

Centro Regional para el Fomento del Libro en América Latina y el Caribe © CERLALC, 2010
Selección y disposición de las materias y comentarios, Ricardo Antequera Parilli

Daño moral. Marco conceptual. Independencia del perjuicio económico.

PAÍS U ORGANIZACIÓN: Argentina

ORGANISMO: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial de la Capital Federal, Sala A

FECHA: 25-10-2007

JURISDICCIÓN: Judicial (Civil)

FUENTE: Texto del fallo en la Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones, No. 231. Ediciones Abeledo Perrot. Buenos Aires, julio/agosto de 2008, p. 119.

OTROS DATOS: Norberto C. Creta vs. Galería de Arte de Santi y Héctor L. De Santi

SUMARIO:

“Conceptualmente, debe entenderse como daño moral a toda modificación disvaliosa del espíritu en el desenvolvimiento de la capacidad de entender, querer o sentir y que se traduce en un modo de estar de la persona diferente de aquel al que se hallaba antes del hecho, como consecuencia de éste y anímicamente perjudicial ... Este instituto se aplica cuando se lesionan los sentimientos o afecciones legítimas de una persona que se traducen en un concreto perjuicio ocasionado por un evento dañoso. O dicho en otros términos, cuando se perturba de una manera u otra la tranquilidad y el ritmo normal de vida del damnificado, sea en el ámbito privado, o en el desempeño de sus actividades profesionales. Con atinado criterio, se ha expresado que el daño patrimonial afecta lo que el sujeto tiene, en cambio el daño moral lesiona lo que el sujeto es ...”.

“Esa repercusión disvaliosa, es la consecuencia de la conculcación de los bienes personalísimos, como el honor, la privacidad, el nombre, la reputación, el derecho a la libertad de acción, el derecho a la intimidad, etc. que el ordenamiento jurídico valora para crear la categoría jurídica de los daños morales”.

“Constituye un daño autónomo, cuya reparación es independiente de la existencia o no del daño material. Son rubros que merecen tratamiento diferenciado por tener naturaleza jurídica diversa ya que tutelan distintos bienes jurídicos ...”.

[...]

“...el derecho moral tiene por objeto, defender la personalidad del autor de la obra de las posibles lesiones a su capacidad o calidad creadora; es un derecho de la personalidad del creador inalienable e irrenunciable en relación a su obra. Nace como derecho subjetivo en cabeza exclusiva del autor con varios de los caracteres de los derechos de aquélla y se funda en el principio de que la personalidad humana es intangible y trata de evitar que se perjudique, en lo esencial, los intereses personales o artísticos del autor (conf. Isidro Satanowsky, «Derecho Intelectual», Ed. Tipográfica Editora

Argentina (TEA), Bs. As. 1954, t. I, p. 510, pto. b). En otros términos, designa el conjunto de facultades destinadas a la protección de la personalidad del autor de una obra de las posibles lesiones a su capacidad o calidad creadora, y está integrado, entre otros, por el derecho a exigir que se respete su paternidad intelectual y la integridad de su obra que, en Francia, se denomina «derecho de respeto»: al nombre del autor, a su calidad de tal y a su obra ...”.

“Así pues, la violación del derecho moral genera por el solo hecho de la trasgresión una reparación económica independiente de la reparación que corresponda por la lesión de los derechos económicos del autor”.

