



Roj: **STS 5527/2016** - ECLI: **ES:TS:2016:5527**

Id Cendoj: **28079110012016100706**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **21/12/2016**

Nº de Recurso: **765/2015**

Nº de Resolución: **746/2016**

Procedimiento: **Casación**

Ponente: **FRANCISCO MARIN CASTAN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP A 4043/2014,**
STS 5527/2016

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a 21 de diciembre de 2016

Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto por la demandada Globo Media S.A., representada por la procuradora D.^a María José Bueno Ramírez y defendida por el letrado D. Antonio Balibrea García, contra la sentencia dictada el 4 de diciembre de 2014 por la sección 4.^a de la Audiencia Provincial de Alicante en el recurso de apelación n.º 398/2014, dimanante de las actuaciones de juicio ordinario n.º 340/2012 del Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de Villena sobre tutela civil del derecho fundamental a la propia imagen. Han sido partes recurridas la demandante D.^a Filomena, representada por el procurador D. Francisco Miguel Redondo Ortiz y defendida por los letrados D.^a Laia Esteban Guinea y D. Francisco Javier Perea Arroyo, y la entidad demandada Atresmedia Corporación de Medios de Comunicación S.A. (antes Antena 3 de Televisión S.A. e inicialmente Gestora de Inversiones Audiovisuales La Sexta S.A.), representada por la procuradora D.^a Gloria Teresa Robledo Machuca y defendida por el letrado D. Ramón Vigil Fernández. También ha sido parte, por disposición de la ley, el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Francisco Marin Castan

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El 17 de mayo de 2012 se presentó demanda interpuesta por D.^a Filomena contra Gestora de Inversiones Audiovisuales La Sexta S.A., propietaria de la cadena que emitía el programa «El Intermedio», solicitando se dictara sentencia con los siguientes pronunciamientos:

«a) Se declare la existencia de intromisión en el derecho a la propia imagen de mi mandante con el uso inconsentido de su imagen en el video-montaje emitido en el programa de televisión "EL INTERMEDIO" de LA SEXTA el pasado día 10 de abril de 2012, así como en la página Web de este programa que alojó el video-montaje durante 30 días, en el apartado "Vídeos".

»b) Se condene a la demandada a satisfacer la indemnización que en concepto de daño moral se concretará en la ejecución de la sentencia conforme a los parámetros previstos en el artículo 9.3 de la Ley Orgánica 1/1982 sobre Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen, y atendiendo a los datos y documentación aportada por la parte demandada.

»c) Se condene a la demandada a no volver a utilizar en el futuro la imagen de mi mandante sin su previo consentimiento expreso y sea condenada a la destrucción de las imágenes causantes del presente procedimiento, con la finalidad de que las mismas no vuelvan a ser objeto de reproducción y/o publicación.

»d) Se condene a la demandada al pago de la totalidad de las costas procesales causadas en el presente procedimiento».

Mediante otrosí se solicitó que por el juzgado se requiriera a la demandada para que aportase:

«Los datos de audiencia del programa de televisión de LA SEXTA que "El Intermedio" emitió el pasado día 10 de abril de 2012.

»Los datos del "share" o de reparto de audiencia real entre todos los canales, que obtuvo el programa de televisión "El Intermedio" el pasado día 10 de abril de 2012.

»El beneficio que la demandada obtuvo como consecuencia de la publicidad emitida en el programa de televisión "El Intermedio" el día 10 de abril de 2012. Es decir, cantidades efectivamente ingresadas a LA SEXTA por la publicidad emitida durante la emisión de dicho programa»

SEGUNDO.- Repartida la demanda al Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de Villena, dando lugar a las actuaciones n.º 340/2012 de juicio ordinario, la misma fue admitida por decreto de fecha 18 de octubre de 2012, en cuya parte dispositiva se dispuso requerir a la demandada en los términos solicitados. Conferido traslado al Ministerio Fiscal y emplazada la demandada, el Ministerio Fiscal contestó interesando se dictara sentencia con arreglo al resultado de las pruebas practicadas, mientras que por la demandada Gestora de Inversiones Audiovisuales La Sexta S.A. compareció Antena 3 de Televisión S.A., por absorción de la anterior, que inicialmente solicitó el aplazamiento de la contestación por no haberle llegado toda la documentación aportada con la demanda y posteriormente contestó a esta planteando la excepción de defecto legal en el modo de proponerla por la indeterminación cuantitativa de la pretensión indemnizatoria, solicitando su subsanación o en otro caso su archivo, y la desestimación íntegra de la demanda por razones de fondo, con condena en costas a la demandante.

Mediante escrito de 10 de mayo de 2013 Globo Media S.A., productora del referido programa de televisión, manifestó haber tenido conocimiento del procedimiento y solicitó su personación como parte demandada, lo que, tras no oponerse la demandante, se acordó por auto de 18 de julio de 2013. Contestó a la demanda solicitando su desestimación, con imposición de costas a la demandante.

