



Roj: **STS 1063/2015** - ECLI: **ES:TS:2015:1063**

Id Cendoj: **28079110012015100129**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **17/03/2015**

Nº de Recurso: **2552/2012**

Nº de Resolución: **166/2015**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **FRANCISCO MARIN CASTAN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP M 9786/2012,**
STS 1063/2015

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Presidente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán

SENTENCIA

Sentencia Nº: 166/2015

Fecha Sentencia : 17/03/2015

CASACIÓN

Recurso Nº : **2552/2012**

Fallo/Acuerdo: Sentencia Estimando

Votación y Fallo: 10/03/2015

Ponente Excmo. Sr. D. : Francisco Marín Castán

Procedencia: AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID, SECCIÓN 18ª

Secretaría de Sala : Ilmo. Sr. D. José María Llorente García

Escrito por : MJPC/CVS

Nota:

DERECHOS FUNDAMENTALES A LA PROPIA IMAGEN Y A LA INTIMIDAD: INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS. Fotografías de una actriz en toples cuando se encontraba en un espacio privado, tomadas subrepticamente y publicadas en una revista de entretenimiento.

Estimación del recurso por infracción procesal y de los fundamentos del recurso de casación porque la demandante aportó un informe, ratificado en juicio, sobre la difusión y beneficios de la revista y el director y la editora demandados no aportaron prueba alguna para rebatirlo.

CASACIÓN Num.: **2552/2012**

Ponente Excmo. Sr. D.: Francisco Marín Castán

Votación y Fallo: 10/03/2015

Secretaría de Sala: Ilmo. Sr. D. José María Llorente García

TRIBUNAL SUPREMO

**Sala de lo Civil****SENTENCIA N°: 166/2015****Excmos. Sres.:****D. Francisco Marín Castán****D. José Antonio Seijas Quintana****D. Antonio Salas Carceller****D. Eduardo Baena Ruiz****D. Xavier O' Callaghan Muñoz**

En la Villa de Madrid, a diecisiete de Marzo de dos mil quince.

La Sala Primera del Tribunal Supremo, constituida por los magistrados indicados al margen, ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuestos por la demandante Doña Ascension , representada ante esta Sala por el procurador D. Javier Zabala Falcó, contra la sentencia dictada el 6 de julio de 2012 por la Sección 18ª de la Audiencia Provincial de Madrid en el recurso de apelación nº 380/2012 , dimanante del procedimiento ordinario nº 2053/2010 del Juzgado de Primera Instancia nº 42 de Madrid, sobre protección civil de los derechos fundamentales a la intimidad y a la propia imagen. Se ha personado en calidad de parte recurrida el procurador D. Javier Vázquez Hernández, en nombre y representación de los demandados Don Jose Augusto y "Hearst Magazines S.L.". También ha sido parte, por disposición de la ley, el Ministerio Fiscal.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El 15 de septiembre de 2010 Doña Ascension presentó demanda contra "Hachette Filipacchi S.L." (hoy "Hearst Magazines S.L.") y Don Jose Augusto solicitando se dictara sentencia con los siguientes pronunciamientos:

"1.- Se declare que la conducta desarrollada por los demandados constituye una intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad y a la propia imagen de Doña Ascension .

2.- Se les condene a publicar a su costa el encabezamiento y fallo de la sentencia en dos diarios de tirada nacional.

3.- Se condene a los demandados a resarcir económicamente a Doña Ascension por los daños y perjuicios causados en la cantidad de cien mil euros (100.000.- €).

4.- Se ordene a los demandados la inmediata entrega de los originales de las imágenes captadas para proceder a su inmediata destrucción.

5.- Se ordene la inmediata retirada de la disposición al público de las fotografías litigiosas que aparecen en los distintos reportajes en la página web www.quemedices.diezminutos.es, y del resto de los medios de comunicación anteriormente descritos en los que aparecen las imágenes de mi patrocinada a costa de los demandados.

6.- Se retiren todos los ejemplares de la revista "Qué Me dices!" n°696.

7.- Que se prohíba la reutilización de las citadas fotografías en otros ejemplares de la revista "Qué Me Dices!" así como en otras revistas de la mercantil demandada.

8.- Se condene a la demandada a satisfacer las costas del presente procedimiento .

