

Datos del Expediente

Carátula: OLIVERA NATALIA ELIZABETH Y OTRO/A C/ INGENIO Y REFINERIA SAN MARTIN DEL TABACAL S.R.L. S/DAÑOS Y PERJ. DEL./CUAS. (EXC.U

Fecha inicio: 21/12/2018 **N° de Receptoría:** MP - 37140 - 2013 **N° de Expediente:** 167176

Estado: A Despacho

REFERENCIAS

Resolución - Folio 749

Resolución - Nro. de Registro 182

Sentido de la Sentencia Revoca

17/07/2019 - SENTENCIA DEFINITIVA

Texto del Proveído

----- Para copiar y pegar el texto seleccione desde aquí (sin incluir esta línea) -----

REGISTRO N° 182.S FOLIO N° 749

Sala Primera de la Excma. Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial Mar del Plata

Expte. N° 167176.-

Autos: "OLIVERA NATALIA ELIZABETH Y OTRO/A C/ INGENIO Y REFINERIA SAN MARTIN DEL TABACAL S.R.L. S/DAÑOS Y PERJ. DEL./CUAS. (EXC.USO AUT. Y ESTADO)".-

En la ciudad de Mar del Plata, a los 17 días de Julio de 2019, habiéndose practicado oportunamente en esta Sala Primera de la Cámara de Apelación Civil y Comercial el sorteo prescripto por el artículo 263 del Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia, del cual resultó el siguiente orden de votación: **1º) Dr. Ramiro Rosales Cuello** y **2º) Dr. Alfredo Eduardo Méndez**, se reúnen los Señores Magistrados en acuerdo ordinario a los efectos de dictar sentencia en los autos **"OLIVERA NATALIA ELIZABETH Y OTRO/A C/ INGENIO Y REFINERIA SAN MARTIN DEL TABACAL S.R.L. S/DAÑOS Y PERJ. DEL./CUAS. (EXC.USO AUT. Y ESTADO)".**

Instruidos los miembros del Tribunal, surgen de autos los siguientes

A N T E C E D E N T E S :

A fojas 499/512 dictó sentencia definitiva el Sr. Juez de primera instancia. A través de ésta hizo lugar a la demanda por indemnización de daños y perjuicios promovida por Natalia Elizabeth Olivera y José Marcelo Acosta contra Ingenio y Refinería San Martín del Tabacal S.R.L. y, en consecuencia, condenó a esta última a abonar a los primeros la suma de \$ 120.000 -50 % a cada uno-, con más sus intereses, en el plazo de diez (10) días de quedar consentida o ejecutoriada la presente, y bajo apercibimiento de ejecución.

Dicha sentencia viene a conocimiento de esta Alzada con motivo de sendos recursos de apelación deducidos y fundados por las partes demandada (fs. 518 y e.e. 25/03/2019, 10:00:48, a.m.) y por la parte

actora (fs. 514 y 527/531), los cuales merecieron recíproca contestación (e.e. 09/04/2019, 09:58:40 a.m. y 09/04/2019, 11:17:30 a.m.).-

A fojas 534 se llamaron AUTOS PARA SENTENCIA.-

En base a ello, los Señores Jueces resolvieron plantear y votar las siguientes

C U E S T I O N E S :

1ª ¿Ha cumplido el apelante de fojas 514 con la carga que impone el artículo 260 del Código Procesal Civil y Comercial?

2ª ¿Es justa la sentencia de fojas 499/512?

3ª ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A LA PRIMERA CUESTIÓN PLANTEADA EL SEÑOR JUEZ DR. RAMIRO ROSALES CUELLO DIJO:

Al solicitar la deserción, el demandado incurre en la misma abstracción y generalidad que achaca a la fundamentación del recurso, circunstancia que me impide conocer y analizar el vicio concreto en que apoya su petición.

Sin perjuicio de ello, y siendo atribución del Tribunal analizar de oficio el contenido de los memoriales de los recursos de apelación, advierto que éste contiene alguna crítica a los razonamientos que dan pábulo a la sentencia, señalando el error incurrido y por qué debe considerárselo tal (art. 260 y 261 del CPCC).

