

**SENTENCIA N°**

Ilmo. Sr. Presidente.

D. José Arsuaga Cortázar.

Ilmos. Srs. Magistrados.

D. Miguel Carlos Díez.

D. Javier de la Hoz de la Escalera.

=====

En la Ciudad de Santander, a diecinueve de diciembre de dos mil dieciséis.

Esta Sección Segunda de la Ilma. Audiencia Provincial de Cantabria ha visto en grado de apelación los presentes Autos de juicio, núm., Rollo de Sala núm. de , procedentes del Juzgado de Primera Instancia núm. de, seguidos a instancia de contra.

En esta segunda instancia ha sido parte apelante, representado por la Procuradora Sra. y defendido por el Letrado Sr.; y apelada la, representada por el Procurador y defendido por el Letrado Sr..

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

**ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO: Por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia núm., y en los autos ya referenciados, se dictó en fecha Sentencia cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "FALLO: ".

: Contra dicha Sentencia la representación de la parte demandada interpuso recurso de apelación, que se tuvo por interpuesto en tiempo y forma, y dado traslado del mismo a la contraparte, que se opuso al recurso, se elevaron las actuaciones a esta Ilma. Audiencia Provincial, en que se ha deliberado y fallado el recurso en el día señalado.

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

#### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

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

**PRIMERO: Resumen de antecedentes. Planteamiento del recurso.**

La demandada inicial, , S.A., se alza contra la sentencia del juzgado que le condenó -como editora tanto del diario de prensa escrita , como de su versión en internet - a abonar al actor la cantidad de 6.000 euros como indemnización por daño moral, con fundamento en la acción ejercitada por

intromisión ilegítima de su derecho a la intimidad por haber revelado públicamente los datos suficientes para permitir su identificación pública como titular del billete premiado del sorteo de la Lotería Primitiva del 5 de octubre de 2013, junto con un amigo, con el importe de 19.226.385,46 euros.

La sentencia del juzgado de primera instancia nº 1 de Santander estimó la demanda por considerar probada la existencia, de acuerdo a los arts. 18.1 CE y 9.2 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 y la jurisprudencia existente, de una intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad del actor, pues sin dudar de que la información constituyera un hecho noticiable por tener relevancia pública, en modo alguno lo tenía la divulgación de los suficientes datos personales del actor -incluyendo, por consiguiente, datos privados de su patrimonio o fortuna- para permitir públicamente su identificación. No aceptando que previamente fuera conocida ya de forma pública su identidad, le condena al pago de la indemnización citada por daño moral, rechazando en todo caso que la incapacidad transitoria laboral que afectaba al actor pudiera tener causa en el efecto producido por la difusión de la información.

El recurso se centra en la presentación de varios motivos, unos procesales, otros de fondo o sustantivos, que pueden ser reconducidos a los siguientes: de un lado, se denuncia, sin citar la norma procesal infringida, la aparente incongruencia existente entre la fundamentación de la sentencia -que se asienta fundamentalmente en la intromisión ilegítima contemplada en el art. 7 de la Ley Orgánica 1/1982 y la jurisprudencia existente- y el amparo

de la acción ejercitada, que se apoya en el art. 18.1 CE y el art. 1902 CC; del otro, se denuncia, desde el plano sustantivo o de fondo, el error cometido por el juez de instancia en la valoración de la prueba, esencialmente en lo que atañe a desconocer que la información de la demandada se produjo cuando la identidad del demandante ya era conocida por familiares y vecinos y por su previa divulgación en el programa de radio de la parte codemandada, sin perjuicio de que con los datos aportados no era posible conseguir una precisa identificación; la infracción de las normas jurídicas y jurisprudencia aplicable, negando que se haya producido una intromisión ilegítima; y, en fin, cuestiona también el importe de la indemnización establecida con arreglo a los parámetros del art. 9.3 de la precitada Ley Orgánica 1/1982.

La parte actora se opone al recurso, haciendo suyos los argumentos de la sentencia de instancia y reiterando los indicados en su contestación a la demanda.

Un adecuado orden exige separar el razonamiento sobre los motivos de orden procesal y de naturaleza sustantiva incorporados en el recurso.