SEGUNDO.- Repartida la demanda al Juzgado de Primera Instancia nº 42 de Madrid, dando lugar a las actuaciones nº 2 053/10 de juicio ordinario, y conferido traslado al Ministerio Fiscal y emplazados los demandados, el Ministerio Fiscal contestó a la demanda, remitiéndose al informe que presentaría en el acto del juicio previsto en el art. 433 LEC una vez se le diera traslado de las contestaciones a la demanda y se practicara la prueba pertinente. Los demandados comparecieron y contestaron conjuntamente a la demanda, solicitando se dictara sentencia que:

" 1.- Estime la excepción de falta de legitimación pasiva de misrepresentados, en relación con las páginas web, con las que no tiene vinculación alguna, absolviendo a mis representados de todas las peticiones de la demanda.

2.- Subsidiariamente, por las razones de fondo expuestas, dicte sentencia desestimando la demanda interpuesta de contrario.

3.- *En cualquier caso, imponga las costas del procedimiento a la parte contraria* .

TERCERO.- Recibido el pleito a prueba y seguido por sus trámites, el magistrado-juez titular del Juzgado de Primera Instancia nº 42 de Madrid dictó sentencia el 30 de diciembre de 2011 con el siguiente fallo:

" Que estimando parcialmente la demanda inicial de estas actuaciones interpuesta por el Procurador D. Javier Zabala Falcó en nombre y representación de D^a Ascension contra Hachette Filipacchi S.L y D. Jose Augusto :

Primero. - Debo declarar y declaro que la conducta desarrollada por los demandados, respecto de los hechos que han dado lugar a las presentes actuaciones constituye una intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad y a la propia imagen de D^a Ascension .

Segundo.- *Debo condenar y condeno a los demandados a publicar a su costa el encabezamiento y fallo de esta sentencia en dos diarios de tirada nacional.*

Tercero.- *Debo condenar y condeno a dichos demandados a resarcir a D^a Ascension por los daños y perjuicios causados en la cantidad de cien mil euros.*

Cuarto.- *Debo ordenar y ordeno a los demandados la inmediata entrega de los originales de las imágenes captadas para proceder a su inmediata destrucción.*

Quinto.- *Debo ordenar y ordeno la inmediata retirada de la disposición al público de las fotografías litigiosas que aparecen en los distintos reportajes en la página web "www. quemedices. diezminutos.es".*

Sexto.- *Debo ordenar y ordeno que se retiren todos los ejemplares de la revista "qué me dices" nº 696.*

Séptimo.- *Debo ordenar y ordeno la prohibición de la reutilización de las citadas fotografías en otros ejemplares de la revista "Qué me dices" así como en otras revistas de la sociedad demandada.*

Octavo.- *Debo absolver y absuelvo a los demandados del otro pedimento contenido en la demanda.*

Noveno.- *No se imponen las costas causadas en este procedimiento a ninguna de las partes ."*

CUARTO.- Interpuesto por los demandados contra dicha sentencia recurso de apelación, al que se opuso la parte demandante, y correspondiendo el conocimiento y decisión de la segunda instancia, en actuaciones nº 380/2012 , a la Sección 18^a de la Audiencia Provincial de Madrid, esta dictó sentencia el 6 de julio de 2012 con el siguiente fallo:

" Que estimando parcialmente el recurso de apelación interpuesto por Hearst Magazines S.L. y D. Jose Augusto representados por el Procurador de los Tribunales Sr. Vázquez Hernández contra la sentencia dictada por e/Ilmo. Sr. Magistrado Juez titular del Juzgado de 1^a, Instancia nº42 de Madrid de fecha 30 de diciembre de 2011 en autos de juicio ordinario nº 2053/10 debemos revocar y revocamos parcialmente la misma en el único sentido de condenar a los demandados a resarcir a la actora en la cantidad de 10.000.- €, modificando el pronunciamiento tercero de la sentencia recurrida y manteniéndose el resto de los mismos, sin expresa condena en cuanto a las costas procesales causadas en esta alzada. Con devolución del depósito constituido "

QUINTO.- Contra la anterior sentencia interpuso la demandante- apelada recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación. El recurso extraordinario por infracción procesal se componía de un solo motivo con el siguiente encabezamiento: *" Por infracción de las normas reguladoras de la sentencia, artículo 469.1.2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil , en relación con el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil al infringir las normas reguladoras de la carga de la prueba"*. El recurso de casación se componía también de un motivo único con el siguiente encabezamiento: *"Infracción del artículo 9.3 de la Ley 1/1 982 en relación con el artículo 3.2 del Código Civil al haberse dictado la sentencia exclusivamente en equidad; notoria desproporción de la sentencia por arbitrariedad "*.