TERCERO.- Desestimada en la audiencia previa la excepción planteada por Antena 3 de Televisión S.A., recibido el pleito a prueba y seguido por sus trámites, la juez del mencionado juzgado dictó sentencia el 3 de febrero de 2014 con el siguiente fallo:

«Estimo parcialmente la demanda interpuesta por el Procurador de los Tribunales Sra. López Sánchez, en nombre y representación de Dña. Filomena contra la entidad ATRESMEDIA CORPORACIÓN DE MEDIOS DE COMUNICACIÓN S.A, representada por el Procurador de los Tribunales, Sr. Torno Moratalla, y contra la entidad GLOBO MEDIA S.A, representada por el Procurador de los Tribunales, Sra. Hernández Mira, y en su mérito:

»1º) Declaro la existencia de intromisión en el derecho a la propia imagen de Dña. Filomena .

»2º) Condeno a ATRESMEDIA CORPORACIÓN DE MEDIOS DE COMUNICACIÓN S.A y a GLOBO MEDIA S.A a no volver a utilizar en el futuro la imagen de Dña. Filomena sin su previo consentimiento expreso, y a destruir las imágenes que dieron origen al presente proceso.

»3º) No ha lugar a indemnización a favor de Dña. Filomena .

»Todo ello sin expresa condena en costas a ninguna de las partes».

CUARTO.- Interpuesto por la demandante D.ª Filomena contra dicha sentencia recurso de apelación, y formulada por la demandada Globo Media S.A. impugnación para que se desestimara íntegramente la demanda, dando lugar a las actuaciones n.º 398/2014 de la sección 4.ª de la Audiencia Provincial de Alicante, esta dictó sentencia el 4 de diciembre de 2014 con el siguiente fallo:

«Que estimando el recurso de apelación interpuesto por D.ª Filomena , representada por la Procuradora Sra. Ivorra Galán, contra sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 2 de Villena, con fecha 3 de febrero de 2014, en las actuaciones de que dimana el presente rollo, debemos revocar y revocamos dicha resolución en el sentido de añadir a sus pronunciamientos la condena de las demandadas Atresmedia Corporación de Medios de Telecomunicación SA y Globo Media SA a abonar solidariamente a la actora la cantidad de 35.380 euros en concepto de indemnización y al pago de las costas de primera instancia, sin hacer pronunciamiento sobre las correspondientes al recurso.

»Que desestimando la impugnación formulada frente a la misma sentencia por Globo Media SA, representada por la Procuradora Sra. Baeza Ripoll, debemos confirmarla y la confirmamos en los particulares impugnados, imponiendo a la impugnante las costas correspondientes a la impugnación».



QUINTO.- Contra la sentencia de segunda instancia la parte demandada-impugnante Globomedia S.A. interpuso recurso de casación compuesto de un solo motivo con la siguiente formulación:

«Único.- Al amparo de lo dispuesto en el artículo 477.2, apartado 1º de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, se formula este motivo de casación por vulneración del artículo 18 CE y la jurisprudencia que lo desarrolla».

SEXTO.- Recibidas las actuaciones en esta sala y personadas ante la misma todas las partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, el recurso fue admitido por auto de 28 de octubre de 2015, a continuación de lo cual la demandante-recurrida presentó escrito de oposición interesando su desestimación y la confirmación de la sentencia recurrida con expresa imposición de costas a la parte recurrente. La codemandada-recurrida Atresmedia Corporación de Medios de Comunicación S.A. no presentó escrito de oposición y el Ministerio Fiscal presentó informe interesando la desestimación del motivo y del recurso.

SÉPTIMO.- Por providencia de 7 de noviembre 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 siguiente día 30, en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El presente recurso de casación lo interpone la productora del programa de televisión «El Intermedio», condenada en las instancias por vulnerar el derecho a la propia imagen de la demandante en un *sketch* realizado mediante un video-montaje en el que a la imagen de la demandante en toples, obtenida y difundida sin su consentimiento, le sucedió la de un grupo de obispos aplaudiendo, como si se alegraran o mostraran su entusiasmo ante la semidesnudez de la demandante. En síntesis, la entidad recurrente sostiene que la inexistencia de intromisión ilegítima en atención al valor que en el juicio de ponderación ha de otorgarse tanto a los usos sociales (dada la pública aceptación de la práctica del toples) como a los propios actos de la demandante (por ser practicante habitual de esta forma de tomar el sol y por alojar imágenes semejantes en sus redes sociales). También considera improcedente la indemnización acordada, en particular por haberse concretado extemporáneamente en el trámite de conclusiones y, en todo caso, por excesiva.

