

Roj: STS 3268/2010

Id Cendoj: 28079110012010100394

Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil

Sede: Madrid

Sección: 1

Nº de Recurso: 540/2007

Nº de Resolución: 332/2010

Procedimiento: Casación

Ponente: JOSE ANTONIO SEIJAS QUINTANA

Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veinticuatro de Mayo de dos mil diez.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados, el recurso de casación contra la sentencia dictada en grado de apelación por la Sección 21 de la Audiencia Provincial de Madrid, como consecuencia de autos de juicio ordinario 1234/2003, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 54 de Madrid, cuyo recurso fue preparado ante la Audiencia Provincial de Madrid por la representación procesal de Ediciones Zeta S.A. y Zeta Digital S.L, aquí representadas por el Procurador Don Felipe Juanas Blanco. Habiendo comparecido en calidad de recurrido el Procurador Don Ignacio Aguilar Fernández, en nombre y representación de Doña Encarna y Don Juan Francisco .

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- 1.- El Procurador Don Ignacio Aguilar Fernández, en nombre y representación de Encarna y Juan Francisco , interpuso demanda de juicio ordinario contra Ediciones Zeta S.A. y Zeta Digital, S.L y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia por la que: 1.- Declare que las fotografías a que se refiere esta demanda y su utilización no consentida por mis demandantes suponen una intromisión ilegítima en los derechos fundamentales a la intimidad y a la propia imagen de los actores. 2.- En concreto, declare que la obtención y la publicación de las fotografías de Doña Encarna y Don Juan Francisco en el semanario Interviú núm 1421, del 21 al 28 de julio de 2003, así como también su difusión en la página web de dicho semanario, suponen una intromisión ilegítima en su derechos fundamentales a la intimidad y a la propia imagen. 3.- Se condene a Ediciones Zeta. S.A, y a Zeta Digital, S.L a abstenerse en lo sucesivo de explotar y utilizar de cualquier modo y por cualquier medio conocido o por conocer, incluida Internet, las fotografías que han dado origen a este procedimiento, condenándoseles también a que se abstengan de publicar, en su caso, cualquier otra fotografía de Doña Encarna y Don Juan Francisco que hubiere sido captada en la misma ocasión que las que han sido objeto de la publicación y difusión no consentida. 4.-Se condene a Ediciones Zeta, S.A. a publicar a su costa la sentencia de condena que se dicte en el presente procedimiento en el primer número de la revista Interviú que se publique tras la notificación a la demandada de la misma en términos equivalentes al reportaje con cuya publicación se han infringido el derecho de los actores, esto es, anunciando la sentencia en primera plana con unos caracteres, tipográficos de tamaño equivalentes los utilizados para anunciar el reportaje y publicando el íntegro contenido de la sentencia con una extensión y ubicación equivalente al reportaje publicado. 5 Se condene a Zeta Digital S.L a difundir a su costa en la página web del semanario Interviú la sentencia de condena que se dicte en el presente procedimiento a partir del día siguiente al de su notificación y por un periodo de tiempo igual a que en que hubiere estado difundiendo en dicha página web las fotografías a que se refiere la presente demanda. 6.- Se condene solidariamente a Ediciones Zeta S.A. y Zeta Digital, S.L. a pagar a Doña Encarna la cantidad de ciento cincuenta y un mil euros (151.000 euros) como indemnización de los daños y perjuicios causados con la ilícita publicación de las fotografías que de mi mandante aparecen en el número 1421, semana del 23 al 28 de agosto de 2003, del semanario Interviú y con la difusión de las mismas a la página web de dicho semanario. 7.- Se condene solidariamente a Ediciones Zeta S.A a pagar a Don Juan Francisco la cantidad de ciento cincuenta y un mil euros (151.000 euros) como indemnización de los daños y perjuicios causados con la ilícita publicación de las fotografías que de mi mandante aparecen en el número 1421, semana del 23 al 28

de agosto de 2003 de semanario *Interviú* y con la difusión de las mismas en la página web de dicho semanario.
8.-Se condene a las demandadas al pago de todas las costas que se causen en este procedimiento.

2.- El Procurador Don Felipe Juanas Blanco, en nombre y representación de Ediciones Zeta S.A. y de Zeta Digital S.L, contestó a la demanda y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia en la que se desestime la demanda declarándose la inexistencia de intromisión ilegítima en la imagen e intimidad de los demandantes, absolviendo a mis representadas y condenando a las costas del presente procedimiento a la parte actora.

