sanción por intromisión ilegítima, queda eliminada por el consentimiento del interesado, conforme al artículo 2.2 de la citada ley y que debe abarcar no sólo la captación de la imagen, sino también la reproducción y publicación de la misma, como distingue bien la ley de 1982 antes citada.

Por no ser la tutela del derecho a la propia imagen absoluta, cede en aquellos casos en que pueda existir un interés jurídico superior que permita justificar la intromisión. El art. 8.1 de la Ley Orgánica 17/1982, expresa así «No se reputarán intromisiones ilegítimas [en los derechos al honor, intimidad o propia imagen] las actuaciones acordadas o autorizadas por la autoridad competente de acuerdo con la Ley, ni cuando predomine un interés histórico, científico o cultural relevante».

En fin, art. 8.2 indica que «En particular, el derecho a la propia imagen no impedirá: a) Su captación, reproducción o publicación por cualquier medio, cuando se trate de personas que ejerzan un cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública y la imagen se capte durante un acto público o en lugares abiertos al público. b) La utilización de la caricatura de dichas personas, de acuerdo con el uso social. c) La información gráfica sobre un suceso o acaecimiento público cuando la imagen de una persona determinada aparezca como meramente accesoria. Las excepciones contempladas en los párrafos a) y b) no serán de aplicación respecto de las autoridades o personas que



ADMINISTRACION DE JUSTICIA

desempeñen funciones que por su naturaleza necesiten el anonimato de la persona que las ejerza>>.

CUARTO: Resolución del recurso de apelación.

En atención a los anteriores antecedentes de orden fáctico y jurídico, a los que también alude el juez de instancia en su sentencia recurrida, conviene anunciar ya que el recurso va a ser estimado.

La concordancia con la apreciación del juez de instancia es absoluta hasta que razona sobre la imposibilidad de exigir al cesionario del derecho a la explotación de la obra gráfica, es decir, a la demandada, otra conducta distinta a la seguida, pues solo a quien era titular del derecho a la propiedad intelectual de obra fotográfica (art. 10.1.h del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual), es decir, a la fotógrafa no demandada, le era exigible recabar el consentimiento o autorización de las actoras.

La Sala no acepta, con el foco puesto en la injerencia injustificada por no autorizada del derecho a la propia imagen de las actores -que es del derecho fundamental cuya intromisión a la postre se denuncia con hechos concretos en la demanda y en el recurso- y no tanto en las exigencias para la explotación o cesión del derecho a la explotación de la obra (arts. 17 y 43 RDL 1/1996).

Lo único cierto y así lo advierte el propio juez de instancia es que la fotografía fue tomada con el conocimiento de las actoras en cuanto que fueron conscientes de que estaban siendo fotografiadas; es cierto que no opusieron obstáculo alguno, pero también lo es que en momento alguno conocieron ni menos autorizaron o consintieron su difusión por la Sra. -en

Doc. Electrónico garantizado con firma electrónica. Dirección para verificación: <https://portalprofesional>

Fecha y hora:

Firmado por: Varios

Código Seguro de Verificación 3907537002-01712641e86cb08c5f



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

Fecha y hora:	Firmado por: Varios
Doc. Electrónico garantizado con firma electrónica. Dirección para verificación: https://portalprofesional.jl...	Código Seguro de Verificación 3907537002-01712641e86cb08c...

el caso de que haya formara parte de la exposición fotográfica celebrada en el centro de Santander en los meses de septiembre y octubre de 2014 o que se hubiera mantenido expuesta en internet con posterioridad como parte de la obra de su autora-, ni tampoco, que es ahora lo relevante, que consintieran o autorizaran su difusión concreta por la hoy demandada con propósito de servir de publicidad al festival por ella organizado, que es lo que únicamente constituye el objeto del debate y del actual recurso.

Insiste el juez y ratifica la Sala: el consentimiento para la captación u obtención es distinto de consentimiento para la difusión. Puede existir aquel y no existir este y aun así se produce la intromisión ilegítima. El consentimiento o autorización (art. 2.2.) debe ser recabado por aquel que pretenda la difusión de la fotografía en que se incorporan con toda claridad unos rasgos físicos que permiten su precisa identificación, todavía más cuando, como en el caso, se hace utilizando la imagen de las demandantes en traje de baño en un contexto determinado, en la temporada de verano y en un lugar público como es una playa con servicio de duchas, contexto que en modo alguno se mantiene -lo que permite aventurar su efecto perjudicial- en el momento de su difusión pública.

Si la autorización nunca fue otorgada a nadie y su prohibición no pudo ser expresada por no conocer el propósito de su difusión a tiempo, se consuma la intromisión ilegítima por la utilización de la imagen de las actrices con fines publicitarios (art. 7.6º) o de carácter comercial, de suerte que quien no adecuó su conducta a las exigencias de la ley responde ahora del daño que por su negligencia ha causado, sin perjuicio del eventual derecho que le pueda corresponder frente a la autora de la obra si hubiera sido adquirida con la garantía de disponer de la cesión del derecho a la imagen de las fotografiadas.



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

Fecha y hora: ...

Firmado por: Varios

Doc. Electrónico garantizado con firma electrónica. Dirección para verificación: <https://portalprofesional.jus...>

Código Seguro de Verificación 3907537002-01712641e86cb08c59.