Son antecedentes relevantes para la decisión del recurso los siguientes:

1.- La demandante D.^a Filomena fue grabada en video mientras tomaba el sol en la playa sin la parte superior del bikini (toples), sin que conste tuviera conocimiento de ello ni que hubiera dado su consentimiento a la captación de su imagen. Esta imagen en video, que permitía su identificación (ya que aparecía sola, en primer plano y girando la cabeza en dirección a la cámara), fue utilizada después, también sin su consentimiento, como elemento fundamental de un video-montaje titulado «El espectáculo de los obispos» que fue emitido el día 10 de abril de 2012 por la cadena de televisión de ámbito nacional «La Sexta», propiedad de la demandada Atresmedia Corporación de Medios de Comunicación S.A. (por entonces Gestora de Inversiones Audiovisuales S.A. y luego Antena 3 de Televisión S.A.) como uno de los contenidos humorísticos del programa «El Intermedio», producido por la codemandada Globo Media S.A. En su emisión, a continuación del video con la imagen en toples de la demandante, se insertó la imagen en video de un grupo de obispos aplaudiendo. Dicho video-montaje fue también insertado en la página web oficial del programa, dentro del apartado videos en el que se ofrecía a los usuarios la oportunidad de votarlo y de hacer comentarios, constando que un usuario de Uruguay escribió: «Bueno, yo creo que si todo fuera de la misma escena sería lo más lógico. Senos perfectos!!!» (archivos 2 y 3 del documento 1 de la demanda). El video fue retirado en fecha no precisada a consecuencia del requerimiento a tal efecto realizado por la demandante, pese a lo cual la imagen seguía estando accesible al público el día de la vista del juicio en primera instancia.

En el momento de emitirse el video-montaje cuestionado la demandante era estudiante de danza y en esta condición había bailado en algún espectáculo. También consta que en alguna ocasión publicó en su perfil de la red social Facebook imágenes tomando el sol en la playa sin la parte superior del bikini, pero de espaldas y sin que pudiera verse su cara (folios 228-234 de las actuaciones).

2.- Con fecha 17 de mayo de 2012, apenas un mes después de que se emitiera el referido programa, la Sra. Filomena demandó a la entidad que consideraba propietaria de la cadena de televisión «La Sexta» (Gestora de Inversiones Audiovisuales La Sexta S.A., luego Atresmedia, Corporación de Medios de Comunicación S.A., tras fusión por absorción de aquella entidad por esta última) en ejercicio de acción de protección de su derecho fundamental a la propia imagen, interesando se declarase la existencia de intromisión ilegítima en este derecho fundamental y se condenara a la demandada a satisfacer la indemnización por daño moral que se concretara en ejecución con arreglo a los parámetros fijados en el art. 9.3 de 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 (en adelante



LO 1/1982), a abstenerse de usar en el futuro dicha imagen y a destruir las causantes de la intromisión, con imposición de las costas causadas. En apoyo de tales pretensiones alegó, en síntesis, lo siguiente: (i) que sin su conocimiento ni consentimiento se había captado su imagen en toples mientras tomaba el sol en la playa, procediendo luego la cadena demandada a realizar, editar y publicar en el programa de televisión «El Intermedio» un video montaje con dicha imagen como centro de atención, dándose a entender que los sacerdotes se alegraban de verla semidesnuda; (ii) que el video montaje había tenido una gran repercusión por emitirse en una cadena con cobertura nacional y en programa y horario de gran audiencia y por haberse difundido también en su página web (donde los usuarios podían votarlo y opinar); (iii) que en dichas imágenes se la podía identificar fácilmente como habían hecho muchos vecinos, desconocidos y amigos de su ciudad de residencia (Villena), y de la localidad donde cursaba sus estudios, que la habían reconocido sin discusión como «la protagonista del video de los curas de El Intermedio», circunstancia que la estaba afectando gravemente, provocándole «ansiedad, agobio y sentimiento de vergüenza»; (iv) que con carácter previo a la interposición de la demanda se había requerido por burofax a la demandada para que cesara en el uso de las imágenes lesivas; y (v) que el daño moral debía presumirse al haberse acreditado la intromisión ilegítima, sin perjuicio de que su cuantificación, con arreglo a los parámetros legales, se dejara para fase de ejecución de sentencia por carecerse de datos relativos a la difusión o audiencia del medio y al beneficio obtenido por la demandada.

