



Roj: **SAP O 1675/2017 - ECLI:ES:APO:2017:1675**

Id Cendoj: **33024370072017100262**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Gijón**

Sección: **7**

Fecha: **10/05/2017**

Nº de Recurso: **95/2017**

Nº de Resolución: **233/2017**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **MARIA PIEDAD LIEBANA RODRIGUEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 7

GIJON

SENTENCIA: 00233/2017

AUD. PROVINCIAL SECCIÓN N. 7 de GIJÓN

N10250

PZA. DECANO EDUARDO IBASETA, S/N - 2º. 33207 GIJÓN

-

Tfno.: 985176944-45 Fax: 985176940

MGD

N.I.G. 33024 42 1 2016 0003091

ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000095 /2017

Juzgado de procedencia: JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 6 de GIJON

Procedimiento de origen: ORDINARIO **DERECHO AL HONOR**-249.1.1 0000293 /2016

Recurrente: Purificacion

Procurador: MARIA EUGENIA PEREZ-HOLANDA FERNANDEZ

Abogado: SEGUNDO MARTINEZ COSTOYA

Recurrido: Andrés

Procurador: BEGOÑA BUELGA GARCIA

Abogado: ISABEL SION DE ARRIBA

SENTENCIA NÚM. 233/17

ILMOS. SRES. MAGISTRADOS.

D. RAFAEL MARTÍN DEL PESO GARCÍA

Dª. MARÍA PIEDAD LIÉBANA RODRÍGUEZ

D. JOSÉ MANUEL TERÁN LÓPEZ

En Gijón, a diez de mayo de dos mil diecisiete.

VISTOS en grado de apelación ante esta Sección 7, de la Audiencia Provincial de GIJON, los Autos de PROCEDIMIENTO ORDINARIO 293/16, procedentes del JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA N. 6 de Gijón, a los que ha correspondido el Rollo RECURSO DE APELACION (LECN) 95/17, en los que aparece como parte



apelante, D^a Purificacion , representada por la Procuradora de los tribunales, Sra. Eugenia Pérez-Holanda Fernández, asistida por el Letrado D. Segundo Martínez Costoya, y como parte apelada/impugnante, D. Andrés , representado por la Procuradora de los tribunales, Sra. Begoña Buelga García, asistido por la Letrada D.^a Isabel Sion de Arriba, y asimismo en calidad de parte apelada el MINISTERIO FISCAL, siendo la Magistrada Ponente la Ilma. Sra. D.^a MARÍA PIEDAD LIÉBANA RODRÍGUEZ.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Gijón dictó en los referidos autos Sentencia de fecha veintinueve de noviembre de dos mil dieciséis , cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente:

" Que estimando en parte la demanda formulada por la Procuradora Begoña Buelga García, en nombre y representación de Andrés , contra Purificacion , debo declarar y declaro haberse producido una intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen del demandante por la difusión no consentida de la misma en las redes sociales llevada a cabo por la demandada, y debo condenar y condeno a esta última a indemnizarle en la cantidad de 1.200 € por el daño moral causado, todo ello sin hacer imposición de las costas causadas en este procedimiento ".

SEGUNDO.- Notificada la anterior Sentencia a las partes, por la representación de D.^a Purificacion se interpuso recurso de apelación y admitido a trámite se remitieron a esta Audiencia Provincial, y cumplidos los oportunos trámites, se señaló para la deliberación y votación del presente recurso el día tres de mayo de dos mil diecisiete.

TERCERO.- En la tramitación de este recurso se han cumplido las correspondientes prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: La sentencia dictada en primera instancia estimó parcialmente la demanda en la que se ejerció por D. Andrés , acción de protección al derecho de su propia imagen, considerando que con la difusión, sin su consentimiento y tras haber sido requerida para su retirada, de las fotografías aportadas con la demanda en las redes sociales de Facebook y Twitter en las que participa D.^a Purificacion , la demandada ha cometido una intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen del actor, intromisión que le ha ocasionado daños morales, condenando -en consecuencia- a la demandada a indemnizarle con la cantidad de 1.200 euros. Sin hacer especial pronunciamiento en cuanto a las costas de instancia.