**: Motivos de infracción procesal. El objeto del proceso.**

Al sostener la parte recurrente en su recurso que la sentencia se funda en la existencia de una intromisión ilegítima fundada en el art. 7 de la Ley 1/1982 cuando la demanda no hacía mención alguna a tal normativa parece - solo se indica que se sostiene como "cuestión procesal-material en relación con la acción ejercitada no resuelta en la sentencia"- que hace mención a una pretendida infracción de los principios de congruencia y exhaustividad

4

reconocidos en el art. 218 LEC, como si la sentencia no hubiera razonado y dispuesto sobre todo lo que resultaba de interés para la parte recurrente.

El motivo se desestima.

Ha de afirmarse, inicialmente, que la sentencia motiva con exhaustividad sobre los criterios que llevan al juez de instancia a estimar parcialmente la demanda, bien sentado que ni siquiera es exigible un razonamiento judicial pormenorizado de todos los aspectos y perspectivas que las partes puedan tener sobre la cuestión que se decide, sino es suficiente con expresar las razones que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales fundadores de la decisión, es decir, la "ratio decidendi" que ha determinado aquélla, o razón causal del fallo ( SSTC 28/94 , 153/95 y 32/96 ; STS 20-3-97 , que cita las anteriores). Su motivación expresa con manifiesta suficiencia el "iter" de la decisión, es decir, los elementos o razones de juicio que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos en que se fundamenta.

Y es oportuno ya indicar que no se incurre en incongruencia de clase alguna -siquiera sea, como parece sostener la parte recurrente, por no resolver sobre la que entiende acción ejercitada en la demanda-, pues lo relevante es si en atención a los hechos jurídicamente relevantes que sostienen la demanda, sirviendo además la fundamentación jurídica para calificar la acción, es posible anclar la imputación de responsabilidad de la demandada por vulnerar su derecho fundamental a la intimidad ( art 18 CE ). En el caso de autos, la causa de pedir que, junto a la petición, conforman el objeto procesal delimitado por los escritos rectores, incorpora

como hechos delimitadores -y en cierto modo esenciales- de la pretensión afectante al derecho a la intimidad del actor los que se relacionan con la publicación de informaciones que han permitido conocer su identidad a través no sólo la cita de los artículos 1902 y 1903 del Código Civil, sino también los arts. 18 y 20.4 CE y la jurisprudencia que los desarrolla -sobre todo en lo que afecta a la técnica de la ponderación cuando colisionen dos derechos fundamentales-, y, en fin, el propio art. 9.2 de la ley de 5 de mayo de 1982. ( fundamento de derecho VIII de la demanda ) para justificar la pretensión por daño moral. En consecuencia, mal puede sostenerse que la pretensión se identifica por la mera cita de los arts. 1902 y 1903 CC, lo que supone una versión limitada del objeto procesal, pues se han introducido correctamente los elementos de hecho y derecho que permiten considerar, en su caso, la existencia de una intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad de la recurrente con amparo en los arts. 7 y 9 de la Ley Orgánica 1/1982.

**TERCERO: Motivos de fondo. Colisión entre los derechos fundamentales a la libertad de información y a la intimidad.**

Como esta Sala ha sostenido en su reciente sentencia de 10 de octubre de 2016, es bien sabido que el art. 20.1 a) y d) CE reconoce como derechos fundamentales el derecho a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones, y el derecho a comunicar y recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión. El art. 18.1 CE reconoce también como fundamentales, los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. El art. 20.1 d) CE determina que las libertades en él reconocidas (de expresión e información) encuentran su límite en el respeto

a los derechos reconocidos en este título y «especialmente en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia».

La libertad de información, como nos recordaba la STS 17.12.2013, comprende la comunicación de hechos susceptibles de contraste con datos objetivos y tiene como titulares a los miembros de la colectividad y a los profesionales del periodismo.

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

Los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, se encuentran limitados por las libertades de expresión e información. Cuando, como en el caso ocurre, se produce un conflicto entre ellos, debe ser resuelto, en atención a las circunstancias del caso, mediante técnicas de ponderación constitucional, lo que implica examinar la intensidad y trascendencia con la que cada uno de los derechos en conflicto resulta afectado, con

el fin de elaborar una regla que permita, dando preferencia a uno u otro, la resolución del caso mediante su subsunción en ella. La técnica de la ponderación cuando se produce el conflicto exige valorar, en término, el peso relativo de los respectivos derechos fundamentales que entran en colisión.