3.- Previos los trámites procesales correspondientes y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitidas el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número 54 de Madrid, dictó sentencia con fecha siete de mayo de 2004, cuya parte dispositiva es como sigue: *FALLO: Que desestimando la demanda interpuesta por el Procurador Don Ignacio Aguilar Fernández, en nombre y representación de Doña Encarna y Don Juan Francisco, en contra de Ediciones Zeta, S.A. y Zeta Digital, S.L. representados ambos por el Procurador D. Felipe Segundo Juanas Blanco, y con intervención del Ministerio Fiscal debo absolver y absuelvo a los citados demandados de lo solicitado en el escrito inicial, con expresa condena en costas a los demandantes.*

SEGUNDO.- Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de Doña Encarna y Don Juan Francisco, la Sección 21 de la Audiencia Provincial de Madrid, dictó sentencia con fecha 17 de octubre de 2006, cuya parte dispositiva es como sigue: *FALLAMOS: Estimar en parte el recurso de apelación interpuesto por el Procurador D. Ignacio Aguilar Fernández, en nombre y representación de Encarna y D. Juan Francisco contra la sentencia dictada en el asunto a que se refiere el rollo de Sala por el Ilmo.Sr. Magistrado Juez del Juzgado de Primera Instancia núm 54 de Madrid, de fecha 6 de mayo de 2004 resolución esta última que debe ser revocada, para en su lugar dictar otra, en el que estimando en parte la demanda, procede declarar que: 1.- Que las fotografías publicadas por el semanario "interviú" número 1421 del 21 al 28 de julio de 2003- y las difundidas en la página web de dicho semanario no fueron consentidas por los actores, y suponen una intromisión ilegítima en su derechos fundamentales a la intimidad y a la propia imagen. 2º.- Condenar a Ediciones Zeta S.A. y a Zeta Digital, S.L. a abstenerse de explotar y utilizar de cualquier forma, incluido internet, las fotografías origen de este proceso y cualquier otra perteneciente al mismo reportaje en las que se tomara la imagen de los actores, en tanto no existe consentimiento de los mismos. 3.- Condenar a Ediciones esta a publicar a su costa esta sentencia en el primero número de la revista "Interviú" que se publique una vez notificada a las mismas, y ello en términos equivalentes al reportaje objeto de litigio, por lo que deberá anunciarse en primera plana con caracteres tipográficos equivalentes a los que se utilizaron en su día y publicar en su integridad esta sentencia, en páginas ubicadas en similar situación en la revista. 4º.- Condenar a Zeta Digital S.L. a difundir a su costas en la página web del semanario la sentencia a partir del día siguiente a su notificación a la misma, y por el mismo tiempo que lo fueron las fotos. 5º.- Condenar solidariamente a Ediciones Zeta S.A. y Zeta Digital S.L. a pagar a la actora Doña Encarna en concepto de perjuicios la cantidad de 72.121,45 euros y a Don Juan Francisco 36.060,73 euros más intereses legales incrementados en dos puntos desde esta sentencia. 6.- No ha lugar a hacer pronunciamiento respecto de las costas de ninguna de las dos instancias.*

TERCERO.- 1.- Contra la expresada sentencia preparó y después interpuso recurso de casación la representación procesal de Ediciones Zeta S.A y Zeta Digital S.L con apoyo en los siguientes **MOTIVOS :**
PRIMERO.- Inexistencia de infracción el artículo 8.2. de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo de protección al honor, intimidad personal y familiar y propia imagen en relación con el artículo 7.5. de la mismo texto legal, 18.1. de la Constitución Española y 8º. 1 de la Convención Europea de los Derechos del Hombre, así como el art. 4º 1.2 y 3 de la Ley Orgánica 1/1998 de 15 de enero. Se argumenta por la parte recurrente que el derecho a la propia imagen permite la difusión imágenes de una persona con proyección pública o notoriedad siempre y cuando sean captadas en un lugar al público, sin que sea preciso el consentimiento de la persona en cuestión para la captación de las imágenes ni para su ulterior difusión, entendiéndose que el interés público de la información va ligado a la proyección pública del de los recurridos. **SEGUNDO.-** Se cita como infringido el art. 20 de la Constitución Española, sobre el derecho a la libertad de información y comunicación, al entender que el reportaje tenía interés informativo y que debía prevalecer sobre los derechos invocados por los actores al tratarse éstos de personas que han fomentado el interés en su vida privada. **TERCERO.-** Infracción del art. 9.3. de la ley Orgánica 1/1982 de 7 de mayo, por cuanto la cuantía fijada en concepto de indemnización de daño moral resulta desproporcionada.