3.- El Ministerio Fiscal se remitió al resultado de la prueba, informando finalmente en el sentido de entender que se había producido una injerencia ilegítima en el honor e intimidad de la demandante que, sin embargo, no daba lugar a indemnización por no haberse cuantificado esta en el momento procesal oportuno. Por su parte tanto la entidad demandada propietaria de la cadena (Atresmedia, Corporación de Medios de Comunicación S.A.) como la productora (Globo Media, S.A., cuya solicitud de intervención procesal como demandada fue admitida), interesaron la desestimación de la demanda. A tal fin alegaron, en síntesis, por lo que respecta a la primera entidad, la excepción de defecto legal en el modo de proponer la demanda por no haberse fijado la cuantía de la indemnización, cuestión que fue tratada y resuelta en la audiencia previa acordándose su desestimación, y, en cuanto al fondo, inexistencia de intromisión ilegítima al haberse captado las imágenes en un lugar público como era la playa, donde es práctica generalizada el toples; y por lo que respecta a la segunda codemandada, que dicha imagen era meramente accesorio de un *sketch* humorístico y que ningún daño moral había causado su emisión por ser la demandante una persona con especial notoriedad y proyección pública dentro de su ámbito geográfico y que, además, había venido mostrándose voluntariamente en toples en la playa y en diferentes redes sociales.

En el acto del juicio, en trámite de conclusiones, la parte demandante fijó la cuantía de la indemnización en 35.380 euros.

4.- La sentencia de primera instancia, estimando parcialmente la demanda, declaró la existencia de intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen de la demandante, condenando a las demandadas a que cesaran en su uso indebido, pero desestimó la pretensión de indemnización. Tras fijar los hechos probados (al respecto declaró que no era objeto de discusión ni la emisión del video-montaje ni su autoría, ni que en el mismo se usaron las imágenes en toples de la demandante, obtenidas y difundidas sin su consentimiento), declaró que la controversia se centraba en el conflicto entre las libertades de expresión, información y creación artística y el derecho fundamental a la propia imagen (no al honor ni a la intimidad como había indicado el Ministerio Fiscal) y exponer de forma resumida los criterios jurisprudenciales sobre el juicio de ponderación, razonó, en lo que ahora interesa y en síntesis, lo siguiente: a) que en este caso se había producido una intromisión ilegítima en la propia imagen de la demandante al captarse y usarse sin su consentimiento la de ella en toples como contenido de un video montaje en el que dicha imagen era lo principal, ofreciéndose a toda pantalla y como centro de atención de los aplausos de los sacerdotes, lo que permitió su reconocimiento por amigos y allegados; b) que dicha utilización de su imagen no se encontraba amparada por las libertades de expresión e información ni por el derecho de creación artística, dado que el reportaje no tenía valor informativo y que se podía haber conseguido la misma finalidad (montaje humorístico) sin el uso de la imagen de una persona que no había prestado su consentimiento; c) que no era paliativo para apreciar la ilegitimidad de la intromisión la circunstancia de que la demandante fuera bailarina y pudiera ser conocida en su entorno, ni el hecho de que ocasionalmente subiera fotos en las redes sociales, pues esto es una práctica habitual en la sociedad actual que no equivale a que se consienta el uso de su imagen por parte de terceros; y d) que, sin embargo, no procedía conceder ninguna indemnización porque su concreción había tenido lugar de forma extemporánea en el acto de la vista, incumpliendo el art. 219 LEC y el principio de orden público procesal.

5.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la demandante para que se acordase la indemnización solicitada e impugnada por la codemandada Globo Media S.A. para que la demanda se desestimara íntegramente. La sentencia de segunda instancia desestimó la impugnación de dicha codemandada y estimó el recurso de la demandante para añadir la condena solidaria de las dos demandadas al pago de la indemnización de 35.380 euros en concepto de daño moral y al pago de las costas de primera