SEXTO.- Recibidas las actuaciones en esta Sala y personadas ante la misma la demandante-recurrente y, como parte recurrida, los demandados mencionados en el encabezamiento, se dictó auto el 22 de enero de 2013 de admisión de los recursos, a continuación de lo cual la parte recurrida presentó escrito de oposición solicitando se acordase la inadmisión del recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación y en cualquier caso la desestimación de los mismos, con imposición a la parte recurrente de las costas causadas, y el Ministerio Fiscal, luego de dejar constancia de que, por las razones que exponía, tendría razones para adherirse al motivo del recurso extraordinario por infracción procesal, manifestó que, dado que ello podría dar lugar a la devolución de los autos otra vez a la Audiencia, lo mejor era resolver el problema planteado en el recurso de casación, con el objeto de lograr una justicia sin dilaciones indebidas, por lo que interesó la estimación del mismo.



SÉPTIMO.- Por providencia de 20 de febrero del corriente año se nombró ponente al que lo es en este trámite y se acordó resolver el recurso sin celebración de vista, señalándose para votación y fallo el 10 de marzo siguiente, en que ha tenido lugar.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. **Francisco Marín Castán**,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- El presente recurso de casación se interpuso por la demandante, la actriz D^a Ascension , contra la sentencia de segunda instancia que estimó parcialmente el recurso de apelación de las demandadas, el director de la revista *¡Qué me dices!*, D. Jose Augusto , y la editora "Hearst Magazines S.L.", en el sentido de rebajar la indemnización de 100.000 euros acordada en primera instancia a 10.000 euros por la intromisión en la intimidad y la propia imagen de la Sra. Ascension producida mediante la captación y divulgación de fotografías de la demandante en toples mientras se encontraba en un lugar privado .

Los hechos por los que se siguió el proceso y que deben darse por probados son los siguientes:

- 1) En las páginas 24 y 25 del número 696 de la revista *¡Qué me dices!* de fecha 17 de julio de 2010 se publicó un reportaje bajo el título " Ascension , protagonista de 'Águila Roja', luce curvas en Ibiza. Mantenerse le *cuesta*", ilustrado con seis fotografías de la actriz española Ascension . En dos de las fotografías aparecía la Sra. Ascension , desde distintos ángulos y en diferentes posturas, en toples; en otras tres aparecía en bikini en una playa y en la última aparecía vistiendo un traje largo en una fiesta de moda. La portada de la revista incorporaba una de esas fotografías de la actriz en toples sobre la que se superponía la frase "*Peritas a la mar*".
- 2) Las fotografías que reproducen la imagen física de D^a Ascension en toples fueron captadas subrepticamente desde el exterior de un recinto privado y en un ámbito estrictamente privado, un chalet o casa de vacaciones de una urbanización no abierta al público en un lugar retirado de la isla de Formentera.
- 3) Estas fotografías fueron publicadas también, sin consentimiento de la demandante, en la página web de la revista *¡Qué me dices!*.

En la demanda se solicitó, en lo que aquí interesa, una indemnización de 100.000 euros por la intromisión en la imagen y en la intimidad de la demandante. Se aportó informe pericial de la empresa "Acceso Group S.L." en el que se valoraba económicamente la repercusión que las imágenes controvertidas había tenido en los medios de comunicación, evaluando los beneficios obtenidos en atención a la tirada de la revista. Se aportaron también documentos procedentes de la página web de *¡Qué me dices!* que contenían datos relativos a la difusión de la revista y la facturación publicitaria anual de la misma.