Remitidas las actuaciones a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, por auto de fecha 20 de mayo de 2008, se acordó admitir el recurso interpuesto y dar traslado a la parte para que formalizaran su oposición en el plazo de veinte días.

2.- Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido, el Procurador D. Ignacio Aguilar Fernández, en nombre y representación de Doña Encarna y Don Juan Francisco, presentó escrito de impugnación al mismo, así como al Ministerio Fiscal que presentó escrito oponiéndose al mismo.

3.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 12 de Mayo del 2010, en que tuvo lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. Jose Antonio Seijas Quintana,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Doña Encarna y Don Juan Francisco, ejercitaron acción en tutela de sus derechos fundamentales a la intimidad y a la propia imagen contra Ediciones Zeta S.A. y Zeta Digital S.L, por entender que los codemandados han cometido una intromisión ilegítima en su derecho a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen como consecuencia de la publicación en el semanario Interviú, nº 1421, de unas fotografías captadas con teleobjetivo, sin autorización de los actores, en las que se observaba a los demandantes, modelo y cantante, respectivamente, unidos sentimentalmente, en la playa de una cala no nudista de la Isla de Formentera, de difícil acceso, ella sin la parte superior del bikini y él desnudo, así como la difusión de las mismas a través de la página web del semanario en Internet, lo que originó su inclusión en numerosas páginas web dedicadas a la pornografía, con el consiguiente perjuicio en sus profesiones así como el daño moral inherente a tales hechos.

La Sentencia de primera instancia desestimó la demanda atendiendo a la condición de personajes públicos de los actores, el lugar de captación de las imágenes que era una playa pública no desierta, y la actitud desinhibida de los mismos de la que deduce su no oposición a la captación de imágenes, por lo que debía prevalecer el derecho a la libertad de información consagrado por el art. 20 de la Constitución Española.

Dicha resolución fue apelada por la parte actora, dictándose Sentencia de fecha 17 de octubre de 2006, la cual hoy constituye el objeto del recurso de casación. La Audiencia estimó parcialmente el recurso de apelación interpuesto por Doña Encarna y Don Juan Francisco, y revocó la Sentencia de Primera Instancia, en el sentido de declarar la intromisión en el derecho a la intimidad y a la propia imagen de los actores por parte de los codemandados, con la condena de estos a abstenerse de explotar y utilizar dichas fotografías sin su consentimiento, a publicar la sentencia y a abonar a los actores una cantidad en concepto de perjuicios por daño moral, no otorgando indemnización alguna en cuanto al concepto de daños materiales. Considera la Audiencia que la citada intromisión en los derechos a la intimidad y a la imagen de los apelantes por parte de las entidades apeladas se produce desde el momento en que las imágenes fueron captadas sin el consentimiento de los actores, consentimiento que debe ser expreso, sin que se pueda inferir de las actitudes adoptadas por ellos en la playa, y sin que puede prevalecer el derecho a la libertad de información por cuanto el hecho de que se tratara de personas famosas, con proyección pública, en ningún caso puede dar lugar a que toda información a ellos referida se pueda calificar de interés público, pues no lo es toda información referida al ámbito de su vida privada, indicando la Audiencia que no se puede confundir la noción "interés público" con el concepto "interés del público", máxime cuando los demandantes son personas que no exponen habitualmente su vida privada. La cuantía de la indemnización se fija atendiendo al precio pagado por las fotos, a la tirada de la revista, y la difusión de las fotos.

Recorre en casación la parte demandada y apelada.

SEGUNDO.- El recurso de casación se articula en torno a tres motivos. En el motivo primero se cita como infringido el art. 8.2 de la Ley Orgánica 1/82 de Protección Civil del Derecho al Honor, Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen, en relación con el art. 7.5 del mismo Texto legal, 18.1 de la Constitución Española y 8. 1 de la Convención Europea de los Derechos del Hombre, así como el art. 4º.1, 2. y 3 de la Ley Orgánica 1/1998 de 15 de enero. Se argumenta por la parte recurrente que el derecho a la propia imagen permite la difusión de imágenes de una persona con proyección pública o notoriedad siempre y cuando sean captadas en un lugar público, sin que sea preciso el consentimiento de la persona en cuestión para la captación de las imágenes ni para su ulterior difusión, entendiendo que el interés público de la información va ligado a la proyección pública del afectado. En el motivo segundo, se cita como infringido el art. 20 de la Constitución Española, esto es, del derecho a la libertad de información y comunicación al entender que el reportaje tenía

interés informativo y que debía prevalecer sobre los derechos invocados por los actores al tratarse éstos de personas que han fomentado este interés en su vida privada.

