



Roj: **STS 1413/2021 - ECLI:ES:TS:2021:1413**

Id Cendoj: **28079110012021100197**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **20/04/2021**

Nº de Recurso: **1306/2020**

Nº de Resolución: **220/2021**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **JOSE LUIS SEOANE SPIEGELBERG**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP M 18018/2019,**
STS 1413/2021

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 220/2021

Fecha de sentencia: 20/04/2021

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: 1306/2020

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 14/04/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg

Procedencia: AUD. PROVINCIAL DE MADRID, SECCIÓN 20.ª

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Aurora María Del Carmen García Álvarez

Transcrito por: EAL

Nota:

CASACIÓN núm.: 1306/2020

Ponente: Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Aurora María Del Carmen García Álvarez

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 220/2021

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Francisco Marín Castán, presidente

D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

D.ª M.ª Ángeles Parra Lucán

D. José Luis Seoane Spiegelberg



En Madrid, a 20 de abril de 2021.

Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto por D.^a Sonia , representada por el procurador D. José Andrés Cayuela Castillejo, bajo la dirección letrada de D.^a Cristina Saula Maginet, contra la sentencia dictada por la Sección 20.^a de la Audiencia Provincial de Madrid, en el recurso de apelación n.º 451/2019, dimanante de las actuaciones de juicio ordinario n.º 263/2018, del Juzgado de primera Instancia n.º 5 de Madrid. Ha sido parte recurrida Unidad Editorial Información deportiva, S.L.U., representada por el procurador D. Luis de Villanueva Ferrer y bajo la dirección letrada de D.^a Cristina Peña Carles. Ha intervenido el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia*

1.- El procurador D. José Andrés Cayuela Castillejo, en nombre y representación de D.^a Sonia , interpuso demanda de juicio ordinario contra Unidad Editorial Información deportiva, S.L.U., en la que solicitaba se dictara sentencia:

"[...] en la que:

1. Declare que la conducta desarrollada por "UNIDAD EDITORIAL INFORMACIÓN DEPORTIVA, S.L.U." consistente en la publicación de la galería de imágenes " Sonia , deslumbrante desnudo en la naturaleza" y " Sonia in amongst nature" en la web www.marca.com y en la aplicación para móviles "Marca", en fecha 14 de enero de 2017, constituye una intromisión ilegítima en los derechos de imagen de Doña Sonia .

2. Prohíba a "UNIDAD EDITORIAL INFORMACIÓN DEPORTIVA, S.L.U." a volver a utilizar en el futuro la imagen de Doña Sonia sin su consentimiento.

3. Condene a "UNIDAD EDITORIAL INFORMACIÓN DEPORTIVA, S.L.U." a resarcir económicamente a Doña Sonia por los daños y perjuicios causados, incluido el daño moral, en la suma de 50.000 euros.

4. Condene a "UNIDAD EDITORIAL INFORMACIÓN DEPORTIVA, S.L.U." a publicar una disculpa en la web www.marca.com, con indicación de que la utilización de las imágenes de la actriz Sonia , llevada a cabo el pasado 14 de enero de 2017, fue sin su consentimiento, y que dicha actriz jamás cedió su imagen para Diario Marca, comprometiéndose a no reiterar dicha conducta en el futuro e indicando que se ha compensado económicamente a la actriz por los daños y perjuicios causados.

5. Condene A "UNIDAD EDITORIAL INFORMACIÓN DEPORTIVA, S.L.U." a satisfacer las costas del presente procedimiento".

2.- La demanda fue presentada el 27 de febrero de 2018, y repartida al Juzgado de Primera Instancia n.º 5 de Madrid, se registró con el n.º 263/2018. Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de la parte demandada.

3.- El procurador D. Luis de Villanueva Ferrer, en representación de Unidad Editorial de Información Deportiva, S.L.U., contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba al juzgado:

"[...] dicte en su día sentencia por la que desestime íntegramente la demanda con expresa condena en costas".

