



Poder Judicial de la Nación

CAMARA CIVIL - SALA E

3.012-15.- “E. R. S. B. C/ SANATORIO OTAMENDI Y MIROLI S.A. S/ DAÑOS Y PERJUICIOS” (49).-

// nos Aires, Capital de la República Argentina, a los diecinueve

días del mes de octubre de dos mil diecisiete, reunidos en Acuerdo los Señores Jueces de la Excm. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala “E”, para conocer en el recurso interpuesto en los autos caratulados: “E. R. S. B. C/ SANATORIO OTAMENDI Y MIROLI S.A. S/ DAÑOS Y PERJUICIOS”, respecto de la sentencia corriente a fs. 217, el Tribunal estableció la siguiente cuestión a resolver:

¿Es arreglada a derecho la sentencia apelada?

Practicado el sorteo resultó que la votación debía efectuarse en el siguiente orden: Señores Jueces de Cámara Doctores CALATAYUD. RACIMO. DUPUIS.

El Señor Juez de Cámara Doctor CALATAYUD dijo:

1.- En la sentencia de fs. 217/28, el señor juez de primera instancia, tras desechar los diversos testimonios prestados en autos por advertir contradicciones en las declaraciones, tuvo por debidamente demostrado que la demandada no había logrado acreditar -como era su deber- que la actora hubiese prestado conformidad con la obtención de sus imágenes fotográficas que fueron divulgadas en los folletos y la página web empleados por el sanatorio para promocionar el servicio de diagnóstico por imágenes que la empresa M. prestaba como tercerizada para la demandada. En consecuencia y en virtud de lo dispuesto por el art. 31 de la ley 11.723, aun considerando que la demandante se hubiese prestado voluntariamente a ser fotografiada, ello no autorizaba a su contraria a difundir su imagen como se lo hiciera, motivo por el cual la condenó a abonarle en concepto de daño moral la suma de \$ 30.000, desechando a la vez el reclamo por daño material por considerar que no se encontraba debidamente probado el perjuicio. Asimismo, derivó para la etapa de ejecución de sentencia los gastos que se dijeron insumidos en la confección de las actas notariales adjuntadas y condenó al pago de intereses a la tasa activa del Banco de la Nación Argentina a devengarse a partir del 1/7/14, fecha en que se labró la primera de aquellas y las costas del juicio.

Contra dicha decisión se alzan ambas partes. Mientras la actora se agravia por el rechazo del rubro daño material, por el comienzo del curso de los intereses y por estimar reducido el daño moral (ver escrito de fs. 241/47), su contraria lo hace por



entender que de la prueba aportada surgía el consentimiento de E. R. para la obtención de su imagen y su difusión, en tanto que, por otra parte, sostiene que se da la excepción de la norma legal antes citada dado que la publicación tuvo relación con hechos de interés público, por lo que requiere la revocatoria del fallo (ver presentación de fs. 249/53).

2.- Considero ilustrativo efectuar ciertas reflexiones antes de entrar en la consideración de los agravios formulados sobre el fondo de la cuestión. Como dijera al votar en primer término en los autos caratulados: “Seballos Daniel Alberto y otro c/ Editorial Atlántida S.A. s/ daños y perjuicios”, causa 392.096 del 25-3-04-, la norma del art. 31 de la ley de propiedad intelectual sienta el principio de que el retrato fotográfico de una persona no puede ser puesto en el comercio sin el consentimiento de la persona misma, aun cuando más adelante señala que la publicación es libre cuando el retrato se relaciona “...con fines científicos, didácticos y en general culturales o con hechos o acontecimientos de interés público o que se hubieran desarrollado en público”.