instancia. Tras fijar los hechos probados en el fundamento jurídico primero, en lo que ahora interesa razona a continuación lo siguiente: a) procede desestimar la impugnación de la productora por concurrir los elementos necesarios para apreciar una intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen de la demandante, sin que, por el contrario, la actuación de las demandadas quedara amparada por los límites del art. 2 de LO 1/1982, ya que no se trataba de una persona con notoriedad pública y el hecho de estar en la playa en toples y haber subido a Facebook imágenes suyas en condiciones no equivalentes (pues en las imágenes subidas a dicha red social aparecía de espaldas, sin que se le pudiera ver su cara, folios 228-234 de las actuaciones) «no autorizaba a las demandadas para captar su imagen individualizada en estado de semidesnudez y utilizarla como personaje involuntario de un montaje humorístico en un programa de televisión»; b) sí procede, en cambio, estimar el recurso de apelación de la demandante en el sentido de condenar solidariamente a las demandadas a satisfacer la indemnización concretada en el acto del juicio durante el trámite de conclusiones (minuto 28.02 del CD), pues según la jurisprudencia (se cita y extracta la sentencia de esta sala de 7 de noviembre de 2011) «no es obstáculo para la concesión de la indemnización que en la fase de conclusiones, tras la práctica de prueba, se especificase la cuantía de la indemnización que se reclamaba por la intromisión ilegítima en los derechos fundamentales pues, como la excepción fue desestimada en la audiencia previa, se produciría indefensión al demandante si no se le permitiese fijar la cuantía en el momento en el que se determinó por el juzgado», doctrina que resultaba de aplicación al presente caso porque, con arreglo al art. 424 LEC, la apreciación de la excepción procesal de defecto formal en el modo de proponer la demanda habría debido dar lugar en la audiencia previa a la formulación por la demandante de las aclaraciones o precisiones oportunas, y en caso de no hacerlo y persistir el defecto al sobreseimiento del juicio, al menos en la parte relativa a la petición en cuestión, y cuando se dio la palabra a la defensa de la demandante esta manifestó que no había cuantificado la indemnización porque, según la ley, dependía entre otros factores del beneficio obtenido por las demandadas, dato que le era imposible obtener fuera del proceso, a cuyo efecto se había requerido la práctica de prueba anticipada y, ante la insuficiencia de la contestación, también se había requerido a las demandadas para que presentaran copia de la grabación íntegra del programa, incluyendo la publicidad, para determinar así el número de anuncios -lo que no hicieron-, y fue solo después de oír a ambas partes y al Ministerio Fiscal cuando en la audiencia previa la juez de primera instancia acordó tener por correctamente formulada la demanda, sin que la demandada que propuso la excepción formulara protesta o recurriera esta decisión desestimatoria, de modo «que en parte expresa y en parte implícitamente, daba por buenas las manifestaciones de la actora» (CD minuto 03:50), por todo lo cual el hecho de que luego estas pruebas no se propusieran o no se admitieran (en decisión que fue confirmada en apelación por auto de 20 de octubre de 2014) no alteraba el estado procesal creado por aquella resolución desestimatoria de la excepción, consentida por las partes, que venía a autorizar a la demandante a fijar la cuantía en trámite de conclusiones, lo que, de no permitirse, sería a la demandante, -y no a las demandadas-, a quien ocasionaría indefensión, ya que las demandadas decidieron no atender el requerimiento y no acreditar el rendimiento publicitario del programa pese a que podía determinarse incluso por medios indirectos (número de anuncios emitidos, comparación con la saturación publicitaria de otros programas, demanda o preferencias de los anunciantes, etc.); c) que la cuantía finalmente reclamada como indemnización (35.380 euros en total) suponía unos 2 céntimos de euro por cada uno de los espectadores que vieron el programa -1.139.000 personas-, y 20 euros por cada día en que el video estuvo en la página web, suma que se consideraba «razonable y ponderada» en relación con el daño moral sufrido teniendo en cuenta «las circunstancias del caso expuestas en el fundamento jurídico primero, las manifestaciones de la demandante en el interrogatorio y de manera especial la extensión y proyección del daño mediante las posibilidades de reiteración de la exhibición, obtención de copias, etc, que se derivan de la inclusión del video en la página web del programa, como muestran los votos y comentarios recibidos», siendo también una suma similar a la concedida por los tribunales en supuestos análogos (por ejemplo, sentencia de AP Palma de Mallorca, sección 4.ª, de 30 de septiembre de 2002, que concedió 5.850.000 pesetas por la publicación de unas fotografías en toples de una joven que fue confundida con la novia de un conocido deportista).

SEGUNDO.- El motivo único del recurso de casación, fundado en infracción del art. 18 de la Constitución y su jurisprudencia, cuestiona el juicio de ponderación expresado en la sentencia recurrida.

En su desarrollo se argumenta con carácter principal, y en síntesis, que la controversia se centra en determinar si el *sketch* humorístico en cuestión supuso una intromisión ilegítima en la propia imagen de la demandante, entendiendo la recurrente que no hubo vulneración de dicho derecho fundamental por dos circunstancias que la sentencia recurrida no tiene en cuenta: i) que el derecho a la propia imagen no es un derecho absoluto, sino un derecho cuyo contenido viene delimitado por los usos sociales (art. 2.1 de la LO 1/1982 y sentencias 220/2014, de 7 de mayo, y 400/2009, de 12 junio), los cuales contemplan como algo normal y aceptado la práctica del toples, de tal forma que la captación de imágenes de una persona tomando el sol sin la parte superior de su traje de baño en un lugar público, como es la playa, no debe valorarse como una intromisión ilegítima en la propia imagen; y ii) que el derecho a la propia imagen también viene delimitado por los propios



actos y comportamientos previos del titular, y en este caso consta que la demandante era habitual practicante del toples en la playa, y, además de mostrarse en esta pose ante las personas que pudieran verla en ese momento, tampoco dudó en subir imágenes de ella en toples a su perfil en redes sociales, todo lo cual debía valorarse como pautas de comportamiento en relación con su ámbito íntimo que despojaron a tales imágenes de cualquier carácter privado (con cita de la sentencia de 28 de octubre de 1986). A lo anterior añade que la demandante tenía una cierta notoriedad porque no era una mera estudiante de danza, sino que había actuado en algún espectáculo, siendo por ello conocida en su localidad y gozando de proyección local y regional, lo que implica que el ámbito de protección de su imagen sea más limitado.