4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, la Magistrada-juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 5 de Madrid dictó sentencia de fecha 29 de marzo de 2019, con la siguiente parte dispositiva:

"Que, ESTIMANDO la DEMANDA formulada por DOÑA Sonia , representada por el Procurador de los Tribunales don José Andrés Cayuela Castillejo y dirigida por el Letrado doña Cristina Saula Marginet, contra UNIDAD EDITORIAL DE INFORMACION DEPORTIVA S.L.U., representada por el Procurador don Luis de Villanueva Ferrer y asistida del Letrado doña Cristina Peña Carles, siendo parte, asimismo, el MINISTERIO FISCAL debo DECLARAR Y DECLARO:

- Que la conducta desarrollada por UNIDAD EDITORIAL INFORMACION DEPORTIVA S.L.U., consistente en la publicación de la galería de imágenes " Sonia , deslumbrante desnudo en la naturaleza" y " Sonia in amongst nature" en la web www.marca.com y en la aplicación para móviles "Marca", en fecha 14-01-17, constituye una intromisión ilegítima en los derechos de imagen de la señora Sonia .

- Se CONDENA a la demandada a no volver a utilizar en el futuro la imagen de la demandante sin su consentimiento.



- Se CONDENA a UNIDAD EDITORIAL INFORMACION DEPORTIVA S.L.U. a resarcir económicamente a la actora por los daños y perjuicios causados, en la cantidad de 50.000 euros.
- Se CONDENA a la demandada a publicar el Fallo de la Sentencia en la web www.marca.com, a su costa.
- Se CONDENA a la demandada al pago de las costas procesales".

SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia*

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de Unidad Editorial Información Deportiva, S.L.U.

2.- La resolución de este recurso correspondió a la sección 20.^a de la Audiencia Provincial de Madrid, que lo tramitó con el número de rollo 451/2019, y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia en fecha 30 de diciembre de 2019, cuya parte dispositiva dispone:

"FALLAMOS: Que con estimación parcial del recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de Unidad Editorial de Información Deportiva SLU contra la sentencia de 29 de marzo de 2019 dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Madrid en el procedimiento ordinario nº 263/18, debemos revocar en parte dicha resolución para estimar en parte la demanda interpuesta por D.^a Sonia y condenar a Unidad Editorial de Información deportiva SLU a resarcir económicamente a la actora por los daños y perjuicios causados en la cantidad de 10.000 euros, manteniendo el resto de los pronunciamientos de la sentencia apelada salvo el relativo a las costas procesales, que deberán ser abonadas por cada parte las causadas a su instancia y las comunes por mitad, respecto de las de la primera instancia , y sin hacer especial pronunciamiento sobre las causadas en esta alzada".

TERCERO .- *Interposición y tramitación del recurso de casación*

1.- El procurador D. José Andrés Cayuela Castillejo, en representación de D.^a Sonia , interpuso recurso de casación.

Los motivos del recurso de casación fueron:

"Primero.- Infracción del artículo 9.2, apartados a), b) y c) de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidación Personal y Familiar a la Propia Imagen.

Segundo.- Infracción del artículo 9.3 de la Ley Orgánica 1/1982 de 5 de mayo, de Protección Civil al Derecho al Honor, a la Intimidación Personal y Familiar a la Propia Imagen".

2.- Las actuaciones fueron remitidas por la Audiencia Provincial a esta Sala, y las partes fueron emplazadas para comparecer ante ella. Una vez recibidas las actuaciones en esta Sala y personadas ante la misma las partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, se dictó auto de fecha 2 de diciembre de 2020, cuya parte dispositiva es como sigue:

"1º. Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D.^a Sonia , contra la sentencia dictada, con fecha 30 de diciembre de 2019, por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 20.^a), en el rollo de apelación n.º 451/2019, dimanante del juicio ordinario n.º 263/2018 del Juzgado de Primera Instancia n.º 5 de Madrid.

2º. De conformidad con el art. 485 LEC la parte o partes recurridas podrán formalizar su oposición al recurso de casación, por escrito en el plazo de veinte días desde la notificación de este auto. Durante este plazo las actuaciones estarán de manifiesto en la Secretaría. Transcurrido dicho plazo, dese traslado de las actuaciones al Ministerio Fiscal.