Puntalicé en dicha oportunidad -tal como lo hiciera al votar en primer término en la causa caratulada “Carrizo José Oscar c/ Editorial Atlántida S.A. s/ daños y perjuicios”, publicada en J.A. 1988-II, 167-, que se ha definido el derecho a la imagen como la facultad que tiene toda persona de impedir que se reproduzca su propia imagen por cualquier medio que sea, por personas o medios a quienes no haya otorgado autorización expresa o tácita a dicho efecto (conf. Carbonnier, *Derecho Civil*, t. I nº 70 pág. 313, citado por Rivera, *Derecho a la intimidad*, en L.L. 1980-D, 916).

Cabe señalar -dije en aquella ocasión-, que el derecho a la imagen no se identifica con otros derechos personalísimos, tales como el honor o la intimidad, ya que aquél puede verse lesionado sin que sean afectados estos últimos -tal el caso de la modelo que ha autorizado la toma de su fotografía, pero no su utilización para publicitar un producto determinado- (conf. Kemelmajer de Carlucci en Belluscio, *Código Civil y leyes complementarias comentado, anotado y concordado*, t. 5 pág. 81 y sus citas; Cifuentes, *Los derechos personalísimos*, pág. 315 y ss. y *El derecho a la imagen*, en E.D. 40-670; Zavala de González, *Resarcimiento de daños*, t. 2d, *Daños a las personas [Integridad espiritual y social]*, págs. 171/73 nº 59; CNCiv. Sala “C”, causa 41.999 del 2-5-89 y sus citas).

Vale decir que, aunque no cause ningún gravamen a la privacidad, honor o reputación del afectado, la simple exhibición no consentida de la imagen afecta el





Poder Judicial de la Nación

CAMARA CIVIL - SALA E

derecho que se intenta proteger por medio de la norma legal en examen y genera, por si sola, un daño moral representado por el disgusto de ver avasallada la propia personalidad (conf. CNCiv. Sala “C” en E.D. 99-713; Sala “D” en L.L. 1994-D, 147, con nota de Villalba, *La investigación científica y el respeto a la personalidad*). Ello sin perjuicio de que, en ciertos casos, la obtención o la difusión de la imagen, sin conformidad del interesado, pueda importar al mismo tiempo una ofensa a su honor o intimidad (conf. Zavala de González, *op. y loc. cits.*; Kemelmajer de Carlucci en Belluscio, *op. y loc. cits.*).

3.- Establecidos estos principios, pretende sostener la demandada que el magistrado se ha equivocado al valorar la prueba testimonial dado que entiende no existe la contradicción que señalara en su sentencia. Así, afirma que las cuatro personas que su parte ofreciera para demostrar sus asertos demuestran que efectivamente la actora prestó conformidad no sólo con la toma de las fotografías sino también con su publicación en la página web y en los folletos. No obstante, discrepo con el análisis que efectúa, por cuanto la Dra. E. I. D., que es la Directora de la empresa que provee el servicio al sanatorio, si bien refiere que E. R. “estaba encantada. Me consta porque festejaron después de las fotografías y todos querían ver como habían quedado, como verán en la foto está sonriente, se nota que está contenta no está obligada” (a la 7ª), cuando responde a las repreguntas y requerida para que explique cómo fue el mecanismo para la toma de las fotografías, textualmente dice: “no estaba en el país”. Es decir, si no estaba en el lugar donde se obtuvieron las instantáneas, es lógico inferir que conoce el tema porque se lo contó un tercero, por lo que su testimonio sobre el punto debe ser, sin duda, descartado como elemento hábil de convicción (arts. 386 y 456 del Código Procesal).

A igual conclusión cabe llegar con relación a lo manifestado por M. M. G. (fs. 191/92), que fuera el fotógrafo encargado de obtener las instantáneas, quien no obstante que asevera conocer a la actora únicamente por haberla visto una sola vez al momento de la toma y que no cruzó palabra con ella (a las generales de la ley), a continuación refiere, al preguntársele si sabe quiénes aparecen en el folleto, “No reconozco a nadie, recuerdo las caras o el momento de la toma pero no reconozco en particular a nadie” (a la 1ª repregunta). Si se tiene en cuenta que la sesión fue coordinada por otra persona -V. S.-, cabe preguntarse cómo podía saber si alguien se había opuesto o estaba disconforme con el procedimiento, tal como bien lo apunta el apoderado de la demandante cuando impugnó su testimonio (ver fs. 193/94).