Los demandados contestaron conjuntamente a la demanda negando que el reportaje hubiera vulnerado el derecho a la intimidad y el derecho a la propia imagen de la demandante, razón por la que consideraban no procedía indemnización alguna. Subsidiariamente se opusieron a la cuantía de la indemnización pretendida al considerarla desproporcionada, por aparecer en el ejemplar de la revista otros personajes famosos, y excesiva porque la solicitud de indemnizaciones astronómicas no estaba amparada legalmente e incitaba a los personajes públicos a hacer dinero fácil.

SEGUNDO.- En primera instancia la demanda fue estimada casi en su totalidad, pues tan solo se desestimó una parte de su petición sexta, concretamente la referida a la retirada de las fotografías de medios de comunicación diferentes de los publicados por la editora demandada.

El fundamento de la sentencia para apreciar intromisión ilegítima en los derechos fundamentales a la propia imagen y a la intimidad fue, en síntesis, que el lugar en que aparecía la demandante en toples era un espacio privado, junto a la piscina de una casa alquilada en Formentera para pasar las vacaciones. En cuanto a la indemnización procedente, se razonaba que, acreditada la intromisión ilegítima, se presumía la causación de daños morales por aplicación del art. 9.3 de la LO 1/82 y que « *atendiendo a su difusión, gravedad y beneficio obtenido por las demandadas han de ser indemnizados en la cuantía solicitada por la actora* ».

TERCERO.- El tribunal de segunda instancia estimó parcialmente el recurso de apelación de los demandados, en el que se alegaba esencialmente la falta de justificación de la cuantía concedida en la primera instancia y su desproporción al no atender a parámetros reales (gastos, ejemplares devueltos), parámetros cuya prueba no se había exigido a la demandada, y revocó parcialmente la sentencia apelada para rebajar la cuantía de la indemnización de 100.000 a 10.000 euros.

Los fundamentos de este fallo son, en síntesis, los siguientes: a)



«[...] siendo cierto que no existía ni interés ni necesidad informativa alguna en difundir esas imágenes cuando la interesada claramente deseaba preservar su intimidad mostrándose en tal forma sólo en un espacio privado y no en espacios públicos como lo acreditan las propias imágenes tomadas en la playa con lo que la publicación le ha causado un daño claramente injustificado, la cuantía que se ha solicitado y fijado en la instancia es claramente desproporcionada al interés de la publicación y a la difusión de las imágenes y su contenido, desde el momento en que en la sentenciarecurrida, fundamento de derecho noveno, tras manifestar la evidente procedencia de la fijación de una cuantía en base al contenido indiscutido del art. 9.3 de la LO 1/1982, no se determinan ni ponderan factores de ningún tipo para estimar adecuada la cuantía indemnizatoria solicitada y concedida ni se han acreditado en autos datos tan esenciales como la difusión del medio con datos objetivos contrastados y contrastables y el posible beneficio obtenido reveladores de la gravedad de la lesión producida en el derecho del actora, sin que en modo alguno pueda estimarse suficiente el informe adjuntado a la demanda y su ratificación puesto que del mismo no se derivan ni indiciariamente el fundamento objetivo de su estimación ni los antecedentes o soportes en que se funda, siendo exigible un mayor rigor en la exigencia de la fijación de tal cuantía cuando la solicitada no es intrascendente .

En su consecuencia, procede la estimación parcial del recurso formulado únicamente en cuanto a su quinto motivo, entendiéndose ajustadaa equidad la suma indemnizatoria de 10.000.- €, revocándose en tal extremo la sentencia recurrida , [...]».

CUARTO.- Contra la sentencia de segunda instancia la demandante- apelada interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

El recurso extraordinario por infracción procesal se compone de un motivo único con el siguiente encabezamiento: « Por infracción de las normas reguladoras de la sentencia, artículo 469.1.2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil , en relación con el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil al infringir las normas reguladoras de la carga de la prueba ».

En este motivo se argumenta que la sentencia recurrida ha infringido los principios de la carga probatoria al atemperar los efectos jurídicos de los hechos constitutivos de la pretensión de la demandante reduciendo la indemnización solicitada en un 90%. Considera que de esta forma se ha premiado la inactividad probatoria de la demandada, que se limitó a negar la cuantía de forma genérica, pese a su mayor facilidad probatoria, y se ha obviado la aportación documental y pericial de la demandante que justificaba la proporcionalidad de la indemnización solicitada.