Contra la presente resolución no cabe recurso alguno".

3.- Se dio traslado a la parte recurrida para que formalizara su oposición, lo que hizo mediante la presentación del correspondiente escrito.

El Ministerio Fiscal presentó escrito de impugnación al primer motivo de casación y de adhesión al segundo motivo.

4.- Por providencia de 5 de marzo de 2021 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 14 de abril de 2021, fecha en que ha tenido lugar a través del sistema de videoconferencia habilitado por el Ministerio de Justicia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Antecedentes relevantes*



1.- El objeto del proceso

Versa el presente litigio sobre la demanda, que formula D.^a Sonia , directamente encaminada a obtener un pronunciamiento judicial, que proclame que la conducta desarrollada por Unidad Editorial de Información Deportiva S.L.U., consistente en la publicación, en la galería de imágenes de la web www.marca.com, bajo el título " Sonia , deslumbrante desnudo en la naturaleza" y " Sonia in amongst nature", así como en la aplicación para móviles "Marca", constituye una intromisión ilegítima en los derechos de imagen de la actora.

2.- Los hechos probados

Son hechos acreditados que, en el mes de enero de 2017, se divulgaron unas imágenes de la demandante, modelo y actriz, en la página web del diario Marca, en ropa interior y desnuda, en la sección de ocio "Tiramillas", con el texto: "La modelo y actriz española natural de León, Sonia , nos trae su primera sesión al desnudo para la cámara de Sergio ". Dichas fotografías fueron obtenidas de las imágenes de la página web de la revista mejicana PMagazine, a la que la demandante había cedido los derechos de imagen. Las otras, en ropa interior, se captaron de la cuenta de Instagram de la demandante. En ambos casos, sin contar con el consentimiento de la Sra. Sonia .

Enterada, por terceras personas, de dicha publicación, el 18 de enero de 2017 se envió un requerimiento de cese en el uso de la imagen a través de la Asociación de Modelos y Agencias de España, así como una solicitud de compensación económica. No hubo respuesta formal al requerimiento por parte de la demandada, aunque sus asesores legales se pusieron en contacto con la actora y procedieron a retirar sus fotos a principios de febrero de 2017.

3.- La sentencia de primera instancia

El conocimiento de la demanda correspondió al Juzgado de Primera Instancia n.º 5 de Madrid, que dictó sentencia estimatoria de la misma, al considerar que la publicación, sin el consentimiento de la actora, de sus fotografías suponía una vulneración de su derecho fundamental a la propia imagen del art. 18.1 CE. Se fijó una indemnización de 50.000 euros, en atención al informe pericial aportado y circunstancias concurrentes. Igualmente se condenó a la demandada a publicar el fallo de la sentencia en la web www.marca.com y a su costa.

4.- La sentencia de apelación

Contra dicha sentencia se interpuso por la demandada recurso de apelación que, por turno de reparto, correspondió a la sección vigésima de la Audiencia Provincial de Madrid. Ésta dictó sentencia que confirmó la del Juzgado, si bien, en cuanto a la indemnización correspondiente por daños y perjuicios sufridos, se rebajó a la suma de 10.000 euros.

Para ello, el tribunal razonó que la valoración del daño moral, según la normativa citada, no puede obtenerse de una prueba objetiva, ya que, para la cuantificación de la indemnización, habrá de tenerse en cuenta y ponderar las circunstancias concurrentes en cada caso. Con arreglo a estos criterios jurisprudenciales, el cálculo del perjuicio irrogado no puede basarse en el que su autora denomina dictamen pericial sobre los derechos de imagen y "no imponiendo el art. 9.3 de la Ley Orgánica 1/1982 un criterio de valoración específico, ha de tenerse en cuenta que la difusión del reportaje cesó cuando la demandada fue requerida para ello, sin que conste que el causante de la lesión haya obtenido unos beneficios notablemente superiores por la publicación inconstentida, siendo lo procedente rebajar el importe resarcitorio a 10.000 euros, cantidad que se valora adecuada en atención a las expresadas circunstancias".