Además, considera improcedente la indemnización acordada: primero porque, al no haber existido a su juicio intromisión ilegítima, no se habría producido ningún daño moral que tenga que ser resarcido; y en todo caso, por faltar la debida acreditación del daño moral y porque la indemnización se cuantificó extemporáneamente en fase de conclusiones (en este sentido se recalca que el dato de los beneficios derivados de la difusión- cuyo desconocimiento por la demandante se alegó para no cuantificar la indemnización en la demanda- era un dato irrelevante a la luz de lo dispuesto en el art. 9.3 LO 1/1982, además de no ser cierto que la juez de primera instancia hubiera aceptado deferir la cuantificación para el trámite de conclusiones pudiendo, como pudo, cuantificarse ya en el mismo acto de la audiencia previa).

En definitiva, niega que se haya vulnerado el derecho a la propia imagen de la demandante, en consecuencia niega que exista un daño moral resarcible, considera además que en todo caso dicho daño no ha sido probado y, finalmente, entiende que la indemnización debió cuantificarse en la demanda, no extemporáneamente en fase de conclusiones, siendo en todo caso desproporcionada.

En su extenso escrito de oposición la demandante ha solicitado la desestimación del recurso alegando, en síntesis, que la sentencia aprecia debidamente la existencia de intromisión ilegítima en la propia imagen porque, sin su conocimiento ni consentimiento, se captó su imagen en la playa, tomando el sol en toples, y se usó luego dicha imagen para un video-montaje en el que la demandante podía ser reconocida fácilmente, insertándose además dicho video en la página web del programa dando la posibilidad a los usuarios de votarlo y comentarlo. Con respecto a los argumentos de la recurrente alega, en cuanto a los usos sociales, que no es verdad que la sentencia recurrida no tome en consideración este elemento (art. 2 LO 1/1982), puesto que expresamente declara que la actuación de las demandadas «no está amparada por los límites que a dicho derecho impone el artículo 2 de la Ley Orgánica 1/82», añadiendo que ni el hecho de estar en la playa en las condiciones descritas ni el de publicar fotos en su perfil de una red social como Facebook, «donde no consta que haya publicado imágenes análogas», autorizara a las demandadas a captar su imagen individualizada en estado de semidesnudez y usarla como personaje involuntario de un montaje humorístico en un programa de televisión. En este sentido, la demandante reitera que el estar en la playa practicando toples, por más que sea un acto socialmente tolerado, no autoriza a un tercero a captar y luego reproducir su imagen sin el consentimiento del titular de dicho derecho fundamental. Con respecto a los actos propios se alega, en la misma línea, que la práctica anterior del toples no privaba a la demandante de toda la protección que merecía su imagen frente al tercero que, sin su consentimiento, pretendiera captarla y publicarla, además de que en este caso era nulo el interés informativo del video montaje -por ser la demandante una persona que no tenía notoriedad social o relevancia pública-, pudiéndose haber conseguido la misma finalidad humorística si se hubiera usado la imagen de una persona que previamente hubiera prestado su consentimiento, y que tampoco puede considerarse acto propio el hecho de que subiera fotos suyas a Facebook, ya que en ninguna de ellas se veían sus senos. Por último, defiende la procedencia de la indemnización acordada porque el daño moral es inherente a la intromisión ilegítima en la propia imagen, porque el video montaje permaneció en la web del programa durante mucho tiempo, facilitando que amigos y allegados la reconocieran, y porque solo cuando la demandante entabló acciones judiciales a las demandadas procedieron a retirar dicho material. Por lo que se refiere a su cuantificación, se alega que fue procedente hacerla en fase de conclusiones porque en la demanda ya se habían fijado las bases por referencia a los parámetros legales y, en este sentido, al carecerse de algunos datos se hizo expresa alusión a que dicha indemnización se debía fijar atendiendo a «los datos y documentación» que se aportara por la demandada puesto que uno de esos datos determinantes del *quantum* era el beneficio obtenido, aspecto que la demandante desconocía cuando presentó la demanda y para cuyo conocimiento requirió en varias ocasiones a las codemandadas, sin éxito. Añade que el hecho de que la juez de primera instancia no tuviera en cuenta que la demandante no podía acceder a dichos datos y denegase la aportación de la documental acreditativa de los mismos por extemporánea generó a la demandante una situación de absoluta indefensión que fue corregida en apelación, aceptando la Audiencia la cuantificación de la indemnización en fase de conclusiones, y que la cuantía reclamada y concedida (35.380 euros) es razonable y adecuada a las circunstancias, dado que las imágenes se difundieron en un programa de televisión de ámbito nacional en hora de gran audiencia, que presume grandes ingresos por publicidad, y dada la trascendencia que para la vida privada de la demandante tuvo la difusión del video montaje.