Contra dicha sentencia se alza en apelación la parte demandada y también, vía impugnación, la parte actora. Aquella interesando la desestimación íntegra de la demanda, dejando sin efecto la indemnización establecida a favor de la actora. Y, la parte actora, su revocación parcial, entendiéndose que la indemnización por daños morales ha de fijarse en la cuantía solicitada en la demanda, de 12.000 euros, en cuanto se le ha causado un daño grave, en concreto, mediante la difusión de la fotografía que refleja a su hija llorando, en la que la demandada añade " Flora está llorando porque su papá no viene a buscarla" menoscabando, claramente, su dignidad.

SEGUNDO: La parte apelante, D.^a Purificacion , sostiene que, aun siendo cierto que en el acto de la audiencia previa, el actor aportó una fotografía que estaba en su página de Facebook, su existencia debe entenderse producto de un olvido como lo prueba el hecho de que sólo pudo aportar una de ellas y, que en todo caso, su contenido no resulta vejatorio ni menoscaba su dignidad, por lo que su demanda debía decaer, además de la improcedencia de la indemnización fijada en la recurrida por daños morales al no haber probado el actor perjuicio moral alguno.

El Tribunal Supremo en Sentencia de 27 de diciembre de 2013 , se ha pronunciado en los siguientes términos: *"El derecho a la propia imagen tiene un aspecto positivo, que supone la facultad del interesado de difundir o publicar su propia imagen, sin que ello elimine su facultad, inmersa en la vertiente negativa del derecho, de no autorizar o impedir la reproducción de su imagen"*, exigencia reiterada en las posteriores de fechas 9 y 22 de enero de 2014 y 11 de junio y 11 de noviembre de 2015. Añadiendo la penúltima de las citadas que *"el consentimiento debe versar sobre la obtención de la imagen y sobre su concreta publicación en un determinado medio de comunicación social - sentencias de 24 de abril de 2000 y 7 de julio de 2004 -"*.

En definitiva, el derecho a la propia imagen (Art. 18.1 de la Constitución Española) está delimitado por la propia voluntad del titular del derecho que es, en principio, a quien corresponde decidir si permite o no la captación o difusión de su imagen por un tercero (STC 156/2001, de 2 de julio).

En el caso de autos, consta acreditado que en las redes sociales de Facebook y Twitter en las que participa la demandada, se difundían algunas fotografías con la imagen del actor constante el matrimonio de las partes,



presumiblemente con consentimiento del actor. Ahora bien, disuelto el matrimonio por causa de divorcio el 25 de noviembre de 2014 y habiendo sido requerida la demandada mediante correo electrónico de fecha 13 de noviembre de 2015, para que procediese a su retirada, correo cuya recepción no se discute, no cabe duda que la permanencia de algunas de ellas en la red, como lo demuestra las capturas de pantalla presentadas con la demanda (...) y una de ellas a la fecha de celebración de la audiencia previa, constituyen una intromisión legítima al derecho fundamental de la propia imagen del actor, en cuanto claramente incontestada, como se apreció en la recurrida.

TERCERO: Sentado lo que antecede, analizaremos la cuestión planteada tanto en el recurso de apelación, como en la impugnación deducida por el actor, en orden a la indemnización por daños morales fijada en la sentencia de instancia: improcedente, según la apelante, por no haber probado el actor perjuicio moral alguno derivado de la difusión de dichas fotografías, en cuanto su contenido no es vejatorio ni menoscaba la integridad del actor, siendo acordes a los usos sociales. Y, por el contrario, insuficiente, según el impugnante, debiendo cifrarse en los 12.000 euros solicitados en la demanda al haberle causado un daño grave, en concreto, la que refleja a su hija llorando, en la que la demandada añade " Flora está llorando porque su papá no viene a buscarla" menoscabando, claramente, su dignidad.

Al respecto, el artículo 9.2 de la Ley Orgánica 1/1.982, de 5 de mayo, establece que la tutela judicial comprenderá adopción de todas las medidas necesarias para poner fin a la intromisión ilegítima de que se trate y, en particular, según su letra c, las necesarias para "la indemnización de los daños y perjuicios causados". Y, en su apartado 3, dispone 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".