5.- Recurso de casación

Contra dicha sentencia se interpuso por la actora recurso de casación, en el que se impugnaron las bases por mor de las cuales se estableció la indemnización correspondiente. Igualmente el Ministerio Fiscal solicitó su estimación.

SEGUNDO.- Primer motivo del recurso de casación interpuesto

1.- Fundamento y desarrollo del motivo

Este primer motivo se fundamenta en la infracción del art. 9.2, apartados A), B) y C) 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 su desarrollo, se considera vulnerado el derecho fundamental de la actora a la propia imagen, en tanto en cuanto se le resarce mediante una indemnización simbólica, de modo que se no repone a la perjudicada en el estado anterior a la lesión sufrida, ni disuade al infractor de cometer ulteriores intromisiones.



Se argumenta que la sentencia de la Audiencia ha procedido a rebajar, de forma injustificada, la indemnización fijada por el Juzgado de 50.000 euros a los 10.000 euros objeto de condena. Tal valoración se reputa desproporcionada, toda vez que se produjo una intromisión ilegítima en el derecho fundamental a la imagen de la actora, al apropiarse la demandada indebidamente de sus fotografías y publicarlas en sus páginas web, con finalidad comercial y obtener de tal forma un beneficio económico.

Las imágenes son de desnudos y lencería, la connotación del reportaje es claramente sexista, la actora tiene un caché medio-alto. La difusión se lleva a efecto por un medio digital, con versión española e inglesa. Se señala que no se ha tenido en cuenta los honorarios que a la demandada le hubiera costado pagar a la modelo por el reportaje objeto del litigio, si lo hubiera consentido. Se reconoce que es excepcional la revisión de la cuantía indemnizatoria; pero tampoco caben indemnizaciones simbólicas, que constituyan un premio para el infractor, las cuales quedan alejadas del nivel de suficiencia exigible para prevenir ulteriores intromisiones y, consiguientemente, restablecer a la actora en el pleno disfrute de sus derechos.

Se argumenta, también, que es contrario a todo criterio racional rechazar el cálculo efectuado por la perito D.^a Paulina, lo que constituye una valoración del tribunal provincial que se considera contraria a las reglas de la sana crítica. La perito da una opinión sobre una materia extrajurídica sobre el que el tribunal no posee conocimientos y la parte contraria no ha aportado al procedimiento ninguna otra prueba de tal naturaleza que desdiga la de dicha especialista, por lo que desvincularse de tal prueba, que fija en 25.000 euros el precio que valdría la contratación de la actora, si hubiera prestado su consentimiento, atenta a tales reglas.

2.- Estimación del motivo

Es cierto, que este tribunal no puede llevar a efecto una nueva valoración de la prueba pericial, como si de una tercera instancia se tratara, cuando la técnica casacional exige razonar sobre la infracción legal, respetando los hechos y la valoración probatoria de la Audiencia (sentencias 142/2010, de 22 de marzo; 56/2011, de 23 febrero; 71/2012, de 20 febrero; 669/2012, de 14 de noviembre; 147/2013, de 20 de marzo; 5/2016, de 27 de enero; 367/2016, de 3 de junio, o más recientemente 477/2019, de 17 de septiembre; 365/2020, de 29 de junio, 476/2020, de 21 de septiembre y 83/2021, de 16 de febrero, entre otras muchas).

La única vía para ello sería mediante la formulación de un recurso extraordinario por infracción procesal, por el cauce del art. 469.1.4º de la LEC y vulneración del art. 24.1 CE, para los casos de un error patente o arbitrariedad en la valoración de alguna prueba, o bien por la concreta infracción de una norma tasada de valoración probatoria, siempre que, por resultar manifiestamente arbitraria o ilógica, no supere, conforme a la doctrina constitucional, el test de la racionalidad exigible para respetar el núcleo tuitivo de tal derecho fundamental (sentencias 88/2019, de 13 de febrero, 132/2019, de 5 de marzo; 572/2019, de 4 de noviembre y 7/2020, de 8 de enero, entre otras muchas).