El recurso de casación se compone igualmente de un solo motivo con el siguiente encabezamiento:« Infracción del artículo 9.3 de la Ley 1/1982 en relación con el artículo 3.2 del Código Civil al haberse dictado la sentencia exclusivamente en equidad; notoria desproporción de la sentencia por arbitrariedad».

La demandante-recurrente entiende que la sentencia impugnada no ha observado ni justificado los parámetros legales de cuantificación de la indemnización, convirtiendo así su decisión en arbitraria. Considera que al basar la rebaja de la indemnización en la equidad, la sentencia cae en el mismo error que critica al juzgador de primera instancia, la falta de justificación, al no existir amparo legal, conforme al artículo 3.2 del Código Civil , que permita la utilización de este criterio, y además, desconocer la aplicación de los criterios claros y precisos que para la cuantificación de la indemnización establece el artículo 9.3 de la Ley Orgánica 1/1982 .

QUINTO.- La parte demandada, en su escrito de oposición a los recursos, pide que se consideren inadmisibles y, subsidiariamente, interesa su desestimación.

En cuanto a la inadmisibilidad, se alega que la recurrente pretende en el recurso de casación exclusivamente una nueva valoración de la prueba, proscrita en el mismo y que solo sería susceptible de realizarse mediante el recurso extraordinario por infracción procesal al amparo del 469.1-4º LEC y con cita del artículo 24 de la Constitución , vía no utilizada por la recurrente, sin que proceda una nueva valoración de la prueba alegando el artículo 217 LEC .

Por lo que se refiere a la desestimación de ambos recursos interesada con carácter subsidiario, se opone al motivo único del recurso por infracción procesal, en síntesis, que la alegada infracción del art. 217 LEC no permite una nueva valoración de la prueba, y al motivo único del recurso de casación, en esencia, que la denuncia de arbitrariedad exigía la cita, como infringidos, de los arts. 218.2 LEC y 24 de la Constitución y que la decisión del tribunal sentenciador se ajusta a los criterios del art. 9 de la LO 1/1982 .

SEXTO.- El Ministerio Fiscal ha interesado la estimación de ambos recursos.

En cuanto al recurso extraordinario por infracción procesal, el Ministerio Fiscal considera que «[...] según el artículo 217 nº 7 de la Ley de Enjuiciamiento Civil para la aplicación de lo dispuesto en los apartados anteriores de esta artículo el Tribunal deberá tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a



cada una de las partes del litigio y dentro de los parámetros del artículo 9 n° 3 de la Ley Orgánica 1/1982 , si el condenado no está conforme con la condena de la indemnización de 100.000 euros esa parte es la que podrá probar fácilmente la difusión o audiencia de la revista, y que no le ha producido tanto beneficio, pero no lo ha hecho. Por ello podríamos hasta adherirnos a este motivo, pero ello podría dar lugar a la devolución de los autos otra vez a la Audiencia, lo que consideramos no adecuado y con el objeto de lograr una justicia sin dilaciones indebidas (artículo 24 de la Constitución Española) lo mejor es resolver el problema en el recurso de casación».

En cuanto al recurso de casación , el Ministerio Fiscal razona que «[...] el fotografiar a una mujer conocida por su actividad interpretativa en un lugar privado con el torso desnudo, sin su consentimiento invadiendo su intimidad y lucrándose de ello lógicamente la revista que publicó las fotos, no puede llevar a que la Audiencia también, prescindiendo ella sí de cualquiera de los parámetros del artículo 9 n° 3 fije la cuantía en 10.000 euros en base a la equidad porque según el Código Civil en su artículo 3 n° 2 "La equidad habrá de ponderarse en la aplicación de las normas, si bien las resoluciones de los Tribunales sólo podrán descansar de manera exclusiva en ella cuando la Ley expresamente lo permita", y no siendo este el caso del artículo 9 n° 3 de la Ley Orgánica 1/1982 de 5 de mayo. La motivación del Juzgado de Primera Instancia no es ilógica ni irracional, simplemente le parece a la Audiencia excesiva y la reduce a 10.000 euros en base a la equidad, pero no valorando dicha Audiencia otros parámetros de por qué hay que reducir la indemnización de 100.000 euros a 10.000 euros. Por las razones expuestas el motivo de casación debe ser estimado».