Ambos van a ser examinados de forma conjunta, para desestimarlos.

El Apdo. 5 del art. 7 de la Ley Orgánica 1/82 considera intromisión ilegítima en su ámbito de protección "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 artículo 8.2 ", según el cual el derecho a la propia imagen no impedirá "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".

La consideración de lugar abierto al público, junto con el requisito del interés informativo de la captación, reproducción o publicación de la imagen por cualquier medio, para que esta resulte legítima, conforme al art. 8.2 de la LO 1/82, en relación con los artículos 18.1 y 20 de la CE, es lo que suscita el problema que realmente plantea el recurso, puesto que la relevancia pública de los demandantes, modelo y pareja sentimental de la actora, que fue conocido cantante, constituye un hecho probado de la sentencia, junto con los siguientes:

1º.- El lugar donde se hicieron las fotos es una playa, que no era de fácil acceso dados los caminos casi sin asfaltar o no asfaltados, y el lugar elegido estaba apartado de la zona de bañistas, por otra parte escasos.

2º.- Las fotos dado el lugar donde estaban no pudieron ser hechas muy cerca de ellos.

3º.- No consintieron en ningún caso ser fotografiados y tampoco que se publicaran ni difundieran las fotografías.

Sin duda, el personaje público que en lugar público se expone a la mirada ajena asume que su imagen pueda ser captada y difundida sin su consentimiento aunque no le satisfaga el resultado y siempre que tenga interés según el género socialmente admitido al que pertenezca el medio (STS 12 de junio 2009). En la medida que ello es así, la parte recurrente cuestiona la base fáctica de la sentencia, especialmente dirigida a alterar las circunstancias del lugar donde fueron captadas las imágenes con la idea de transformar una playa de difícil acceso y de escasa densidad de bañistas, "en una concurrida playa de Formentera", de las más visitadas por los periodistas en época estival que cubren informaciones sobre las vacaciones de los famosos, en la que los demandantes parecen "estar posando tranquilamente en top-less ella y desnudo él". Lo cierto es que la modelo y el cantante no se encontraban en una playa concurrida, de uso normal por una generalidad de personas, sino en un lugar de difícil acceso, precisamente para procurar aquello que la publicidad y el conocimiento de su imagen les niega habitualmente, como es la privacidad y la posibilidad de adecuar su comportamiento de forma diferente a como lo harían de encontrarse en un lugar público, sin consentir en ningún caso la captación y reproducción de su figura física por un tercero mediante un teleobjetivo alejado de ellos en aras de un inexistente interés informativo, lo cual supone en sí mismo una evidente intromisión ilegítima en sus derechos fundamentales a la intimidad y a la propia imagen, que les confiere legitimación suficiente para impetrar de los órganos jurisdiccionales su protección desde la idea de que no se vulneran ninguno de los artículos citados en el motivo, incluido el artículo 8.1 de la Convención Europea de los Derechos del Hombre, en el que de forma indudablemente amplia, reconoce en su literalidad el derecho de toda persona a que se respete su vida privada y familiar, su domicilio y su correspondencia, y que se dan las circunstancias que han sido valoradas con reiteración por la jurisprudencia de esta Sala para considerar ilícita la publicación de imágenes playeras de personas de notoriedad o proyección pública en lugares públicos.

Es así a partir de la sentencia de 29 de marzo de 1988, referida a la publicación de tres fotografías tomadas en teleobjetivo en las que la actora aparece vestida sólo con la pieza inferior de su traje de baño en una playa poco concurrida, pues constaba acreditado el decidido propósito de la actora de eludir "*su presentación en un acto público o en lugares abiertos al mismo*" para salvaguardar su intimidad que tan subrepticamente fue vulnerada; luego continuada por las más recientes de 1 de julio 2004, que estimó la ilicitud de la captación de fotografías de una persona de cierta proyección pública o notoriedad por razón de su profesión, "*en un lugar de difícil acceso de sus riberas, buscado a propósito por los demandantes y sus acompañantes para preservar su intimidad*", y de 12 de julio de 2004, sobre fotografías sin consentimiento en una playa naturista mientras la demandante estaba desnuda, en línea con la de 28 de mayo de 2002; todas ellas citadas en las sentencias de 18 de noviembre 2008 y de 12 de junio de 2009, a partir de una interpretación finalista y no meramente literal de "lugar abierto al público", como precisa la sentencia de 28 de noviembre de 2008, en las que se declara la ilicitud de la publicación de imágenes playeras de personas de notoriedad o proyección pública en lugares que aun siendo públicos son lugares recónditos o apartados, "*buscado por la persona afectada precisamente para preservar la intimidad o determinados aspectos de su imagen*".