Ahora bien, la referencia a la prueba pericial es un mero argumento de refuerzo. El recurso no se fundamenta, de forma exclusiva, en el resultado de dicha prueba, sino que se refiere a que no se apreciaron determinadas circunstancias, no cuestionadas y debidamente acreditadas en las instancias, que, al no haber sido valoradas jurídicamente, vulneran el art. 9.2 de la precitada ley orgánica.

La actora se ha visto perjudicada, mediante la apropiación indebida de sus fotos, tratándose de una modelo profesional, que percibe una retribución por su trabajo y que es dueña de su carrera profesional, disponiendo de su propia imagen. Como examinaremos, en el segundo de los motivos de casación, el criterio manejado por la Audiencia, a los efectos de fijar la indemnización a favor de la actora por el daño sufrido, se fundamenta en una base normativa derogada y en un criterio carente de significación jurídica, cual es haber retirado las fotos a requerimiento de la demandante, lo que no resarce el daño efectivamente causado, otra cosa es que, con dicho proceder, no persista en el tiempo incrementándolo.

En el sentido expuesto, este motivo de casación debe estimarse.

TERCERO. Examen del segundo de los motivos de casación

Se fundamenta en la infracción del 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.

1.- Desarrollo del recurso

Se argumenta, en síntesis, que la sentencia impugnada infringe tal precepto, en tanto en cuanto el daño moral se valora 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. Elementos de juicio sobre los cuales no se razona en la sentencia recurrida, al proceder a la cuantificación del daño.



La Audiencia, tras proclamar la vulneración del derecho fundamental a la propia imagen de la actora, fijó la indemnización procedente en 10.000 euros. Se queja la recurrente de que dicho tribunal utiliza, para cuantificar el daño, un criterio valorativo, que fue expresamente derogado por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, al suprimir del art. 9.3 de dicha disposición general, el inciso que normaba que "también se valorará el beneficio que haya obtenido el causante de la lesión como consecuencia de la misma".

Alega igualmente que, tampoco, se ha procedido a una específica ponderación de las circunstancias del caso que, en síntesis, son las siguientes:

i) La apropiación de 19 fotografías de la recurrente, de las cuales 12 obraban en la plataforma digital de una revista norteamericana de fotografía P.Magazine, que ensalza el lado artístico de la naturaleza humana al desnudo, huyendo de visiones sexualizadas del cuerpo de la mujer, y las 7 restantes del perfil profesional de Instagram de la modelo.

ii) Dichas fotos fueron autorizadas, por la actora, con una finalidad muy distinta a la buscada por la demandada, que las utilizó, por el contrario, como foco de atracción de lectores, especialmente del género masculino, en una publicación deportiva.

iii) Las precitadas fotografías fueron publicadas, en la versión digital de la revista Tiramillas, con el titular: "La modelo y actriz española natural de León Sonia , nos trae su primera sesión al desnudo para la cámara de Sergio ", con lo que se transmitía el falaz mensaje de que voluntariamente habían aportado sus fotos para su publicación.

iv) La publicación, en su versión española, contó con 111.442 visitas, sin computar las de su versión inglesa.

v) Es cierto que la demandada retiró la publicación cuando fue requerida para ello, pero tal circunstancia no elimina su responsabilidad, ni el daño sufrido por la demandante en su prestigio profesional.

En consecuencia, se consideró desproporcionada la indemnización fijada, erróneas las bases tomadas en consideración y lesionada la función persuasiva de la condena para prevenir conductas como la observada por la demandada, solicitando, en definitiva, la estimación del recurso, y que se fijara el montante indemnizatorio total en la cantidad postulada en la demanda de 50.000 euros, estimada por el Juzgado.

2.- Petición del Ministerio Fiscal de estimación del recurso

Este motivo de casación es apoyado por el Ministerio Fiscal, al reputar incorrectas las bases fijadas por la sentencia de la Audiencia para el cálculo del daño moral sufrido, tras la reforma del art. 9.3, por la LO 5/2010, que prescinde del beneficio que haya obtenido el causante de la lesión, y cita al respecto la sentencia de esta Sala 474/2020, de 21 de septiembre.

