



Roj: **SAP O 2556/2018 - ECLI:ES:APO:2018:2556**

Id Cendoj: **33024370072018100345**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Gijón**

Sección: **7**

Fecha: **20/07/2018**

Nº de Recurso: **318/2018**

Nº de Resolución: **358/2018**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **RAFAEL MARTIN DEL PESO GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION SEPTIMA

GIJON

SENTENCIA: 00358/2018

Modelo: N10250

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

Tfno.: 985176944-45 Fax: 985176940

Equipo/usuario: EMA

N.I.G. 33024 42 1 2017 0008624

ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000318 /2018

Juzgado de procedencia: JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 2 de GIJON

Procedimiento de origen: OR1 ORDINARIO DERECHO AL HONOR-249.1.1 0000791 /2017

Recurrente: Melchor

Procurador: JORGELINA DIAZ CAMINO

Abogado: CONCEPCION FERNANDEZ ASUETA

Recurrido: Carmen , MINISTERIO FISCAL

Procurador: Mª TERESA RODRIGUEZ ALONSO,

Abogado: AGAPITO RAFAEL MUÑIZ LAVIADA,

SENTENCIA núm. 358/2018

ILTMOS. SRES.:

PRESIDENTE: D. RAFAEL MARTÍN DEL PESO GARCÍA

MAGISTRADOS: D. PABLO MARTÍNEZ HOMBRE GUILLÉN

D. EDUARDO GARCIA VALTUEÑA

En Gijón, a veinte de julio de dos mil dieciocho.

VISTO en grado de apelación ante esta Sección Séptima de la Audiencia Provincial de Gijón, los Autos de ORDINARIO DERECHO AL HONOR-249.1.1 791/2017, procedentes del Juzgado de Primera Instancia número 2 de Gijón, a los que ha correspondido el Rollo RECURSO DE APELACION (LECN) 318/2018, en los que aparece como parte apelante, D. Melchor , representado por la Procuradora de los Tribunales Dña. Jorgelina Díaz Camino, asistido por la Abogada Dña. Concepción Fernández Asueta, y como parte apelada, Dña. Carmen , representada por la Procuradora de los Tribunales Dña. María Teresa Rodríguez Alonso, asistida por el



Abogado D. Agapito Rafael Muñiz Laviada, siendo parte el MINISTERIO Fiscal en calidad de apelado y en la representación que le es propia.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Gijón, dictó en los referidos autos Sentencia de fecha 9 de marzo de 2018, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente:

"Que desestimando la demanda formulada por la Procuradora D^a Jorgelina Díaz Camino, en nombre y representación de D. Melchor contra D^a Carmen, en la que ha sido parte el Ministerio Fiscal, debo absolver y absuelvo a la demandada de las pretensiones contra ella formuladas en la demanda, con expresa imposición al demandante de las costas causadas en la sustanciación de este procedimiento."

SEGUNDO.- Notificada la anterior Sentencia a las partes, por la representación de D. Melchor 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 17 de julio del año en curso.

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

Vistos siendo Ponente el **Ilmo. Sr. Magistrado D. RAFAEL MARTÍN DEL PESO GARCÍA.**

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En el recurso de apelación interpuesto se alza el apelante frente a la caducidad declarada por la sentencia de instancia que parte del hecho de que se halla caducada la acción ya que los comentarios fueron publicados en el año 2009 y 2012 sin que el accionante ejercitase entonces su derecho, tesis que impugna la parte actora.

SEGUNDO.- El recurso se estima. Si bien la jurisprudencia, tratándose de actos que resultan lesivos para el honor o la propia imagen del demandante que resultan de la publicación de artículos en un medio de comunicación viene a fijar el transcurso del plazo de caducidad desde la fecha de la publicación de la noticia, así lo dice por ejemplo, la sentencia del TS de 17 de julio de 2008 o la de 27 de noviembre de 2015, declarando la primera que: *".... La posibilidad de ejercitar la acción, que es lo que dice el artículo 9.5 de la Ley Orgánica 1/1982, la tuvo el recurrente desde el momento en que se publicó la noticia (13 de abril de 1^o90), equiparándose esta publicación con la fecha de su conocimiento y de su posibilidad de ejercitarla, sin que hubiera efectuado el recurrente en sede de apelación alegación alguna tendente a demostrar que tuvo conocimiento del reportaje con fecha posterior a la de su publicación..."* dicha resolución al propio tiempo advierte no obstante, a cerca de la flexibilidad con la que ha de contarse el inicio del ejercicio del cómputo en función de las peculiares circunstancias de cada supuesto, al definir que: *"...el artículo 9.5 de la Ley Orgánica 1/1982 de 5 de mayo, de protección civil de derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, establece que las acciones de protección frente a las intromisiones ilegítimas a dichos valores constitucionales caducarán transcurridos cuatro años desde que el legitimado pudo ejercitarlas. La doctrina jurisprudencial no asume una respuesta concluyente en este particular, sino que procura facilitarla en cada supuesto concreto. Así, en sentencias de esta Sala de fecha 28 de mayo de 1990 se entendió que, respecto al tiempo inicial del cómputo, coincidían el momento en que lo supo el agraviado y el instante en que éste pudo ejercitar la acción; y que dicho día fue aquel en que la demandante tuvo conocimiento de los escritos forenses donde se conocieron las injurias reputadas como ofensivas. En la sentencia de 9 de julio de 2004, relativa a la utilización de un título nobiliario como nombre comercial de un hotel, se dice que «mientras no deje de utilizar dicho nombre la intromisión ilegítima sigue perpetrándose, por lo que no empezaría a contar el plazo de caducidad». De ahí que por ejemplo, para que dé comienzo la caducidad de la acción frente a intromisiones derivadas de la inscripción en el registro de morosos, se cuente el plazo, según la más moderna jurisprudencia, desde el cese la inclusión en el fichero como moroso del demandante, sentencia TS 16 de julio 2015 entre otras.*