El Ministerio Fiscal también ha interesado la desestimación del recurso al considerar, en síntesis y con cita de las sentencias de esta sala 281/2001, de 2 de marzo (publicación de fotos de una conocida modelo), 131/2006, de 22 de febrero, y 674/2004, de 7 de julio, que en este caso no existía interés público que justificase la prevalencia del derecho a la información sobre el derecho a la propia imagen, pues no lo hay en conocer la imagen semidesnuda de una persona sin relevancia pública y captada en un ámbito que pertenecía a su esfera privada, sin que pueda justificarse dicha intromisión por los usos sociales, porque no es lo mismo estar en la playa tomando el sol en toples que mostrarse así en televisión, ni por la circunstancia de que la demandante hubiera venido subiendo fotos suyas a redes sociales como Facebook, ya que en las que accedió a publicar aparecía de espaldas y no era posible su identificación. En cuanto a la indemnización, el Ministerio Fiscal recuerda los límites que existen para su revisión en casación y que la existencia de daño moral se presume *iuris et de iure*, al ser inherente a la existencia de intromisión ilegítima en el derecho fundamental (en este caso, la propia imagen), por lo que no cabe exigir al perjudicado su acreditación, sin que la falta de prueba objetiva sea un obstáculo para que el tribunal sentenciador pueda concretar la suma resarcitoria, habiendo actuado la Audiencia dentro de sus atribuciones y con pleno respeto a los parámetros legales (art. 9.3 LO 1/1982) mediante un análisis de las circunstancias del caso «con expresa referencia a la gravedad de la lesión en relación con la difusión de la imagen, reiteración de la exhibición, obtención de copias que se derivan de la inclusión del video en la página web del programa...la falta de acreditación del beneficio obtenido por la demandada...la condición personal de la demandante, que no ostentaba cargo público alguno ni ejercía actividad pública, y el daño causado por la divulgación de la imagen».

TERCERO.- La respuesta de esta sala al único motivo del recurso debe fundarse en la doctrina jurisprudencial específica sobre la publicación o difusión no consentida de la imagen de una persona.

Como regla general, y con base en el art. 8.2 a) de la LO 1/1982, esta sala siempre ha considerado constitutiva de intromisión ilegítima la utilización no consentida de la imagen de una persona carente de notoriedad o proyección pública para fines propios de una actividad empresarial, sea o no de comunicación (p. ej. sentencias 462/2003, de 9 de mayo, sobre publicación de la fotografía de un hombre y una mujer para ilustrar el reportaje de una revista sobre las crisis de pareja; 608/2004, de 17 de junio, y 735/2004, de 19 de julio, sobre publicación en una revista de fotografías de pacientes desnudas tomadas por un médico; o 667/2004, de 2 de julio, sobre publicación de la fotografía de una familia comprando en una gran superficie).

Más especialmente en relación con la imagen de la mujer en toples o sin la pieza superior del biquini, la doctrina jurisprudencial ha distinguido, cuando se trataba de personas con notoriedad o proyección pública, en función del lugar en que se encontraran, considerando legítima la publicación, con base en el citado art. 8.2 a) de la LO 1/1982, si el lugar era una playa pública y normalmente concurrida, salvo en el caso de una menor por aplicación prevalente en tal caso de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor, pero ilegítima si se trataba de un recinto privado, de una playa o una cala recónditas o de un espacio buscado a propósito para sustraerse a la mirada ajena (así, sentencias 1050/2008, de 18 de noviembre, 400/2009, de 12 de junio, 125/2011, de 15 de febrero, 435/2011, de 21 de junio, y 19/2014, de 10 de febrero, con citas de otras muchas), si bien la sentencia 125/2011 fue anulada en amparo por la STC 19/2014 al apreciar esta una intromisión ilegítima pese a que la persona fotografiada era una conocida actriz en una playa concurrida.

En cualquier caso, lo que la jurisprudencia viene manteniendo constante y reiteradamente es que hay intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen cuando se publica o difunde la imagen en toples de quien no haya prestado su consentimiento y carezca de notoriedad o proyección pública. Así lo declaró la sentencia 454/2002, de 6 de mayo, sobre la publicación en un periódico de una fotografía para ilustrar una noticia sobre el buen tiempo en Cataluña el domingo de Ramos; la sentencia 539/2007, de 18 de mayo, sobre una joven cuya fotografía se publicó en un periódico por haberla confundido con la novia de un conocido deportista; o en fin, la sentencia 378/2011, de 6 de junio, sobre unas señoras sin notoriedad o proyección pública cuya imagen se difundió en un reportaje televisivo con cámara oculta sobre el turismo sexual, apreciándose la ilegitimidad pese al interés general de la información.