Pondera el Ministerio Fiscal, en su detenido escrito, las circunstancias siguientes: i) se trata de fotos de desnudos que son especialmente sensibles; ii) que, con el titular empleado, se da a entender que la actora colaboraba con el medio en la difusión de su imagen, cuando las fotos habían sido obtenidas ilegítimamente sin contar con su consentimiento y con una finalidad muy distinta a la buscada por la demandante. iii) La difusión no sólo fue en un medio nacional sino también extranjero. iv) Tampoco comparte el Fiscal, el parámetro utilizado de que el reportaje cesó cuando la demandada fue requerida para ello, pues, por un lado, la lesión ya se había consumado y, por otro, tal conducta es reveladora de la plena conciencia de la entidad interpelada de la antijuridicidad de su proceder que, en ningún caso, podía ampararse en la libertad de información. v) La publicación se produjo a través de un medio de amplia difusión. vi) Por último, la indemnización debe, en estos casos, desincentivar conductas como la de la demandada a los efectos de evitar que compense publicar imágenes ajenas sin autorización.

En conclusión, con lo expuesto, se interesó la estimación del recurso y la fijación de una indemnización de 20.000 euros.

3.- Impugnación del montante indemnizatorio en casación

Esta Sala ha declarado en sentencias 12/2014, de 22 de enero; 312/2014, de 5 de junio; 388/2018, de 21 de junio y 674/2020, de 14 de diciembre, entre otras 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 [...]".

No obstante, constituye también reiterada jurisprudencia de esta Sala la que establece que la fijación de la cuantía de las indemnizaciones, en este tipo de procedimientos, es competencia de los tribunales de instancia, cuya decisión ha de respetarse en casación, salvo que no se hubiera atendido a los criterios legales que



establece el art. 9.3 Ley Orgánica 1/1982, o en caso de error manifiesto, arbitrariedad o notoria desproporción (sentencias 696/2015, de 4 de diciembre; 261/2017, de 26 de abril; 388/2018, de 21 de junio; 719/2018, de 19 de diciembre; 641/2019, de 26 de noviembre; 689/2019, de 18 de diciembre; 359/2020, de 24 de junio y 474/2020, de 21 de septiembre entre otras).

4.- Estimación del recurso

Ahora bien, en el caso presente, por la Audiencia se utiliza, como criterios determinantes de la indemnización, uno expresamente derogado y como tal manifiestamente erróneo, cual es la consideración del beneficio obtenido (sentencia del Tribunal Supremo 474/2020, de 21 de septiembre), el otro relativo a la retirada de la imagen de la actora, al ser la demandada requerida para ello, lo que constituye manifestación de la conciencia de la antijuridicidad de la conducta observada, que no aporta un dato decisivo a los efectos de calcular el daño consumado. No se ponderan las otras circunstancias concurrentes, como exige el art. 9.3 de la LO 1/1982.

Lo expuesto conduce a la estimación del recurso de casación.

CUARTO.- Asunción de la instancia y fijación del montante indemnizatorio procedente

En el caso presente, no se discute la vulneración del derecho de la propia imagen de la actora, en tanto en cuanto la misma no autorizó la difusión de su imagen, sino que ésta fue apropiada de plataformas digitales.

Esta Sala, ha proclamado en sentencias 1225/2003, de 24 de diciembre, 1024/2004, de 18 de octubre, 1184/2008, de 3 de diciembre, 311/2010, de 2 de junio y posteriormente en sentencia de pleno 91/2017, de 15 de febrero, que el consentimiento dado para publicar una imagen con una finalidad determinada (en este caso, como imagen del perfil de Facebook) no legitima su publicación con otra finalidad distinta. En la sentencia 746/2016, de 21 de diciembre, afirmamos que aunque hubiera sido cierto que la fotografía publicada por el medio de información hubiera sido "subida" a Facebook por la persona que en ella aparece, "[...] esto no equivaldría a un consentimiento que [...] tiene que ser expreso y, además, revocable en cualquier momento".