SÉPTIMO.- La alegación de inadmisibilidad de los recursos ha de ser desestimada porque, contra lo que afirma la parte recurrida, ninguno de los dos pretende una nueva valoración de la prueba sino, muy claramente, la aplicación del principio de facilidad probatoria contenido en el art. 217.7 LEC , mediante el recurso por infracción procesal, y la aplicación de los criterios del art. 9.3 de la LO 1/1982 , en lugar de la equidad, mediante el recurso de casación.

RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL

OCTAVO.- Entrando a conocer por tanto de los recursos, el extraordinario por infracción procesal se compone, como se ha dicho anteriormente, de un motivo único en el que se alega, al amparo del ordinal

2º del artículo 469.1 LEC , la infracción de las normas de la carga de la prueba (artículo 217 LEC) al premiarse la inactividad probatoria de la demandada, que se limitó a negar la cuantía solicitada en la demanda de forma genérica, pese a su mayor facilidad probatoria, obviándose por la sentencia recurrida la aportación documental y pericial de la demandante que justificaba la proporcionalidad de la indemnización solicitada.

El motivo ha de ser estimado por las siguientes razones:

a) El principio sobre reparto de la carga de la prueba regulado en el artículo 217 de la LEC es aplicable en aquellos casos en los cuales el tribunal, no obstante llegar, explícita o implícitamente, a la conclusión de la inexistencia de prueba sobre los hechos, hace recaer las consecuencias de dicha falta sobre la parte a quien no correspondía efectuar dicha prueba (SSTS 31 de enero de 2007, rec. n° 937/2000 , 29 de abril de 2009, rec. n° 1259/2006 , y 8 de julio de 2009, rec. n° 13/2004).

En materia de derechos fundamentales, cuando existen indicios de la vulneración de un derecho fundamental, la carga de la prueba se desplaza hacia la parte demandada. Esta Sala, en STS de 5 de marzo de 2002 (rec. núm. 2196/2008) consideró, en un proceso cuyo objeto era la protección civil del derecho fundamental a la intimidad personal y familiar en el ámbito del propio domicilio, que «la interpretación del art. 217 LEC debe acomodarse, conforme al art. 10.2 de la Constitución , al Convenio de Roma de 1950 para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales según viene siendo interpretado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH) [...]» y que si « conforme al apdo. 7 del art. 217 LEC no puede exigirse a ningún litigante una prueba que vaya más allá de cualquier posibilidad razonable, menos aún podrá exigírsele cuando con ello se menoscabe o dificulte la tutela de un derecho fundamental hasta el punto de dejarle indefenso [...]».

b) La sentencia recurrida consideró que el juzgador de primera instancia no había valorado los factores necesarios para acordar la indemnización solicitada en la demanda y razonó que no se habían acreditado los datos relativos a la difusión y al beneficio con el siguiente argumento: « sin que en modo alguno pueda estimarse suficiente el informe adjuntado a la demanda y su ratificación puesto que del mismo no se derivan ni indiciariamente el fundamento objetivo de su estimación ni los antecedentes o soportes en que se funda, siendo exigible un mayor rigor en la exigencia de la fijación de tal cuantía cuando la solicitada no es intrascendente ».

c) Al resolver así, la sentencia recurrida infringe el art. 217 LEC , puesto que no atiende, ante la falta de acreditación de determinados parámetros exigidos por el artículo 9.3 de la Ley Orgánica 1/1982 , según su redacción vigente en el momento de los hechos (beneficio, difusión), a los principios contenidos en el apartado



7 del art. 217 LEC , es decir, a «la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes del litigio».

En este caso, la parte demandante aportó con su demanda un informe pericial sobre la tirada de la revista (395.260 ejemplares), ingresos de la tirada (592.890 euros), documentación sobre la página web de la revista en la que constaban los ingresos publicitarios anuales (8.3 millones de euros), y designó los archivos de la sociedad editora de la revista a los efectos del art. 265 LEC . Todos estos elementos, junto con los hechos expuestos en la demanda, justificaron que pidiera una indemnización de 100.000 euros.