COMENTARIO: Como principio general, se define como infracción al derecho de autor la violación a un derecho reconocido al creador o a otro titular del derecho sobre una obra del ingenio protegida por la ley. A su vez, la responsabilidad civil, en el área de los derechos intelectuales, es la obligación de reparar los daños y perjuicios causados a consecuencia de una acción o inacción, que implique la infracción a uno cualquiera de los derechos reconocidos a los titulares del derecho de autor o de un derecho conexo o afín al derecho de autor. Por lo que se refiere al derecho moral, la existencia de la infracción estará condicionada a las facultades integrantes de ese derecho reconocidas en la ley donde se reclame la protección ya que, además de los derechos mínimos a que se refiere el artículo 6bis del Convenio de Berna (paternidad del autor e integridad de su obra), muchas leyes nacionales han incorporado otros, por ejemplo, el derecho de divulgación de la creación y al inédito y el derecho de arrepentimiento o de retiro de la obra del comercio. En cuanto a los derechos patrimoniales exclusivos del autor, no debe olvidarse que cualquier enumeración legislativa de las facultades que lo conforman tienen el simple carácter de un “*numerus apertus*”, vale decir, que el autor tiene el derecho exclusivo de explotar su obra en cualquier forma y bajo cualquier procedimiento, de modo que toda utilización no autorizada de la obra es ilícita, salvo que esté contemplada expresamente por la ley como una limitación al derecho patrimonial. Es sabido que, según la naturaleza del patrimonio afectado, el daño puede ser incorporal, extrapatrimonial o de afección, conocido como “*daño moral*”, o por el contrario, constituir la disminución o pérdida de una cosa material o de una ganancia o beneficio que se ha dejado de obtener, denominado como “*daño patrimonial*”, sea como “*daño emergente*” o bien a título de “*lucro cesante*”. Pero no debe confundirse el *derecho moral* del autor o del artista intérprete o ejecutante con el *daño moral* que la infracción pueda causarle. En efecto, partiendo de la tradicional clasificación del derecho común en cuanto al daño en *moral* o *patrimonial*, una infracción al “*derecho moral*”, no solamente puede generar un “*daño moral*”, sino también un “*daño patrimonial*”, de la misma manera que una violación al “*derecho de explotación*” (o derecho patrimonial) puede causar tanto daños morales como patrimoniales ya que, como señala Cifuentes comentando a Zavala de González, puede haber una extensión del daño patrimonial hacia lo afectivo, hacia los sentimientos, y a la inversa, una extensión de los sentimientos hacia lo patrimonial ¹. También Oliveira Ascensão comenta que “*los daños no patrimoniales pueden resultar tanto de la violación de los derechos morales como de la violación de los derechos patrimoniales de autor; y lo mismo puede decirse de los daños patrimoniales. No hay ninguna correspondencia unívoca entre la calificación del derecho lesionado y la calificación del daño producido. De una violación de un derecho de explotación puede resultar para el autor un grave daño moral*” ². En todo caso, como lo apuntan la jurisprudencia y la doctrina, la indemnización del daño moral procede, aun no probada la existencia de perjuicio económico. © Ricardo Antequera Parilli, 2010.

¹ CIFUENTES, Santos: *Delitos y otros ilícitos: Reparación del Daño*, en Seminario Nacional de la OMPI sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos para magistrados y funcionarios judiciales de la República Argentina. Documento OMPI/DA/JU/BUE/96/13. Buenos Aires, 1996. p.3.

² OLIVEIRA ASCENSÃO: *Direito de autor e direitos conexos*, citado por MARTÍNEZ ESPÍN, Pascual: *El daño moral contractual en la Ley de Propiedad Intelectual*. Editorial Tecnos. Madrid, 1996, p. 56.

TEXTO COMPLETO:

2ª INSTANCIA.– Buenos Aires, octubre 25 de 2007.

¿Es arreglada a derecho la sentencia apelada?

La Dra. Míguez dijo:

I. Los hechos del caso:

1) Norberto C. Creta promovió acción ordinaria contra Galería de Arte de Santi y Héctor L. De Santi, reclamando el cobro de la suma \$ 7800, con más sus respectivos intereses, presentación ésta originada en los daños y perjuicios ocasionados con motivo de la consignación para su posterior venta de la obra de arte identificada como "C.660.90" de su propiedad a fin de ser exhibida en una muestra en la Galería de Arte De Santi perteneciente al demandado Héctor L. De Santi.

Sostuvo que siendo artista plástico, con fecha 11/8/1995, dejó en consignación y depósito la obra de arte original individualizada supra, cuyas características artísticas eran del tipo conocido como acrílico sobre tela, de 1 metro por 0,86 cm.

Relató que la entrega se instrumentó mediante el documento que se acompañaba con el escrito inicial, conviniéndose que la galería abonaría al artista la suma de U\$S 5000.