Es verdad que N. G. (fs. 150/51), empleada administrativa (repcionista) del sanatorio demandado y que participó en la sesión fotográfica como si fuera una paciente, refiere que la citada V. S. la consultó previamente y ella respondió que le parecía buena idea. “Y no escuché de nadie que haya tenido problemas con la toma de fotografías” (8ª). Empero, ello no permite inferir que alguien los haya manifestado, máxime cuando al responder por las generales de la ley afirmó no conocer a la actora.

Tales declaraciones resultan insuficientes, a mi juicio, para tener por probado que E. R. haya prestado su conformidad para ser fotografiada y, menos aún, que consintiera la difusión de su imagen en la forma como se lo hiciera. Es que, si bien es cierto que el consentimiento puede ser tácito, en esta hipótesis la doctrina ha señalado que se lo puede invocar en tanto se logre acreditar debidamente que aquél fue efectivamente prestado (ver Emery en Belluscio, *op. cit.*, t. 8 pág. 394 letra a, con cita de Zannoni-Bíscaro, *Responsabilidad de los medios de prensa*, p. 115 y de Carlos A. Villalba y Delia Lipsyc, *op. y loc. cits.*, p. 815). Y no, como parece pretender la demandada, a través de presunciones que no están basadas en hechos reales y probados fehacientemente por declaraciones testimoniales que no dejen lugar a dudas acerca de la veracidad de lo que refieren, máxime ante la carencia total de instrumentos que revelen aquella conducta permisiva.

Y más grave aún resulta en el caso *sub exámine* donde pese a que ya la demandante había dejado de trabajar para el Sanatorio Otamendi y Mirolli (ver acta de fs. 20/1) y estaba en conocimiento de la falta de consentimiento de aquélla, persistió en su conducta toda vez que, según acta notarial de comprobación n° 41, quedó comprobado que al menos el 27/4/15 seguía publicando la imagen de ella en la página web (ver fs. 67/71).

Desde otra perspectiva, con la expresión “hechos o acontecimientos de interés público” la norma del art. 31 de la ley 11.723 alude a supuestos en que, como consecuencia de la captación de un hecho público (desfile, manifestación, cortejo fúnebre, acto político-cultural u otros similares), se obtienen y difunden las imágenes de los participantes en dichos acontecimientos, siendo necesario para que resulte operativa la excepción que de la fotografía surja evidente que el objetivo principal fue cubrir el referido acontecimiento, no la utilización del retrato o la identificación de una persona, que es extraña al interés público (ver Emery en Belluscio, *op. y loc. cits.*, pág. 397 letra c, con cita de Zannoni-Bíscaro, *op. cit.*, pág. 119 y fallos allí mencionados). No es éste, sin duda, el caso de autos donde la utilización que se hizo de la imagen lo





Poder Judicial de la Nación

CAMARA CIVIL - SALA E

fue con fines comerciales, publicitando un servicio prestado por el sanatorio demandado.

4.- El primer agravio de la actora está referido al rechazo del “daño material/canon locativo por la utilización de la imagen que, según sostiene, ha quedado probado a través de la difusión de su imagen en la página web y los folletos, pues existe una relación directa con la publicación ilícita para fines publicitarios, citando para respaldar su pretensión un fallo de esta Sala, *in re*: “Salem Nicolás c/ Nomar Textil S.A. s/ daños y perjuicios (causa 593.073 del 20/4/12). En dicho precedente quedó claro, a través del voto del apreciado colega preopinante, Dr. Juan Carlos Dupuis, que se trató de un caso de utilización de la imagen luego de vencido el plazo contractual pactado de una persona que trabajaba como modelo profesional. Es decir, al tratarse de un modelo publicitario debe presumirse el lucro de su actividad y, por tanto, el rubro debe ser admitido, toda vez se ha visto privado de las ganancias esperadas mientras que quien se vio beneficiado con la difusión se habría enriquecido a sus expensas.