Tampoco hay en el caso un interés protegible, conforme al artículo 20 CE. El interés público cede ante el derecho de toda persona a una protección efectiva en el ámbito estricto de su vida privada ante el acoso y persecución que soportan en razón a su notoriedad, en aquellos casos en los que buscan expresamente esa privacidad frente a una posible captación y reproducción de su imagen. Y es que una cosa es que los personajes con notoriedad pública ven inevitablemente reducida su esfera de intimidad, y otra distinta que, más allá de ese ámbito abierto al conocimiento de los demás, su intimidad permanece y, por tanto, el derecho constitucional que la protege no se ve minorizado en el ámbito que el sujeto se ha reservado y su eficacia como límite al derecho de información es igual a la de quien carece de toda notoriedad (SSTC 134/1999; 115/2000), doctrina predicable igualmente del derecho a la propia imagen (Sentencia de 12 de julio de 2002 entre muchas más), siendo lo relevante en este caso que no prestaron consentimiento expreso o tácito ni a la obtención de las fotos y a la publicación ulterior de las mismas, y que no es posible exigir un aislamiento espacial extraordinariamente gravoso de estas personas para poder disfrutar de la privacidad a la que también tienen derecho ante el acoso de determinados medios de comunicación.

TERCERO.- En el motivo tercero, se alega la infracción del art. 9.3 de la Ley Orgánica 1/1982 de 7 de mayo. Entiende la parte recurrente que la cuantía fijada en concepto de indemnización de daño moral resulta desproporcionada. Lo que pretende es la revisión en vía casacional de unas indemnizaciones que, a su juicio, más parecen una sanción que una verdadera reparación del daño o sufrimiento moral, según el citado artículo.

Se desestima.

Esta Sala viene reiterando que la fijación de la cuantía de las indemnizaciones por resarcimiento de daños materiales o por compensación de daños morales no tiene acceso a la casación, pues corresponde a la función soberana de los tribunales de instancia sobre apreciación de la prueba sólo susceptible de revisión por error notorio o arbitrariedad, cuando existe una notoria desproporción o se comete una infracción del Ordenamiento en la determinación de las bases tomadas para su determinación (STS de 14 de octubre 2009, y las que cita). Pues bien, la sentencia recurrida atiende para fijar la indemnización a "*los datos probados referidos al precio pagado por unas y otras fotos, según fueran de la actora o del codemandante, y el efecto de difusión ulterior mucho mayor respecto de ella que de él*", a que la tirada de la revista no se agotó, y a que lo pagado por las fotos fueron 12.800 euros, 1.800 # por las del actor, y el resto, 11.000 por las de la actora; que hubo una mayor difusión en Internet a través de la página web de Zeta Digital, S.L., con la facilidad que ello supone para que puedan ser insertadas en otras páginas, y que, en definitiva, se incluyó a la modelo en la lista de "*Chicas entrevistó*", cuando tal calificación más bien está reservada a las fotos de la portada, es decir, fotos consentidas.

Con estos datos, es evidente que sentencia recurrida no ha cometido la infracción denunciada, antes al contrario, ha valorado el daño en la forma que previene el artículo 9.3, "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", sin que la conclusión indemnizatoria obtenida pueda tacharse de arbitraria, inadecuada o irracional, para que pueda ser revisada en esta vía casacional, con carácter excepcional, dados los datos de hechos tomados en consideración por el Tribunal de apelación.

CUARTO.- La desestimación del recurso conlleva la imposición de las costas a la parte recurrente, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 398, en relación con el artículo 394, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLAMOS

Declarar no haber lugar al recurso de casación formulado por el Procurador Don Felipe Juanas Blanco, en la representación que acredita de Ediciones Zeta, SA y Zeta Digital, contra la sentencia dictada por la Sección Vigésimoprimera de la Audiencia Provincial de Madrid de fecha 17 de octubre de 2006; con expresa imposición de las costas causadas por el recurso.

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

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos **Juan Antonio Xiol Ríos. Roman García Varela. Francisco Marín Castán. Jose Antonio Seijas Quintana. Encarnación Roca Trias. Rafael Gimeno-Bayón Cobos. Firmado y Rubricado.-** PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Jose Antonio Seijas Quintana, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos,

estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.

FONDO DOCUMENTAL • CENDOJ