Señaló que era de práctica habitual que las galerías de arte se comprometieran a abonar al artista una suma determinada neta de cada gasto, resultando beneficio para aquéllas la mayor suma que obtuviere de la venta de la obra. Agregó que debía estimarse el valor de aquélla, debiendo detrarse la ganancia o comisión –que usualmente oscilaba entre el 20% al 40% –asegurándose así al artista la suma resultante.

Indicó que, hacia finales de 1996, se comunicó con el accionado a fin de tomar

conocimiento de las propuestas recibidas de parte de los interesados, habiéndosele informado que la obra en cuestión había sido dañada y proponiéndole quedarse con ésta y abonarle el valor de la misma. Aclaró que dicha propuesta sería aceptada por su parte en tanto se efectuara el pago en forma inmediata, circunstancia que –según adujo– nunca aconteció en el caso.

Expresó que se constituyó en la galería de arte con un escribano público que constató que la obra efectivamente se encontraba dañada y que se había intentado su restauración, tal como surgía de las actas notariales arrimadas con la demanda, requiriendo, asimismo, la restitución de las restantes obras de su propiedad que también se hallaban en consignación, dejando en la galería la obra dañada.

Enunció que frente al silencio guardado por su contraria, con fecha 31/12/1996, remitió carta documento n. 7.997.840.5, intimándola a abonarle el valor de la obra, misiva que fuera contestada por el accionado negando el pago del importe reclamado. Por consiguiente, frente al fracaso de las tratativas extrajudiciales tendientes a obtener el resarcimiento reclamado, se vio obligado a iniciar la presente acción.

Hizo referencia a los rubros indemnizatorios reclamados. En relación al daño material – consistente en el valor de la obra perdida en su originalidad e integralidad–, lo estimó en la suma de U\$S 7800. Ello así, toda vez que el daño ocasionado a la obra, consistente en un corte de 8 cm. en su parte inferior, provocó que la misma perdiera toda su originalidad, resultando imposible volverla a su estado original en atención a "la naturaleza intrínseca de esta obra plástica por el énfasis de la forma y el color y la perfección en el acabado de la misma" (ver fs. 52 vta.).

Respecto del daño moral –cuya cuantificación solicitó que fuera establecida por el sentenciante en uso de las atribuciones conferidas por el art. 165 del CPCCN.– señaló que, si bien en materia contractual la procedencia del daño moral es restringida, ello

no tornaba inadmisibile su reparación en tanto se acreditara la ocurrencia de una verdadera lesión espiritual y no de simples molestias evidenciadas con motivo del incumplimiento de los contratos, agregando que el menoscabo causado producía en el artista una verdadera perturbación que excedía la mera inquietud de ánimo, afectando, en gran medida, su espíritu creador.

2) Corrido el traslado de la demanda, compareció a juicio Héctor L. De Santi –en su carácter de propietario de la Galería de Arte De Santi–, contestó demanda y reconvino a su contraria, solicitando el rechazo de la acción, con costas (ver fs, 105/15).

Tras efectuar una pormenorizada negativa de los hechos y el derecho invocados por el actor en su escrito inaugural, en particular, negó que se hubiera suscripto documento alguno con el actor y que se conviniera en el mismo que la galería se comprometía a abonar al demandante la suma de U\$S 5000. Negó que resultara de práctica habitual entre las galerías de arte y los artistas el compromiso de las primeras de abonar a los segundos una "suma neta de todo gasto", resultando el beneficio de las galerías la mayor suma que obtuviere de la venta de la obra. Desconoció que el valor de la obra identificada como C.660.90 fuera de U\$S 9000 y que del daño ocasionado derivase "un tajo de 8 cm. en la parte inferior" de la misma con la consiguiente pérdida de su originalidad. Por último, desconoció la autenticidad de la documentación acompañada con el escrito inicial.

Resaltó que durante el año 1996 y, con motivo de la realización de la muestra colectiva "Buenos Aires y sus pintores", se seleccionaron a determinados artistas plásticos entre los que se encontraba el actor. Aclaró que dicha selección no fue llevada a cabo por la galería sino por el curador de la muestra Carlos Piñero Iñiguez.