Empero, en el supuesto de autos, no se está frente a un trabajador que lucra con su imagen, sino de un particular cuya fotografía fue empleada para publicitar un servicio prestado por la demandada, pero que la instantánea no fue el objetivo principal, sino como un accesorio de la aparatología por imágenes que pretendía divulgar, siendo que no es de la profesión de E. R. valerse de su figura. Por tanto, ha hecho bien el magistrado en desestimar el reclamo.

5.- En lo que concierne al reclamo del daño moral, el perjuicio fluye naturalmente por la invasión al derecho de toda persona de decidir libremente el destino y la utilización de la propia imagen (ver cita que efectúa Cifuentes de un fallo de 1ª instancia del juez Carneiro, *Los derechos personalísimos*, pág. 336). Es decir, más allá de que -como dijera anteriormente- aunque no cause ningún gravamen a la privacidad, honor o reputación del afectado, la simple exhibición no consentida de la imagen afecta -en la especie- el derecho que se intenta proteger por medio de la norma legal en examen y genera, por si sola, un daño moral representado por el disgusto de ver avasallada la propia personalidad.

Por otra parte, la Sala ha sostenido que, estando en presencia de un supuesto de responsabilidad extracontractual -como lo es el caso de autos-, no cabe requerir la prueba específica de su existencia, debiendo tenérselo por configurado por el solo hecho de la acción antijurídica (conf. Orgaz, *El daño resarcible [Actos ilícitos]*,



3a. ed., pág. 216 n° 66; CNCiv. Sala “A” en E.D. 67-353; Sala “D” en E.D. 75-306; Sala “F” en E.D. 92-365; esta Sala, causas 285.983 del 9-5-83, 5.219 del 3-5-84 y 90.799 del 17-6-91).

Ello establecido, sabido es que se entiende por daño moral cualquier lesión a los sentimientos o afecciones legítimas de una persona, o cuando se le ocasionan perjuicios que se traducen en padecimientos físicos o, en fin, cuando de una manera u otra se han perturbado la tranquilidad y el ritmo normal de vida del damnificado (conf. CNCiv. Sala “D” en E.D. 61-779; íd., en E.D. 69-377; Sala “F” en E.D. 42-311; íd., en E.D. 53-350; Sala “G” en E.D. 100-300; esta Sala, causas 502 del 26-12-83 y 66.984 del 30-5-90).

Para fijar su cuantía, diversos precedentes han señalado que deben ponderarse diversos factores, entre los que merecen ser citados, a modo de ejemplo, la gravedad de la culpa del autor del hecho, la existencia y cuantía de los perjuicios materiales, las condiciones personales de aquél y las de la víctima, etc., factores todos que quedan librados al prudente arbitrio judicial (conf. CNCiv. Sala “B” en E.D. 57-455; Sala “D” en E.D. 43-740; esta Sala, causas 19.073 del 13-3-86 y 124.140 del 16-11-94).

Así las cosas, habida cuenta la difusión de las fotografías alcanzada a través de los medios utilizados por la demandada y el objetivo buscado, las condiciones personales de la demandante y su condición socio-económica (ver constancias del incidente sobre beneficio de litigar sin gastos) y demás particularidades de la causa, propicio confirmar este aspecto de la sentencia por considerar equitativa y adecuada la suma fijada por el magistrado de la anterior instancia.