En consecuencia, para aplicar adecuadamente la técnica de ponderación es necesario valorar:

(1) Si la información o la crítica se proyecta sobre personas que ejerzan un cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública ( STC 68/2008 ; SSTS 25 de octubre de 2000 y 14 de marzo de 2003), pues entonces el peso de la libertad de información e expresión es más intenso, como establece el artículo 8.2.a) LPDH. En relación con aquel derecho, la STS 17 de diciembre de 1997 (no afectada en este aspecto por la STC 24 de abril de 2002 ) declara que la proyección pública se reconoce en general por razones diversas: por la actividad política, por la profesión, por la relación con un importante suceso, por la trascendencia económica y por la relación social, entre otras circunstancias; así, quien de un modo u otro hace de la exposición personal a los demás su modo de vida y acepta instalarse en el mundo de la fama no solo está contribuyendo a delimitar el terreno reservado a su intimidad personal, sino que también se somete al escrutinio de la sociedad.

(2) La prevalencia de la libertad de información, dado su objeto de puesta en conocimiento de hechos, exige que la información cumpla el requisito de la veracidad cuando la colisión se produce con el derecho al honor y a la propia imagen, a diferencia de lo que ocurre con la



libertad de expresión, que protege la emisión de opiniones. Por veracidad debe entenderse el resultado de una razonable diligencia por parte del informador para contrastar la noticia de acuerdo con pautas profesionales ajustándose a las circunstancias del caso, aun cuando la información con el transcurso del tiempo, pueda más adelante ser desmentida o no resultar confirmada. Sin embargo, respecto el derecho a la intimidad que es el que ahora es objeto de estudio por entrar en colisión- el criterio para determinar la legitimidad o ilegitimidad de las intromisiones no es el de la veracidad, sino el de la relevancia pública del hecho divulgado, es decir, que su comunicación a la opinión pública, aun siendo verdadera, resulte necesaria en función de interés público del asunto sobre le que se informa.

(3) Cuando la difusión de datos de carácter privado afecta no solo al personaje público, sino también a terceras personas, debe valorarse en qué medida la difusión de los datos relativos a estas está justificada por razón de su carácter accesorio en relación con el personaje público al que se refiere, la necesidad de su difusión para ofrecer la información de que se trate y la aceptación por el tercero de su relación con la persona afectada como personaje público.

(4) La prevalencia del derecho a la información sobre el derecho a la imagen es mayor que sobre el derecho a la intimidad, por cuanto en relación con la vida privada de las personas debe tenerse en cuenta el principio de proporcionalidad con el interés público en los aspectos de esta que se difunden y la forma en que tiene lugar la difusión ( STS 19 de marzo de 1990 ).

(5) La ponderación entre los derechos en conflicto

debe efectuarse teniendo en cuenta si la publicación de los datos de la vida privada está justificada por los usos sociales, o hay base para sostener que el afectado adoptó pautas de comportamiento en relación con su ámbito íntimo que permita entender que, con sus propios actos, lo despojó total o parcialmente del carácter privado o doméstico (STS 6 de noviembre de 2003). Quien divulgue aspectos de su vida privada debe soportar el conocimiento e investigación o seguimiento de los aspectos divulgados y la crítica de los mismos ( STC de 27 de abril de 2010 ).

**CUARTO: Valoración de la prueba y consecuencias jurídicas.**

Valorado nuevamente por esta Sala el material probatorio practicado ante el juez de instancia, sus conclusiones sobre los hechos deben ser ahora ratificadas por adecuarse oportunamente a lo acontecido. En resumen:

1.- El demandante conoció que el día 5 de octubre de 2013 había sido premiado, junto con un amigo, con la cantidad de 19.226.385,46 euros, por el sorteo de la Lotería Primitiva.

2.- El día 7 de octubre de 2013 en el Programa radiofónico " " que se emite en el dial 106.3 FM de Radio su presentador, D., indicó públicamente en antena que el citado premio se había vendido en y le correspondía en parte a un , refiriéndose al actor con las siguientes palabras ( como ha recogido fielmente el juez de instancia ): "Que son dos los premiados (...), que uno es , que vive muy cerca de mí - que yo vivo en el barrio de -, y que tiene nombre "

(...)" . Más tarde insiste "g  
(...)" .