Adujo que el manejo de una exposición traía aparejado un trabajo para el galerista consistente en el traslado de las obras y su colocación dentro del salón de exposición que, normalmente, se efectuaba con el debido

cuidado. No obstante ello, resaltó que pese al cuidado y diligencia en la manipulación de las obras resultó deteriorada la obra objeto de la presente litis.

Así fue que acaecido el hecho dañoso se intentó brindar una solución conforme a los usos y costumbres de la actividad, esto es, proponiendo la restauración de la obra por personal de primera línea en el país.

Puntualizó que, luego de un intercambio epistolar y una vez labradas las actas notariales adjuntadas a la causa, procedió a notificar al actor la restauración material de la tela requiriendo la pertinente autorización para realizarla, la que fue otorgada por carta documento, encomendándose dicha tarea a un profesional de reconocida trayectoria –Mario Agatiello–. Agrega, que en dicha misiva la accionante lo intimó a pagar una suma de dinero, cuya cantidad coincidía con la que se había convenido al entregarla en consignación para el supuesto de concretarse su venta.

Afirmó que la actora pretendía de modo imperativo que adquiriera la obra por el precio que fijó discrecionalmente, en valores que no se correspondían a los valores del mercado del arte.

Señaló que la relación jurídica que vinculó a las partes con motivo de la muestra y su posterior venta para el supuesto de existir interesados, no lo autorizaban a que debiera adquirir la obra, agregando que su parte dio cumplimiento a la totalidad de las obligaciones a su cargo.

Acto seguido, reconvino por consignación de la obra que se hallaba en su poder solicitando que se indicara el lugar donde debía ser depositada. Ello por cuanto el demandante se negaba a recibirla por entender que había cesado la consignación, la que devino en una compraventa compulsiva cuyo precio debía ser abonado por la accionada. Entendió asimismo, aplicable al caso en análisis lo dispuesto por el art. 262 del CCom., en cuanto prohibía al comisionista adquirir los bienes entregados en consignación.

3) A fs. 140 el actor contestó la reconvencción incoada, sostiene que el reconviniente reconoció la existencia de la relación jurídica habida entre las partes, el daño ocasionado y éste se generó por ser un hecho que era su responsabilidad y que debía solucionarlo.

Arguyó que el sustento jurídico de la pretensión no residía en que el accionado debía forzosamente adquirir la obra, sino en que la actora, frente a su deterioro, se encontraba legalmente facultada para optar entre recibirla en el estado en que se encontraba más un plus que compensara la disminución de su valor o abandonarla en el estado en que se encuentra requiriendo del deudor el valor de la cosa íntegra.

II. La sentencia:

El juez a quo resolvió rechazar la demanda deducida por Norberto C. Cresta, haciendo lugar a la reconvencción por consignación e impuso las costas al actor dado su condición de vencido.

Para decidir de este modo, entendió que la parte demandada no cuestionó su responsabilidad por el hecho dañoso, al proceder a restaurar la obra, acuerdo con los usos y costumbres de la actividad, previa conformidad del accionante, circunstancia que está corroborada por las declaraciones testimoniales producidas en la causa, toda vez que la mayoría de los testigos coinciden en cuanto a la calidad de la restauración efectuada y que ésta no impedía la presentación en concursos de arte o la aceptación de la obra por parte de los museos.

Por su parte, argumentó que el demandante no había aportado prueba alguna tendiente a demostrar su afirmación relativa a la pérdida total de la originalidad de la obra, hecho en que sustentó su pretensión indemnizatoria, razón por la cual correspondía rechazar la indemnización reclamada en concepto de daño emergente.

En referencia al resarcimiento del daño moral, concluyó que también debía ser rechazado habida cuenta que el actor se limitó

a afirmar que el deterioro de la obra le había ocasionado una turbación de carácter espiritual, más omitió acreditar tales extremos. Agregó que tratándose de un daño derivado de un incumplimiento contractual debía apreciarse con mayor rigor su configuración; máxime si la restauración de la obra había sido idónea.

II) Los agravios:

Contra dicho pronunciamiento se alzó la actora que sustentó el recurso interpuesto con el memorial de fs. 558/561, que fue contestado los agravios en fs. 566/572.