Por su parte, la sentencia del Tribunal Constitucional 27/2020, de 24 de febrero, proclama que:

"Contemplado de esta manera el panorama tecnológico actual y aceptando que la aparición de las redes sociales ha cambiado el modo en el que las personas se socializan, hemos de advertir sin embargo -por obvio que ello resulte- que los usuarios continúan siendo titulares de derechos fundamentales y que su contenido continúa siendo el mismo que en la era analógica. Por consiguiente, salvo excepciones tasadas, por más que los ciudadanos compartan voluntariamente en la red datos de carácter personal, continúan poseyendo su esfera privada que debe permanecer al margen de los millones de usuarios de las redes sociales en Internet, siempre que no hayan prestado su consentimiento de una manera inequívoca para ser observados o para que se utilice y publique su imagen. [...]"

El titular del derecho fundamental debe autorizar el concreto acto de utilización de su imagen y los fines para los que la otorga. El consentimiento prestado, por ejemplo, para la captación de la imagen no se extiende a otros actos posteriores, como por ejemplo su publicación o difusión. De la misma manera debe entenderse que la autorización de una concreta publicación no se extiende a otras, ya tengan la misma o diversa finalidad que la primigenia. Tampoco el permiso de uso otorgado a una persona determinada se extiende a otros posibles destinatarios. En definitiva, hay que entender que no puede reputarse como consentimiento indefinido y vinculante aquel que se prestó inicialmente para una ocasión o con una finalidad determinada".

Pues bien, en este caso, concurren las circunstancias siguientes, que deben ser ponderadas y que no fueron valoradas por la sentencia recurrida, que utilizó un criterio derogado para valorar el daño y otro carente de significación jurídica a tales efectos:

- 1) La naturaleza de las fotografías, que son desnudos y posados en ropa interior.
- 2) La forma clandestina, gratuita e ilegítima de la apropiación de las fotos, desviándolas del destino elegido por la actora de naturaleza artística que, desde luego, no era servir de reclamo de lectores en una publicación deportiva de usuarios mayoritariamente masculinos.
- 3) La actora se vio privada, de esta forma, de la posibilidad de dirigir y planificar su carrera profesional, disponiendo de su imagen. Ello le causa un perjuicio, en su proyección pública, máxime dada su condición de modelo profesional y en su incipiente carrera de actriz.
- 4) La atribución falaz de la iniciativa a la demandante para la publicación de las fotografías a través del titular utilizado en su difusión, cuando es lo cierto que las mismas fueron obtenidas sin el conocimiento ni consentimiento de la recurrente.



5) El número de personas, que visitaron la web, más de ciento diez mil, sin contar con los usuarios de la página inglesa.

6) La conducta en la que incurrió la demandada que, consciente de la antijuridicidad de su proceder, no dudó en utilizar las fotos de la modelo en provecho propio y perjuicio ajeno.

Es, por ello, que consideremos que el recurso de apelación interpuesto por la demandada contra la sentencia del Juzgado debió ser desestimado. Procede, en consecuencia, casar la sentencia de la Audiencia, confirmar la dictada por el Juzgado, al reputarse correcta la cantidad fijada, en concepto de daños y perjuicios, de 50.000 euros.

QUINTO.- Costas y depósito

La estimación del recurso de casación determina no se haga especial imposición sobre las costas procesales (art. 398 LEC). Procede la devolución de depósito constituido para recurrir (Disposición Adicional 15, apartado 8 de la LOPJ).

Con respecto a las costas de segunda instancia se imponen a la demandada, puesto que su recurso debió ser desestimado, con pérdida del depósito para recurrir (arts. 394 y 398 LEC y Disposición Adicional 15, apartado 9 de la LOPJ).

FALLO

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

1.º- Estimar el recurso de casación interpuesto, casar la sentencia recurrida dictada por la Sección Vigésima de la Audiencia Provincial de Madrid, con fecha 30 de diciembre de 2019, en el rollo de apelación 451/2019, sin imposición de costas y con devolución del depósito constituido para recurrir.

2.º- Desestimar el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de 29 de marzo de 2019 del Juzgado de Primera Instancia n.º 5 de Madrid, en los autos de juicio ordinario 263/2018, que confirmamos con imposición de las costas del recurso a la parte demandada y pérdida del depósito.

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

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

Así se acuerda y firma.