6.- Resta examinar la queja relativa al comienzo del curso de los intereses, por cuanto -contrariamente a lo que entiende- no le fue rechazado el reclamo por la erogación en que incurriera para levantar las actas notariales aludidas, sino que se difirió su consideración para la etapa de ejecución de sentencia al tratarse de un gasto causídico (ver considerando VI n° 3), de manera que además de que no existe agravio que atender en esta instancia, tal conclusión es la que coincide con el criterio de la Sala en supuestos análogos (ver mis votos en causas 149.007 del 4-8-94 y 311.944 del 23-4-01).

El señor juez fijó el inicio del cómputo de los réditos a partir de la fecha de la primera acta notarial, el 1/7/14 (ver fs. 7), data en que se pudo comprobar la utilización del material fotográfico. Estando en presencia de un supuesto de





Poder Judicial de la Nación

CAMARA CIVIL - SALA E

responsabilidad extracontractual conforme lo ha decidido reiteradamente el Tribunal los intereses se devengan desde el momento mismo en que se produjo cada perjuicio objeto de reparación (conf. CNCiv. en pleno en L.L. 93-667), puesto que la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados se adeuda desde el día en que el hecho ilícito o sus consecuencias dañosas se produjeron, ya que el responsable incurre en mora, a todos los efectos legales, desde el momento mismo de la comisión del hecho (conf. CNCiv. Sala "C", voto del Dr. Belluscio, en E.D. 57-505 y sus citas: Colmo, *Obligaciones*, n° 94; Lafaille, *Tratado de las obligaciones*, n° 163; Salvat y Galli, *Obligaciones en general*, t. I n° 106; Busso, *Código Civil Anotado*, t. III art. 509 n° 127; Rezzónico, *Estudio de las obligaciones*, t. I pág. 137 n° 7; Cazeaux y Trigo Represas, *Derecho de las obligaciones*, t. 1 pág. 161).

Ello es así, por cuanto si el capital se debe desde la fecha del evento dañoso y la obligación de indemnizar también cubre los accesorios -como lo son los intereses-, no se advierte razón para que éstos no se devenguen o se devenguen desde la sentencia, cuando su finalidad es compensar el tiempo en que el acreedor se vio privado de disponer del capital a que tuvo derecho desde la producción del ilícito (conf. CNCiv. esta Sala, voto del Dr. Dupuis, en causa 162.891 del 20-2-95 y mi voto en causa 164.231 del 21-3-95).

Ahora bien, tanto los testigos de la actora como los ofrecidos por la demandada ubican la utilización en el año 2011, aun cuando ninguno de ellos ha precisado una fecha concreta y tampoco existen otros elementos objetivos que acrediten cuándo se inició la utilización ilegítima, de manera que propongo fijarla en una época intermedia para que se devenguen desde el 1° de julio del referido año 2011.

7.- En definitiva, voto para que se modifique la sentencia de fs. 217/28 únicamente en cuando al cómputo de los intereses de la manera recién propiciada, confirmándose en lo demás que decide y fue materia de agravio expreso, con costas de alzada a la demandada, parte sustancialmente vencida (art. 68 del Código Procesal).

Los Señores Jueces de Cámara Doctores Racimo y Dupuis por análogas razones a las expuestas por el Dr. Calatayud, votaron en el mismo sentido. Con lo que terminó el acto. FERNANDO M. RACIMO. MARIO P. CALATAYUD. JUAN CARLOS G. DUPUIS.

Este Acuerdo obra en las páginas N° 1183 a N° 1186 del Libro de Acuerdos de la Sala "E" de la Excma. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil.



Buenos Aires, octubre diecinueve

de 2017.-

Y VISTOS:

En atención a lo que resulta de la votación de que instruye el acuerdo que antecede, se modifica la sentencia de fs. 217/28 únicamente en lo que atañe al comienzo del cómputo de los intereses, que será el 1/7/11, confirmándose en lo demás que decide y fue materia de agravio expreso, con costas de alzada a la demandada. Difiérase la regulación de los honorarios de los profesionales intervinientes para la oportunidad correspondiente. Not. y dev.-