1) En primer término, se agravia de que la sentencia apelada se aparta del derecho aplicable, toda vez que vulneraba la opción otorgada al acreedor por el art. 581 del CCiv., imponiéndole la obligación de aceptar la cosa en el estado en que se encontraba, esto es restaurada, y desestimando la indemnización conjunta que la propia norma disponía.

Señaló así, que el supuesto consentimiento de la restauración no aconteció del modo expuesto en el fallo apelado, en el sentido de que la falta de óbice a tal restauración en momento alguno implicó renuncia a la opción efectuada como tampoco a la indemnización por los daños y perjuicios reclamada.

2) Controvirtió, asimismo, la consideración efectuada por el magistrado de grado en punto a que su parte no había aportado prueba alguna tendiente a demostrar la pérdida de la originalidad de la obra. Señaló, al respecto, que no se requería ninguna prueba al respecto ya que ello surge de la experiencia, aclarando que constituía un daño *in re ipsa* que no requería mayor dilucidación puesto que surgía del propio daño.

3) Controvirtió la valoración de la prueba efectuada por el sentenciante imputándole que no ponderó los diversos elementos de juicio que acreditan la existencia y entidad del daño.

4) Criticó la decisión del magistrado a quo de rechazar el rubro daño moral con fundamento en el carácter restrictivo que debe otorgarse a los supuestos de incumplimiento contractual. Explicó que no ponderó la

afectación a uno de los valores más sensibles y apreciados por el ser humano como es el acto de la propia creación.

5) Solicitó, en subsidio, la eximición de las costas toda vez que aun en el supuesto en que no procediera la admisión de la pretensión existieron motivos plausibles para litigar.

IV. Solución propuesta:

1) Efectuada la reseña precedente, el objeto de esta controversia se centra, en definitiva, en determinar si resulta procedente la pretensión esgrimida por el accionante, fundada en los daños y perjuicios ocasionados como consecuencia del menoscabo perpetrado sobre la obra de arte de su autoría –identificada como "C.660.90"– que fue entregada al demandado en consignación para su venta; o si, por el contrario, le asiste razón al accionado en cuanto sustentó su defensa en que la obra plástica fue debidamente restaurada por personal de reconocida idoneidad profesional en el país, contando con el consentimiento brindado por su autor, por lo que corresponde hacer lugar a la demanda por consignación de cosa cierta, atento la negativa de Creta en recibirla.

No se halla controvertida en el sub examine la relación contractual que vinculara a las partes, como así tampoco, el daño producido en la obra (fs. 109 y vta. y 111).

Pues bien, analizados los distintos elementos de juicio reunidos en la causa, he de adelantar que, en mi opinión, los agravios vertidos por el apelante en su memorial poseen una entidad suficiente para brindar convicción acerca de la veracidad de los hechos invocados en el escrito de inicio, enervando así la solución alcanzada por el juez de grado en la sentencia recurrida. Ello, por cuanto no ha sido valorado en el sub lite el carácter de propiedad intelectual atribuido a las obras de arte, ni mucho menos su originalidad, que –a mi juicio– permiten definir la suerte del planteo.

Por una cuestión metodológica, cabe comenzar por determinar, el significado de estos dos conceptos, para luego pasar a

analizar los agravios esgrimidos por el apelante.

2) En tal orden de ideas, sabido es que obra intelectual es toda expresión personal perceptible original y novedosa de la inteligencia, resultado de la actividad del espíritu, que tenga individualidad, que sea completa y unitaria, que represente o signifique algo, que sea una creación integral (conf. Isidro Satanowsky, "Derecho Intelectual", Ed. Tipográfica Editora Argentina (TEA), Bs. As. 1954, p. 153).

Así pues, una obra intelectual es una construcción de la mente, de carácter completo, integral y unitario. Debe tener, asimismo, una existencia propia, ser completa por sí misma y presentar al espíritu un sentido, una significación a la que nada haya que agregar. Resulta menester que posea una individualidad y requiere no sólo una tarea activa y decisiva, sino una labor creadora y autónoma, que dé forma y vida espiritual a una idea (conf. Isidro Satanowsky, "Derecho..." cit., p. 154).