CUARTO.- De aplicar la referida doctrina jurisprudencial al único motivo del recurso se desprende que este ha de ser desestimado por las siguientes razones:

1.ª) La demandante carecía de notoriedad o proyección pública. El hecho de que tuviera una página en la red social Facebook, como millones de personas, o de que fuera una bailarina más o menos conocida en su zona de residencia no la convertía en un personaje público que, conforme al art. 8.2 a) de la LO 1/1982, pudiera aparecer sin su consentimiento en un programa de televisión de ámbito nacional y máxima audiencia. En suma, la demandante era una completa desconocida para el gran público de «El Intermedio».

2.ª) Tampoco el art. 2.1 de la LO 1/1982 podía legitimar la intromisión en el derecho a la propia imagen: primero, porque no es cierto, como alega la entidad recurrente, que la demandante subiera a su página de Facebook



fotos de ella en toples, ya que la fotografía aportada como prueba la muestra de espaldas y sin que se le vea la cara; segundo porque, aun cuando así hubiera sido, esto no equivaldría a un consentimiento que, como resulta de la sentencia 266/2016, de 21 de abril, sobre una modelo que posó para fotografías eróticas, tiene que ser expreso y, además, es revocable en cualquier momento (art. 2, apdos. 2 y 3, de la LO 1/1982); y tercero, porque la alegación de la recurrente de que los usos sociales toleran la práctica del toples en las playas confunde que sea legítimo practicarlos con que los usos sociales legitimen la publicación o difusión no consentidas de imágenes de las personas que practican el toples.

3.ª) Aunque lo anteriormente razonado basta por sí solo para apreciar la intromisión ilegítima, aún cabe añadir, en respuesta a las alegaciones del motivo, que la imagen de la demandante no se captó con ocasión de un suceso o acontecimiento público, por lo que su carácter accesorio o no accesorio resulta irrelevante a los efectos del art. 8.1 c) de la LO 1/1982, y que, en cualquier caso, no tuvo un carácter accesorio en el *sketch* cuestionado sino que, muy al contrario, resulta un elemento esencial para, con un golpe de efecto, ironizar sobre la imagen inmediatamente posterior de los obispos aplaudiendo.

4.ª) Tampoco la libertad creativa podía legitimar la intromisión, ya que el mismo resultado habría podido lograrse mediante una imagen equivalente pero consentida en su captación y para su difusión por la titular del derecho fundamental.

5.ª) En definitiva, aunque no quepa descartar la posibilidad de imágenes inocuas o no ilegítimas de personas sin proyección pública en toples, como podrían ser las de un informativo o un reportaje sobre la temporada playera con planos generales que no permitan identificar a las personas, no es este el caso del *sketch* cuestionado, en el que la imagen de la demandante se utilizó sin su consentimiento para dotar de contenido humorístico, precisamente por la inesperada ruptura de contexto, a la de los obispos aplaudiendo.

6.ª) Por lo que se refiere al contenido del motivo dedicado a impugnar la indemnización por daño moral, ha de ser desestimado por inadmisibile: primero, porque la cuestión relativa a la indeterminación de la cuantía de la indemnización en la demanda es estrictamente procesal y tendría que haberse planteado mediante un recurso extraordinario por infracción procesal; segundo, porque la impugnación de la cuantía de la indemnización habría exigido un motivo aparte, fundado en infracción de la correspondiente norma de la LO 1/1982; y tercero, porque en cualquier caso la jurisprudencia de esta sala, tan conocida y reiterada que huelga la cita de sentencias concretas, limita la revisión en casación de la cuantía fijada en la instancia a los casos de desatención a los criterios del art. 9.3 de la LO 1/1982, error notorio, arbitrariedad o desproporción manifiesta, ninguno de cuyos defectos cabe predicar de la cuantía fijada por el tribunal sentenciador, habida cuenta de que lo notorio en este caso es la elevada audiencia y el horario estelar del programa en el que se emitió el *sketch* cuestionado.

QUINTO.- La desestimación del único motivo determina la del recurso y, conforme a los arts. 487.2 y 398.1 en relación con el 394.1, todos de la LEC, la confirmación de la sentencia recurrida y la imposición de las costas a la parte recurrente, que además, conforme al apdo. 9 de la d. adicional 15.ª LOPJ, perderá el depósito constituido.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

1.º- Desestimar el recurso de casación interpuesto por la demandada Globo Media S.A. contra la sentencia dictada el 4 de diciembre de 2014 por la sección 4.ª de la Audiencia Provincial de Alicante en el recurso de apelación n.º 398/2014. **2.º-** Confirmar la sentencia recurrida. **3.º-** E imponer las costas a la parte recurrente, que perderá el depósito constituido. Líbrese al mencionado tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y rollo de Sala.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.