3.- El día 9 de octubre, el periódico  
incorpora una noticia con el siguiente titular  
"Un y un los  
millonarios de la Primitiva". En el cuerpo de la noticia se  
indica, en lo que ahora interesa, que los premiados se  
llaman y , que ambos son de de y su edad aproximada (la  
); y que trabaja como . El mismo  
día, en la página web / se publicó,  
dentro de la sección Cantabria, la noticia titulada "Un  
y un los millonarios  
de la Primitiva". El título y texto de la noticia coincide  
con la publicada el mismo día en el citado periódico.

4.- El día 10 de octubre, en el mismo periódico, se  
publicó otra noticia que se titula "Los millonarios de la  
Primitiva ya tienen el cheque". En el cuerpo de la citada  
noticia se insiste en recordar sus profesiones "

5.- El día 22 de noviembre del mismo año, otra vez  
en el mismo medio, vuelve a recordarse el premio y la  
profesión de los premiados, indicando que los dos "han  
optado por permanecer en el anonimato".

Partiendo de tales hechos, también la Sala  
concuera con las conclusiones, adecuadamente razonadas,  
alcanzadas por el juez de instancia.

En tal sentido, resulta relevante considerar:

- A) En la colisión entre los derechos

fundamentales a la libertad de información y a la intimidad, como antes se ha dicho, el criterio utilizado de ponderación no es ya el de la veracidad de la información -que, en el caso, tampoco se ha discutido- sino el de la relevancia pública de la información en cuanto necesaria por el interés público del asunto.

B) El acento, en el caso, no se ha de poner sobre el interés o relevancia pública de la información, pues es obvio que la ostenta una noticia que hace mención al premio más importante concedido hasta entonces a un billete de Lotería Primitiva en Cantabria ( como se informa al folio 240 ), sino si para satisfacer el precitado interés público resultaba necesario difundir datos personales de los premiados que permitan, en un ámbito social determinado ( como es el de esta Comunidad Autónoma, que no alcanza los 600.000 habitantes ), su precisa identificación, cuando, como la propia información del del 23 de noviembre, habían "optado por permanecer en el anonimato". En este sentido, la jurisprudencia del TS determina que "el derecho a la intimidad proporciona un poder jurídico sobre la información relativa a uno mismo o al entorno familiar de forma tal que habilita para imponer a terceras personas la voluntad de no dar a conocer una información o de impedir su difusión, si no es bajo un previo consentimiento" (SSTS de 18 de febrero de 2013 y 4 de diciembre de 2012 )

C) En el mismo sentido que resolvió la sentencia de esta Audiencia Provincial, Sección Cuarta, de 14 de febrero de 2014 -en un supuesto de identificación pública de un premiado de un sorteo de Lotería Primitiva en cuya información se incluyó el nombre, apellidos, edad, lugar de residencia y de trabajo e, incluso, una fotografía del beneficiado, en el que se consideró que el interés

público en conocer la identidad del premiado es "escaso, por no decir nulo, dado el carácter de persona privada del beneficiado por el premio y la falta de aportación de elementos informativos adicionales a la noticia"- la Sala considera que la prevalencia del derecho a la información se revela ahora de escasa importancia, por lo que, aun tratándose de una persona que desarrolla una profesión relacionada con ~~...~~, ninguna relación existe entre la información difundida y su profesión que permita considerar que pudiera tener interés por su proyección pública, ni siquiera para satisfacer la curiosidad que, en el caso, se revela de menor importancia o intensidad en su colisión con el derecho a la intimidad. La consecuencia es que debe prevalecer este derecho fundamental por estar vinculado a la decisión del actor de que su identidad permaneciera reservada frente a su conocimiento por terceros a través de una divulgación no consentida, que no es sino correlato, como antes se ha dicho, del derecho que ostenta a mantener un ámbito reservado de su vida como prolongación del respeto a su dignidad.