El subsiguiente tratamiento del recurso y su desarrollo consecuente, dan cuenta del cumplimiento de la considerada carga procesal.

Por lo brevemente expuesto, a la primera cuestión **VOTO POR LA AFIRMATIVA.**

EL SEÑOR JUEZ DR. ALFREDO EDUARDO MÉNDEZ VOTÓ EN IGUAL SENTIDO Y POR LOS MISMOS FUNDAMENTOS.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN PLANTEADA EL SEÑOR JUEZ DR. RAMIRO ROSALES CUELLO DIJO:

Recurso de la parte demandada.

a. Conducta antijurídica.-

El señor Juez de Primera Instancia consideró procedente la indemnización por entender que la fotografía del menor se obtuvo y publicó en la página de la demandada sin el consentimiento de sus padres.

El apoderado critica la conclusión reseñada en párrafo anterior. Señala para ello que la sentencia no ingresa en el análisis de las excepciones al requisito exigido habida cuenta de que el desarrollado se trató de

un evento artístico y recreativo, que la fotografía de Joaquín se exhibió en forma despersonalizada junto a otras doscientas tomas similares, y que no se lucró con su imagen.

El gravamen procede.

Como bien lo pone de resalto el señor Juez de primera instancia, la imagen como manifestación externa de la identidad personal ha sido asimilada en su regulación con la propiedad de patentes, marcas y principalmente, con los derechos de autor. Con ese criterio, el artículo 31 de la ley 11.723 consagra un principio de disponibilidad exclusiva que impide no sólo el aprovechamiento económico de la imagen de una persona determinada, sino también su apropiación mediante captaciones, en tanto y en cuanto no existiere autorización de su titular.

Las excepciones al requisito del consentimiento se identifican con aquellos supuestos en que la publicación del retrato se relaciona con fines científicos, didácticos y en general culturales, o con hechos o acontecimientos de interés público o que se hubieren desarrollado en público, poniendo de manifiesto la evidente tensión existente entre el derecho a la imagen de carácter individual y el interés general o comunitario subyacente tanto en la divulgación y fomento de actividades de esa índole, como en el derecho a la información de asuntos públicos.

Para determinar cuándo se está en presencia de alguna de las situaciones de excepción mencionadas en párrafo precedente, se han destacado valiosos aspectos a considerar que apreciados con los criterios correctos reportan utilidad a ese propósito. Se inscriben en esa nómina el ya mencionado fin para el que la imagen ha sido utilizada -contemplado expresamente en la ley-, la delimitación precisa del bien jurídico protegido y la necesaria identificación con el objeto utilizado, como así también la entidad del daño causado.

La plataforma fáctica en torno a la cual se ha suscitado el conflicto trata sobre la captación de tomas fotográficas que fueron obtenidas durante un evento financiado por la firma demandada consistente en la recreación y entretenimiento con el fin de promocionar sus productos, y sobre la posterior publicación de esas fotografías de libre acceso en la página de internet que posee la sociedad. La parte actora postula la necesidad de consentimiento para ese proceder, y la parte demandada entiende que el supuesto cae en el ámbito de alguno de aquellos en que la ley no exige ese requisito.

La parte actora niega la documental, y/o la falsedad ideológica y material de la misma. Pero el hecho controvertido derivado de esa confusa negación de la veracidad de la secuencia fotográfica acompañada por la parte demandada, debe ser resuelto en favor de esta última (sic, fs. 147). El presente no consiste en un supuesto de acceso unilateral a los medios relevantes de información: fue la accionante quien intimó el cese de las publicaciones ahora dubitadas sin tomar las precauciones para preservar la prueba de su versión, y la demandada adjuntó un soporte digital de una serie de tomas realizadas durante el evento (fs. 23, 295; Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, Comentado y Concordado, López Mesa, Marcelo – director, La Ley, Bs As. 2012, págs.. 952/955 – a contrario-).