No existe por lo demás justificación legal de la conducta de la demanda, en cuanto que, en contemplación de los supuestos del art. 8.1 y 2 de la Ley Orgánica 1/1982, no existe motivo relevante que haga apropiado y proporcionado que ceda el derecho a la propia imagen de las actoras por el interés histórico, científico o cultural que pudiera ostentar la difusión de la fotografía, ni colisiona con una actuación acordada o autorizada por la autoridad competente, ni, en fin, concurre en las perjudicadas el ejercicio de un cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública, se haya difundido una mera caricatura o pueda entenderse que se trata de una información gráfica sobre suceso o acaecimiento público en la que su imagen haya aparecido de forma meramente accesorio.

El recurso, en el sentido indicado, se estima.

QUINTO: Determinación del daño y perjuicio.

Expresa el art. 9.3 de la Ley Orgánica 1/1982 que «La existencia de perjuicio se presumirá siempre que se acredite la intromisión ilegítima. La indemnización se extenderá al daño moral que se valorará atendiendo a las circunstancias del caso y a la gravedad de la lesión efectivamente producida, para lo que se tendrá en cuenta en su caso, la difusión o audiencia del medio a través del que se haya producido. También se valorará el beneficio que haya obtenido el causante de la lesión como consecuencia de la misma».

La norma, en consecuencia, introduce una presunción *ius et de iure* [establecida por la ley y sin posibilidad de prueba en contrario] de existencia de perjuicio indemnizable cuando se haya producido una intromisión ilegítima.

Necesariamente, entonces, como han recordado las SSTs 19.10.2000 y 16.2.2016) ha de partirse, para determinar



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

Fecha y hora.	Firmado por: Varios
Doc. Electrónico garantizado con firma electrónica. Dirección para verificación: https://portalpro	Código Seguro de Verificación 3907537002-01712641e86cb08c

la cuantía del daño, de una valoración estimativa en la que pueden tomarse como elementos de ponderación la propia extensión de la divulgación o difusión de la imagen, el tiempo de permanencia y el beneficio obtenido por el causante.

No ha sido posible conocer si la demandada obtuvo un beneficio económico a resultas de la difusión de la imagen de las actoras, en cuanto que ha sido posible determinar si el festival se celebró con ánimo de lucro; al contrario, certifica la Fundación Santander Creativa que lo patrocinó (documento nº 6 de la contestación) que careció de ánimo de lucro y que todas las actividades eran gratuitas y de libre acceso para el público. Sin embargo, esta circunstancia no diluye la importancia de la difusión de la imagen incorporada en los carteles anunciadores - aunque fueran pocos- instalados en locales comerciales de la ciudad y la proyección general que supone que se incorpore como portada del suplemento cultural que se entrega con el periódico "El Diario Montañés". Ni tampoco parece trascendente la diferencia entre la cantidad (100 euros) que sirvió para alcanzar un acuerdo en el acto de conciliación con la autora de la fotografía y la que ahora se interesa, precisamente porque las propias afectadas, como indicaron en su interrogatorio y es lógico presumir, sufrieron realmente la afectación en su imagen por la difusión propiciada por ésta.

En consecuencia, la Sala, aunque no haya podido probarse un beneficio económico con la difusión no autorizada de la imagen, pero ponderando las circunstancias concurrentes y la importancia de la lesión, estima razonable y proporcionada a los hechos la fijación de una indemnización por daño moral de 3.000 euros para cada una de ellas, en coincidencia con la reclamación efectuada.

SIXTO.- Costas procesales.-



ADMINISTRACION DE JUSTICIA

Estimándose en parte el recurso, en aplicación de lo dispuesto en los arts. 394 y 398 de la LEC, no procede imponer al recurrente las costas causadas.

No apreciándose serias dudas de hecho o de derecho en la resolución del proceso por este tribunal, no resulta procedente atenuar el criterio del vencimiento en la imposición de las costas procesales de la primera instancia, de acuerdo al art. 394.1 LEC. En consecuencia, las costas de la primera instancia serán impuestas a la parte demandada.

Así, en ejercicio de la potestad jurisdiccional que nos ha conferido la Constitución Española, y en nombre de Su Majestad El Rey.,

FALLAMOS

1º.- Estimamos íntegramente el recurso de apelación interpuesto por D^a [redacted] y D^a [redacted] frente a la sentencia del juzgado de primera instancia nº 10 de Santander de 24 de julio de 2017; en consecuencia, revocamos íntegramente la misma y acordamos:

- a) Declarar que la demandada, D^a [redacted], vulneró el derecho fundamental a la propia imagen de D^a [redacted] y D^a [redacted].
- b) Condenamos a la demandada a abonar 3.000 euros a cada una de las citadas actoras por su intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen, con los intereses previstos en el art. 576 LEC.
- c) Condenamos a la demandada al pago de las costas procesales generadas en la primera instancia.

Doc. Electrónico garantizado con firma electrónica. Dirección para verificación: <https://portalprofesional.jl...>

Código Seguro de Verificación 3907537002-01712641e86cb08c55

Fecha y hora: :

Firmado por: Varlos



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

2º.- No ha lugar a imponer las costas procesales del recurso de apelación.

Contra la presente resolución puede interponerse los recursos extraordinarios por infracción procesal y de casación ante este mismo Tribunal en el plazo de los veinte contados desde el siguiente a su notificación, debiendo constituirse y acreditarse en dicho instante el depósito previsto en la Disposición Adicional 15ª LOPJ.

Así por ésta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

Doc. Electrónico garantizado con firma electrónica. Dirección para verificación: https://portal.profesion...	x. Fecha y hora.
Código Seguro de Verificación 3907537002-01712641e86cb08	Firmado por: Varios