TERCERO.- En el caso enjuiciado nos remitimos para definir y también para evaluar la infracción, a lo declarado en la sentencia de esta sala de 10 de mayo de 2017 que precisamente solventó una demanda dirigida por el hoy actor contra su ex mujer, madre de la demandada, por continuar publicando fotografías suyas en las redes sociales tras la ruptura de la pareja, datos que fueron, -a diferencia del asunto hoy debatido-, retirados con anterioridad a la demanda, hecho que ha de tenerse en cuenta a la hora de fijar la indemnización en el asunto enjuiciado. También ahí se aducía el consentimiento prestado en su momento para la difusión de esos datos, pero dijimos entonces y hoy reiteramos que debe reconocerse el **derecho al olvido** y a borrar de las redes sociales, tras una ruptura sentimental, todas aquellas imágenes y publicaciones difundidas por su pareja y su entorno familiar que lo fueron durante el periodo de convivencia, de modo que el consentimiento inicial a su



publicidad no excluye el derecho a que una de las partes revoque dicho consentimiento tras la ruptura de modo que, sin impedir, claro está, que el otro conserve fotografías y demás documentación obtenida mutuamente durante el periodo de convivencia y los siga exhibiendo en el ámbito estrictamente doméstico y familiar-, sí puede vedar el afectado (y goza de interés legítimo para hacerlo) la exhibición pública de dichas imágenes en redes sociales para impedir que continúe siendo vinculado a su antigua pareja y su entorno (como ocurre con la demandada), evitando la visión de dicho contenido por terceros y posibles comentarios asociados a tales publicaciones que cabe la posibilidad de que sean peyorativos si provienen, tras el cese de la convivencia, de amigos o familiares de una de las partes en conflicto y desde que requiere a la contraparte para que elimine lo publicado, nos hallamos ante una actuación incontestada que legitima el ejercicio de esta acción, de modo que como quiera que 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) y según dijimos en la sentencia de 10 de mayo citada: *"...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,"* de modo que es el requerimiento en todo caso y en el supuesto más desfavorable para la parte actora (ya que no se ha producido siquiera el cese de la publicidad de las imágenes), el que podría dar inicio al plazo citado, que por tanto no ha transcurrido puesto que el requerimiento fue efectuado en junio de 2017, por lo que la acción no se halla caducada y debe acogerse el recurso sobre este óbice al análisis de fondo del escrito.

CUARTO.- Sentado lo anterior, la difusión de fotografías en Facebook con imágenes distorsionadas del demandado, el uso por la demandada en las redes (twitter) de un apellido tan significativo (por ser de origen foráneo) como el del actor (Melchor) contra la prohibición expresa de éste y por mas que dicho apellido puedan compartirlo otros usuarios y los comentarios que se refieren al actor y realizados por la demandada en twitter cuya retirada se solicita, a la que tiene derecho según lo expuesto, constituyen desde que inequívocamente el demandante niega su consentimiento a que continúe la difusión, una intromisión en el derecho a la propia imagen en la forma que venimos declarando, que obliga a estimar la demanda incluyendo la obligación de retirada de las fotografías y comentarios (punto 2 del suplico) dado que al tiempo de contestar (principio de la perpetuatio, artículo 11 Ley de Enjuiciamiento Civil) se admite que no se ha llevado a efecto. Respecto a la indemnización, en primer lugar hemos de decir que si en el caso anterior, sin conceder una indemnización simbólica proscrita en esta clase de juicio, se otorgó la cantidad de 600 euros puesto que las imágenes fueron retiradas con prontitud. En el ahora enjuiciado, la parte demandada con patente menosprecio del derecho del demandante, se niega en un primer momento y al ser requerida para ello, a la retirada de las imágenes y comentarios que atañen al demandante y al contestar admite que no las ha retirado dando argumentos (caducidad de las cuentas, desconocimiento de las claves etc.) que no ha probado ni merman su obligación de llevar a cabo las actuaciones pertinentes para eliminar de las redes sociales los contenidos no autorizados, lo que obliga a elevar la indemnización por la mayor gravedad de la infracción desde el requerimiento y el superior tiempo de difusión, a la cifra de 1.000 euros. (Art. 9.3 L.O.1/82)

QUINTO.- No se hace declaración sobre costas de ambas instancias (artículo 394 y 398).

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

FALLO

ESTIMAR el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de D. Melchor contra la Sentencia de 9 de marzo de 2018 dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 2 de Gijón en autos de Procedimiento Ordinario Derecho al Honor núm. 791/2017 y, en su virtud, revocar la apelada y estimar en parte la demanda, declarando la existencia de intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen por el uso no consentido de sus imágenes y apellido en las redes sociales y la divulgación de comentarios alusivos al actor sin su consentimiento.

Condenando a la demandada a retirar en el plazo de CINCO DIAS desde la notificación de la sentencia todas las fotografías del demandante que aparecen en Factbook, comentarios, referencias de resultados en motores de búsqueda, de las redes sociales, blogs, o cualquier otra plataforma de Internet en la que haya participado la demandada, haciendo alusión al demandante en cualquier ámbito.

Se condena a la demandada a abonar como indemnización la cantidad de MIL EUROS (1000 euros) al demandante, todo ello sin declaración sobre costas



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

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