El escenario probatorio surgido de la voluntad colaboracionista que se sigue de la reseñada actitud de la accionada sitúa a la demandante en la necesidad de probar su afirmación de falsedad, habida cuenta el tinte trashumante que es dable reconocer al *onus probandi* con motivo de los cambios probatorios y las

consecuentes presunciones *hominis* que se vayan suscitando a lo largo del proceso. Máxime cuando de otros elementos colectados se desprende que la fotografía del menor fue publicada junto a otras tantas (fs. 220, rpta. pgta. 4º, fs. 223 – test. pte. actora- , rpta. pos. décima – confes. actora-, fs. 350, rpta, preg. 5º; Peyrano, Jorge W , “Nuevos rumbos de la doctrina de las cargas probatorias dinámicas: las cargas probatorias sobrevenientes”, Por. - El Derecho 182-1588).

Si bien la demandada reconoce carecer de la autorización escrita de los progenitores de Joaquín para fotografiarlo, las demás circunstancias en que las imágenes fueron obtenidas en consonancia con el comportamiento posterior de estos últimos, me persuade de que esa conformidad se percibe de forma inequívoca (Márquez, José Fernando y Calderón, Maximiliano R., “El derecho a la imagen y su valor económico”, www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/el-derecho-a-la-imagen-y-su-valor-económico).

En efecto, el desempeño del padre como guardavidas del balneario constituye un fuerte indicio respecto del conocimiento de las distintas actividades a desarrollarse en ese ámbito espacial y de la modalidad mediante las cuales éstas se desarrollarían (fs. 224, rpta. segunda pos. ampl., y fs. 295, arg. art. 264, inc. 1º del Cod. Civ., Ley 340 aplic. en virtud arts. 1 y 7 del Cód. Civ. y Com., art. 8 incs. “a” y “f” de la Ley Prov. 14.798).

Los elementos probatorios indirectos enunciados en párrafo precedente se complementan con el texto de la intimación extrajudicial en el que se identifica a la conducta antijurídica con la publicación sin autorización, omitiéndose en esa oportunidad toda referencia a la obtención de las imágenes. Allí se resiste sólo la utilización de la imagen del niño con fines comerciales consignando que “Habiendo tomado conocimiento de la publicación en internet de la imagen de mi hijo menor de edad difundiéndola por medios masivos de comunicación...” para luego retomar expresando “...que la captación de la imagen de nuestro hijo Joaquín Ezequiel Acosta de 4 años de edad mientras jugaba en la playa se utilizó con fines publicitarios y comerciales sin nuestro consentimiento...” (fs 18 y 23).

Todo ello conforma una presunción judicial que demuestra de manera inequívoca la anuencia del padre para con la posibilidad de que su hijo fuere fotografiado en el transcurso del evento publicitario, circunscribiendo su disconformidad al uso publicitario de las tomas obtenidas (arg. art. 163 inc. 5, párr., 2do. del CPCC, CNCiv., sala E, 08/11/2005, “C., L. S. c. Revista Veintitrés Comunicación y otro”, La Ley Online).

Con lo dicho no descuido que los padres al contestar demanda manifiestan estar en desacuerdo no sólo con la divulgación sino también con la captación de la imagen de su hijo, pero las autocontradicciones en que incurre una de las partes en el conflicto habilitan al juez a tomar de las varias posiciones intercadentes la que más beneficia a su ocasional contraria (fs. 30; arg. art. 274 del Cód. Civ., Ley 340 aplic. en virtud arts. 1 y 7 del Cód. Civ. y Com; Peyrano, Jorge W. y Julio O. Chiappini, "La prueba de intercadencia", en "El proceso atípico - parte segunda", Edt. Universidad, Bs. As. 1984, p. 86).

No obstante la reconocida omisión de la autorización para la publicación de las imágenes, aún resta analizar si el evento se subsume en alguna de las excepciones en que según la ley se puede prescindir de tal recaudo (art. 31 Ley 11.723, aplic. en virtud arts. 1 y 7 del Cód. Civ. y Com.).