Desde su contestación conjunta a la demanda los demandados negaron la procedencia de indemnización alguna y, con carácter subsidiario, alegaron el carácter desproporcionado y excesivo de la cantidad pretendida, aduciendo en su recurso de apelación que los 100.000 euros concedidos en primera instancia no respondían a parámetros reales como los gastos compensatorios de los ingresos o los ejemplares devueltos.

Así las cosas, la sentencia impugnada hace recaer indebidamente sobre la parte demandante la carga de probar unos datos que no estaban a su disposición, pero sí a la total disposición de la parte demandada, y dificulta en extremo las posibilidades probatorias de la recurrente, que con su demanda aportó un informe posteriormente ratificado en juicio mientras los demandados, para quienes rebatir dicho informe habría resultado extraordinariamente fácil, mantenían sin embargo una inactividad o pasividad tan cómoda como incompatible con los principios del art. 217.7 LEC y con el derecho constitucional de ambas partes a la tutela judicial efectiva.

La estimación del motivo único del recurso extraordinario por infracción procesal comporta, de conformidad con la disposición final 16ª LEC , regla 7ª, el dictado de nueva sentencia, teniendo en cuenta lo alegado como fundamento del recurso de casación.

NOVENO.- El recurso de casación se funda en infracción del artículo 9.3 de la Ley Orgánica 1/1982 por la arbitrariedad de la sentencia al no haber tenido en cuenta los parámetros legales en la cuantificación de la indemnización y haber basado su decisión en la equidad, en contra de lo que establece el art. 3.2 CC .

La parte recurrida opone que la denuncia de arbitrariedad debió ir precedida de la cita como infringido del artículo 218.2 LEC y que no procede la elevación de la cuantía al haber realizado la sentencia una adecuada ponderación de las circunstancias concurrentes, sin que la demandante acreditara la gravedad de la lesión ni, tampoco, el beneficio ni el perjuicio ocasionado.

Constituye doctrina constante de esta Sala (entre las más recientes, SSTS de 10 de febrero de 2014, rec. nº 2298/2011 , y 22 de enero de 2014, rec. nº 1305/2011) que la fijación de la cuantía de las indemnizaciones por resarcimiento de daños morales en este tipo de procedimientos es competencia de los tribunales de instancia, cuya decisión al respecto ha de respetarse en casación salvo que «no se hubiera atendido a los criterios que establece el art. 9.3 LO 1/82 » (STS de 17 de julio de 2014, rec. nº 1588/2008 , con cita de las SSTS 21 de noviembre 2008 en rec. nº 1131/06 , 6 de marzo de 2013 en rec. nº 868/11 , 24 de febrero de 2014 en rec. nº 229/11 y 28 de mayo de 2014 en rec. 2122/07).

La sentencia recurrida considera que la indemnización solicitada en la demanda no era «intrascendente» y que no se había acreditado el beneficio ni la difusión en la demanda, razón por la que entiende " *ajustada a equidad la suma indemnizatoria de 10.000.- €*". Por otra parte, al motivar la revocación de la sentencia de primera instancia, razona que la cuantía fijada por la misma era «claramente desproporcionada al interés de la publicación y a la difusión de las imágenes y su contenido».

El artículo 9.3 de la Ley Orgánica 1/1982 en su redacción aplicable al caso, anterior a la reforma introducida por la Ley Orgánica 5/2010, establecía que « *[l]a 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*».

Esta Sala ha declarado en STS 5 de junio de 2014, rec. nº 3303/2012 , que dada la presunción *iuris et de iure* , esto es, no susceptible de prueba en contrario, de existencia de perjuicio indemnizable, el hecho de que la valoración del daño moral no pueda obtenerse de una prueba objetiva no excusa ni imposibilita legalmente a los tribunales para fijar su cuantificación, «a cuyo efecto ha de tenerse en cuenta y ponderar las circunstancias concurrentes en cada caso (sentencias de esta sala núm.

964/2000, de 19 de octubre, y núm. 12/2014, de 22 de enero)». Se trata por tanto «de una valoración estimativa, que en el caso de daños morales derivados de la vulneración de un derecho fundamental del art. 18.1 de la Constitución , ha de atender a los parámetros previstos en el art. 9.3 de la Ley Orgánica 1/1982 , de acuerdo con



la incidencia que en cada caso tengan las circunstancias relevantes para la aplicación de tales parámetros, utilizando criterios de prudente arbitrio».