Estableciendo la jurisprudencia del Tribunal Supremo recaída en aplicación del art. 9 LO 1/1982 (SS TS 23-7-90, 23-2-89, 31-5-93), el criterio de que, *en la reclamación de los daños morales por ofensas a los derechos protegidos por esta Ley, la valoración de los daños corresponde hacerla al juzgador conforme a las exigencias de la equidad, por lo que no puede ser causa suficiente para su desestimación su falta de determinación pecuniaria, habiéndose de valorar por el juzgador de modo discrecional, sin sujeción a pruebas de tipo objetivo y en atención sólo a las circunstancias del caso concreto, ya que el daño moral -según sentencia de 25-6-1984- es el impacto o sufrimiento psíquico o espiritual producidos en casos como el debatido por agresión directa al acervo extrapatrimonial o de la personalidad, y su reparación no va dirigida a cubrir una pérdida material, sino a producir en la medida de lo humanamente posible una satisfacción como compensación al sufrimiento que se ha causado.*

Doctrina, en suma, que desvirtúa los alegatos de la apelante para instar la procedencia de fijar indemnización por daños morales a favor del actor.

Cuestión distinta, es la referida a la cuantificación de la indemnización fijada en la recurrida en el importe de 1.200 euros. La Sala considera que dicha cifra es excesiva, la intromisión no sólo ha sido muy limitada (dos, o a lo sumo, tres fotografías), cuyo alcance lesivo en la dignidad del actor es muy limitado, dado que su contenido es acorde a los usos sociales, amén de ser mostrado en una actitud que no puede dar lugar a reproche social alguno y, por tanto, no atentatoria de su dignidad, a lo que debe añadirse que no consta cuál ha sido la efectiva difusión de dichas imágenes. Argumentos, que vienen corroborados por las propias razones esgrimidas por el impugnante para justificar el grave daño a su dignidad determinante del importe indemnizatorio reclamado en su demanda (12.000 euros), las cuales se centran, precisamente, en una fotografía en la que no se difunde su imagen, sino la de su hija Flora, atendiendo no tanto a la difusión de su imagen como al comentario añadido por la demandada " Flora está llorando porque su papá no viene a buscarla", supuesto que podría constituir una infracción o atentado a su **derecho al honor**, cuestión sustraída a la decisión judicial en el ámbito de este procedimiento al haberse limitado la pretensión deducida en la demanda a la tutela de su derecho a la propia imagen por la difusión incontestada de su imagen a través de las fotografías acompañadas con aquélla. Cifrando, en definitiva, como indemnización procedente por daños morales causados al actor la cuantía de 600 euros, habida cuenta que no cabe otorgar una indemnización simbólica (STS 12/12/2011), al haber habido una difusión de imágenes, lo que no aconteció en el supuesto analizado en la STS de fecha de 10 de diciembre de 2010, que otorgó una indemnización de 300 € porque no hubo difusión de las imágenes captadas por una cámara de seguridad respecto de un vecino.

CUARTO: Estimado en parte el recurso de apelación y desestimada la impugnación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 398 de la LEC, no ha lugar a hacer pronunciamiento expreso sobre las costas causadas por el recurso de apelación, imponiendo -por el contrario- las devengadas por la impugnación al impugnante.

En atención a lo expuesto, la Sección Séptima de la Audiencia Provincial de Asturias, dicta el siguiente

**FALLO**

SE ESTIMA EN PARTE el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora Sra. Pérez-Holanda Fernández, en representación de D^a Purificación, **DESESTIMANDO** la impugnación formalizada por la Sra. Buelga García, en representación de D. Andrés, contra la sentencia dictada en fecha 29 de noviembre de 2016 en los autos de PROCEDIMIENTO ORDINARIO N^o 293/2016, tramitados ante el Juzgado de Primera Instancia Núm. SEIS de Gijón y, en consecuencia, **SE REVOCA** la misma *en el único sentido* de fijar la indemnización a abonar por la demandada al actor en la cifra de 600 euros. Sin que haya lugar a hacer pronunciamiento expreso sobre las costas causadas por el recurso de apelación, imponiendo -por el contrario- las devengadas por la impugnación al impugnante.

Así por esta nuestra Sentencia, de la que se unirá certificación al Rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