Sin perjuicio del indudable resultado recreativo perseguido por el balneario autorizante de la actividad y empleador del padre, la finalidad publicitaria del acontecimiento también surge incontrovertible (fs. art. 18 y 19 Ley Prov. 14798). Las inscripciones de las denominaciones de los distintos productos y de las leyendas aludiendo a sus bondades ora en las estructuras montadas a tales fines, ora en los volantes, souvenirs, e indumentaria entregados a los distintos participantes, así lo determinan (vide IMG 8347/52, 8354/56, 8364/78, 8381, 8391, 8414/9, 8320/33, entre otras, arg. art. 384, 385 y ccds. del CPCC). Corrobora esa impresión la declaración testimonial del responsable de la empresa contratada para la realización del evento quien manifiesta haber prestado servicios de marketing y publicidad, comprometiéndose y realizando acciones promocionales en el balneario Alfonsina (fs. 258, rpta. pgtas 2°, 3° y 4°).

Frente a tal realidad, la preponderante impronta cultural que por realizarse inscripciones y dibujos sobre el cuerpo de los pequeños quiere adjudicarle la parte demandada, pierde relevancia. Máxime cuando ésta fue acompañada de competencias de autos a control remoto y sesiones de yoga más cercanas a brindar entretenimiento y recreación a los asistentes a los fines de promocionar sus productos (fs. 49/52, 262 vta. rpta. pta. 2°, fs. 298, 440/441).

Sin perjuicio de la conclusión arribada en párrafo precedente, es el lugar donde se realizó el evento y el uso dado a las imágenes lo que realmente permite dimensionar que el proceder de la firma no lesionó el derecho jurídicamente tutelado en la norma al publicarlas. La inicial impresión de utilización de la imagen del menor o de resaltado de su individualidad pierde vigor e intensidad apreciada en el marco en que fue obtenida y luego publicada. El sesgo personalista de la toma se diluye a poco nos detengamos en que la imagen fue obtenida de entre los asistentes a un balneario de la ciudad y subida a internet integrando una publicación que constaba de una multiplicidad de fotografías tendientes a ilustrar lo ocurrido en uno de los eventos de recreación y entretenimiento que organiza la firma a lo largo del verano.

La acción se muestra allí con un perfil sociológico tendiente a dar a conocer de modo genérico la actividad de la demandada en el medio social mediante imágenes descriptivas del suceso realizado en playas de Mar del Plata y sus resultados, marco en el cual la individualidad del menor se dispersa despersonalizándose junto a tomas fotográficas de otros niños y de grupos de otros asistentes que también participaron del evento recreativo (fs. 220, rpta. ppta. 4°, fs. 223 – test. pte. actora- , rpta. pos. décima – confes. actora-).

Dentro del contexto reseñado caracterizado por una multiplicidad de fotos descriptivas del evento, lo principal es el hecho o la actividad desarrollada por la firma en la comunidad, desplazando a un rol accesorio, secundario o instrumental a las imágenes individuales o grupales publicadas en internet con un claro fin descriptivo de lo allí sucedido. La individualidad de Joaquín pierde así énfasis frente a un escenario general donde la publicación conjunta de fotografías denota y logra ese propósito (Zavala de González, Matilde, “Resarcimiento de daños, vol. 2 d., Daño a las personas, Integridad espiritual y social, Bs. As. 1996, p. 193/195).

La solución que propongo no desconoce la amplitud de la concepción dada al derecho a la imagen y el mayor ahínco que ésta experimenta al tratarse de menores de edad, empero ante la denuncia de su lesión resulta necesario indagar el efecto que su publicación es susceptible de producir en quién observa la fotografía, tarea en que reporta utilidad desentrañar sus objetivos y explicitar sus fines, entrañando una

apreciación en concreto que tome en cuenta la naturaleza de la actividad, el lugar donde se realiza, y el lazo que une al actor o su representante con ese suceso (CNCiv., sala K, 29/05/2006, “Gavilán Ferreira Cándido c. Artesanos Húngaros S.R.L. y otro” citado por Diegues, Jorge Alberto en “Derecho a la imagen”, La Ley 22/06/2009, 10, Zavala de González, Matilde, “Resarcimiento de daños, vol. 2 d., Daño a las personas, Integridad espiritual y social, Bs. As. 1996, p. 182”).

b. Procedencia y cuantía de los rubros.