D) No puede aceptarse que la conducta de la parte recurrente esté justificada por haberse acreditado la difusión previa de la información en el programa de radio o porque fuera ya de conocimiento público probado. La misma norma de conducta que tuvo que respetar el programa radiofónico incumbía a la parte ahora recurrente y si bien es cierto que el día 7 de octubre se difundieron -a través de la emisión del programa " ~~...~~ ", mediante circunloquios y juegos de palabras, datos que pudieran haber permitido la identificación del actor, los días 9 y 10 se apuntala y asegura la información a través de la divulgación realizada en los medios de la recurrente, ciertamente sin expresar su nombre y apellidos, pero

aportando unos datos o señas de los que razonablemente se infiere su identidad en el contexto de un ámbito poblacional como el de Cantabria, pues se informa de su profesión y destino, su vecindad, edad aproximada, estado civil y número de hijos. La realidad y ámbito del conocimiento público de la condición de premiado del actor, antes de la difusión de la información ahora cuestionada - que nace el día 9 de octubre-, no ha quedado demostrada con claridad, por lo que no supera la conjetura, pues obviando la versión por su naturaleza interesada de los profesionales que intervinieron en la información ( Sres/as. y , redactores de , S.A., que coincidieron en indicar que visitaron la Administración de Lotería al día siguiente de conocerse la noticia y allí les comentó la gente, como también en § quienes eran los premiados; y Sres. y , trabajador y productor del programa radiofónico, que reiteran esta versión, precisando el que les llegaba el día de la emisión algunos mensajes que identificaban a los premiados ), el testigo D., Alcalde de, indica que tras la incertidumbre inicial empezaron a aparecer comentarios por todos los sitios, aunque no supo precisar el momento en que él se entera -no recuerda si el 6 o el 8-, de forma que a los pocos días lo sabía todo el valle a pesar de que el lotero no dijo nada. En conclusión, el rumor creciente sobre la identidad de los premiados existía, por lo menos en la zona de su residencia, pero se consolida de forma intensa con la información reiterada por la ahora recurrente a través de sus dos medios de comunicación, que extiende la difusión y aporta unas señas que hacen por entero plausible su identificación pública general, obviando su interés en mantener su reserva para evitar el conocimiento por terceros.

**QUINTO: La determinación del daño moral.**

Termina la recurrente sosteniendo, de forma subsidiaria, la necesidad de reducir la indemnización por entender que las bases de cálculo no están justificadas. El juez ha fijado la indemnización, por la información aparecida en los dos medios de la recurrente, en un total de 6.000 euros.

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

La STS de 16 de febrero de 2016, introduce una presunción *iuris et de iure* [establecida por la ley y sin posibilidad de prueba en contrario] de existencia de perjuicio indemnizable cuando se haya producido una intromisión ilegítima en el derecho al honor, intimidad y propia imagen. Ha de recordarse que las SSTs 19.10.2000 y 16.2.2016 consideran que, para determinar la cuantía del daño, ha de partirse de una valoración estimativa en la que pueden tomarse como elementos de ponderación la propia extensión de la divulgación del dato, el tiempo de permanencia y el resto de las circunstancias.

La Sala considera nuevamente acertado el razonamiento del juez de instancia, pues tiene en cuenta el efecto que la información le ha producido al actor en tranquilidad y sosiego y en la pérdida de seguridad

personal y familiar, de un lado, y en la difusión de los medios a través de los cuales se ha producido la intromisión ilegítima ( 193.000 lectores diarios -de febrero a noviembre de 2013- del medio impreso según la Encuesta General de Medios, folio 30, y un promedio diario de 105.302 visitas el diario digital, folio 142, en octubre de 2012), del otro, comparando la situación con la que se produjo en el asunto conocido por la Sección 4ª de esta Audiencia en su sentencia de 14 de febrero de 2012.

Confirmando también esta decisión, procede la desestimación íntegra del recurso presentado.

**SEXTO.- Costas procesales.-** Desestimándose el recurso de apelación, en aplicación de lo dispuesto en los arts. 394 y 398 de la LEC, procede imponer las costas causadas por su recurso a la parte recurrente.

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

#### **FALLAMOS**

1º.- Desestimamos el recurso de apelación interpuesto por el Procurador Sr. García Viñuela, en representación de la entidad , S.A., frente a la sentencia del juzgado de primera instancia nº 1 de Santander de 23 de junio de 2016.

2º- Condenamos a la parte recurrente al pago de las costas causadas por su recurso.



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

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

DILIGENCIA: Seguidamente se procede a cumplimentar la notificación de la anterior resolución. Doy fe.

12