La sentencia recurrida no ha realizado, salvo en el caso de las circunstancias relativas a la difusión y al beneficio en los términos ya indicados, un análisis de las circunstancias del caso, ni de la gravedad de la lesión y, por tanto, no ha atendido de forma correcta a los parámetros legales establecidos en el artículo 9.3, por lo que procede acoger las alegaciones realizadas en el recurso de casación. A esto se une que sus consideraciones sobre la desproporción entre la cuantía de la indemnización acordada por la sentencia de primera instancia y el «interés de la publicación» y «la difusión de las imágenes y su contenido» no son acertadas, porque el interés de una publicación del género frívolo o de entretenimiento no puede medirse en términos objetivos de interés general o contribución a la formación de la opinión pública, pues evidentemente es dicho género en sí mismo el que carece de tales elementos o valores, sino en los términos propios o específicos de ese género de información, dentro del cual unas fotografías como las del presente caso constituyen un importante factor para aumentar las ventas del correspondiente ejemplar de la revista o fomentar las visitas a su página web.

En consecuencia se considera que, atendiendo a la presunción legal de perjuicio, a la probada existencia de una intromisión en dos derechos fundamentales, a la imagen y a la intimidad de la demandante, a la gravedad de la conducta de los demandados en la obtención sin su consentimiento de imágenes en toples, de forma subrepticia en un ámbito privado y durante momentos ajenos a la actividad profesional de la demandante, a la pasividad probatoria de la parte demandada y, en fin, a la prueba practicada por la demandante, por la que se acreditan unos ingresos de la empresa editora de 592.890 euros y una publicidad anual de 8,3 millones de euros, la indemnización pedida en la demanda y acordada por la sentencia de primera instancia es la procedente. Esta indemnización se corresponde, además, con otras ratificadas por esta Sala en casos semejantes (SSTS 17 de julio de 2014, rec. núm. 1588/2008, 70.000 euros; 22 de julio de 2012, rec. núm. 280/2010, 310.000 euros; 12 de septiembre de 2011, rec. núm. 941/2007, 300.000 euros).

DÉCIMO.- De acuerdo con el art. 398 LEC en relación con el art. 394 LEC, al estimarse el recurso extraordinario por infracción procesal y, como consecuencia del mismo, las alegaciones realizadas en el recurso de casación, no procede imponer especialmente a ninguna de las partes las costas de ambos recursos.

En cuanto a las costas de las instancias, procede mantener la no imposición especial de las de primera instancia a ninguna de las partes, ya que la demandante se aquietó con lo acordado por la sentencia de primera instancia sobre este particular, y procede imponer las de la segunda instancia a la parte demandante-apelante porque su recurso de apelación tenía que haber sido desestimado (art. 398.1 en relación con el art. 394.1, ambos de la LEC).

Conforme al apdo. 8 de la disposición adicional 15ª LOPJ, procede devolver a la parte recurrente los depósitos constituidos.

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

FALLAMOS

1º) **ESTIMAR EL RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL y LOS FUNDAMENTOS DEL RECURSO DE CASACIÓN** interpuestos por la demandante D^a Ascension contra la sentencia dictada el 6 de julio de 2012 por la Sección 18ª de la Audiencia Provincial de Madrid en el recurso de apelación nº. 380/2012 .

2º) Dejar sin efecto la estimación parcial del recurso de apelación interpuesto en su día por los demandados D. Jose Augusto y "Hearst Magazines S.L." contra la sentencia de primera instancia de 30 de diciembre de 2011 y, en consecuencia, confirmar esta última íntegramente, incluido su pronunciamiento sobre costas.

3º) Imponer a la referida parte demandada-apelante las costas de la segunda instancia.

4º) No imponer especialmente a ninguna de las partes las costas de los recursos de casación y por infracción procesal.

5º) Y devolver a la parte recurrente el depósito constituido.

Líbrese al mencionado tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y rollo de Sala.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos

Francisco Marín Castán José Antonio Seijas Quintana

Antonio Salas Carceller Eduardo Baena Ruiz



Xavier O' Callaghan Muñoz

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. **Francisco Marín Castán** , 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