El sentido en que propongo sea decidida la procedencia del agravio anterior torna inoficioso el pronunciamiento respecto de la procedencia y monto de los rubros, desde que frente a tal escenario su consideración emerge como una cuestión desplazada. Ello involucra el segmento pertinente del recurso de la parte actora y la totalidad del recurso de la parte demandada.

Por lo expuesto, a la segunda cuestión **VOTO POR LA NEGATIVA.**

A LA SEGUNDA CUESTIÓN PLANTEADA EL SEÑOR JUEZ DR. ALFREDO EDUARDO MÉNDEZ DIJO:

Comparto el sentido y la solución dada al caso por mi colega preopinante, sin perjuicio de lo cual me permito agregar alguna consideración que avala la decisión final a la que se ha arribado.

En un antecedente de esta misma Sala en el que llevé la voz (Expte. nro 142.141 R. 49 F. 271), tuve oportunidad de expedirme y decidir acerca del referido derecho a la imagen, partiendo del análisis de la normativa aplicable en estos supuesto, y que se refiere al art. 31 de la ley 11.723.

Allí, se decidió que la reproducción de unas fotografías con fines informativos, no requería del consentimiento de la actora reclamante; por el contrario, sí era necesario tal consentimiento para la utilización de las mismas con fines publicitarios comerciales.

En cuanto a las circunstancias en que se obtuvieron las fotografías en aquel caso, se sostuvo -citando jurisprudencia en tal sentido- que "A propósito de los eventos desarrollados en público, doctrina y jurisprudencia resultan contestes en afirmar que resulta innegable que un desfile de modas llevado a cabo en un lugar de acceso irrestricto (en autos no fue comprobado ni alegado lo contrario por la actora), persigue la atención pública. La ulterior difusión del evento a través de los distintos medios periodísticos constituye una lógica derivación de la celebración del mismo, y -asimismo- predica la consecución, al menos parcial, del objetivo tenido en miras por su promotor."(CNCom, Sala D, voto de la mayoría, 10/12/08, reg. 6017/2006).

En el subexamen, no me caben dudas de que las fotografías en las que aparece el menor, fueron publicadas como consecuencia y a los fines de dar a conocer el acontecimiento desarrollado y organizado en publico por la empresa demandada.

ASÍ LO VOTO.

A LA TERCERA CUESTIÓN PLANTEADA EL SEÑOR JUEZ DR. RAMIRO ROSALES CUELLO DIJO:

Corresponde: I.- Tener el apelante de fojas 514 por cumplido con la carga que impone el artículo 260 del Código Procesal Civil y Comercial. II.- Revocar la sentencia de fojas 499/512 en todo lo que ha sido materia de agravios, con costas a la parte actora vencida (art. 274 del CPCC). III.- Imponer las costas de esta instancia a la parte actora en su carácter de vencida (art. 68, párr. 1ro del CPCC).

ASÍ LO VOTO.

EL SEÑOR JUEZ DR. ALFREDO EDUARDO MÉNDEZ VOTÓ EN IGUAL SENTIDO Y POR LOS MISMOS FUNDAMENTOS.

Por ello, en virtud de las conclusiones obtenidas en el Acuerdo que antecede y sus fundamentos, se dicta la siguiente

S E N T E N C I A:

I.) Tiénese el apelante de fojas 514 por cumplido con la carga que impone el artículo 260 del Código Procesal Civil y Comercial. **II.)** Revócase la sentencia de fojas 499/512 en todo lo que ha sido materia de agravios, con costas a la parte actora vencida. **III.)** Impónese las costas de esta instancia a la parte actora en su carácter de vencida. **IV.)** Difiérese la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad (art. 31 decr. ley 8.904/77). **NOTIFÍQUESE personalmente o por cédula (art. 135 CPCC). DEVUÉLVASE.-**

RAMIRO ROSALES CUELLO ALFREDO EDUARDO MÉNDEZ

JOSÉ GUTIÉRREZ

- Secretario -

----- Para copiar y pegar el texto seleccione hasta aquí (sin incluir esta línea) -----

[Volver al expediente](#) [Imprimir ^](#)