En tal sentido, aun cuando la ley 11723 no la define, la obra, la producción científica literaria o artística siempre ha de estar referida a una creación de la inteligencia, con notas de originalidad y significación. De tal suerte que, en el régimen de la citada ley el depósito o revelación de una obra no es condición suficiente de la protección legal, debiendo el juez determinar si aquella reviste los caracteres exigidos por el art. 1, es decir, si posee o no la originalidad que determina la propiedad intelectual (conf. C. Nac. Com., esta sala, 30/11/1995, in re "Kamiñetzky, Manuel B. y otro v. Arte Gráfico Editorial Argentino S.A.").

En concordancia con lo expuesto, se pronuncia nuestro más Alto Tribunal al sostener que no cualquier obra intelectual se encuentra amparada por la ley, sino sólo aquellas que constituyen una expresión personal, original y novedosa de la inteligencia, siendo éstas el resultado de la actividad del espíritu que tenga individualidad, que represente o signifique algo y sea una "creación integral". La ley no protege todo lo que se escribe o compone, sino sólo lo que

tiene originalidad. Y, refiriéndose específicamente al depósito de la obra, señala que éste no acuerda a la misma un derecho exclusivo de la explotación de lo que se pretende amparar, si el mismo no reúne las exigencias de la ley de propiedad intelectual. Ello, por cuanto el derecho no nace del registro, sino de la obra misma que debe constituir la creación intelectual requerida por la ley, pues ese elemento constituye una exigencia indispensable para la procedencia del amparo legal (Corte Sup., publicado en 133-807 y ED 27-32, en igual sentido, esta sala, "Kamiñetzky), Manuel B. y otro", cit. supra).

En definitiva, como señala Satanowsky, todo arte o ciencia necesita un corpus mechanicum, un veste semisibile que le sirva de medio de expresión. Así pues, las obras literarias se expresan por el lenguaje, se fijan por medio del lápiz, el papel y la imprenta y se exteriorizan por el libro; las obras musicales se expresan por los sonidos y las notas y se exteriorizan por medio de partituras interpretadas por artistas que tocan instrumentos; las obras plásticas se expresan por líneas y sombras, se fijan mediante pasteles con las pastas o líquidos colorantes y se exteriorizan por los cuadros, murales, etc. Así es como el libro, la partitura musical, la estatua, el cuadro son instrumentos de realización de una obra del espíritu, que la corporiza y la hace perceptible a los sentidos humanos. Esos ejemplares encierran, entonces, la voluntad, inteligencia y sensibilidad de su autor.

3) Sentado ello, corresponde analizar la cuestión relativa a la originalidad de la obra de arte en cuestión, por ser ésta materia de agravio por el recurrente, toda vez que el a quo consideró que no había aportado prueba alguna tendiente a acreditar la "pérdida total de originalidad de la obra".

Al respecto, señala el autor citado precedentemente que "original" deriva de origen, principio y, por ende, se aplica a toda obra del ingenio humano que no es copia o imitación de otra; y se distingue de novedad, que a su vez denota estado, situación o calidad de las cosas nuevas, o sea las que no existían

antes y se ven u oyen por primera vez, siendo distintas a las que antes había o se conocían. La originalidad consiste en lo que el autor pone de sí al combinar notas, colores, volúmenes o imágenes que, en conjunto, llevan el sello y se distinguen de cualquier combinación anterior y de todo aquello que le sirvió de inspiración o de motivo. Así pues, la originalidad puede existir en la composición o contenido, o la expresión o forma, pero siempre debe denotar personalidad; requiere selección y ordenamiento.

Ahora bien, el término originalidad no tiene en esta materia un alcance absoluto. Basta que la creación sea relativa o de forma, algo que denote la impronta personal del autor y que se manifieste por rasgos característicos en su expresión propia. Adviértase, por último, que la originalidad se presume y quien la niega debe probarla (conf. Isidro Satanowsky, "Derecho..." cit., p. 166/70).

En consecuencia, le asiste razón al recurrente en cuanto a que no se requiere ninguna probanza en particular a fin acreditar dicho extremo, toda vez que ello surge de la experiencia, constituyendo un daño in re ipsa que no requiere de mayor dilucidación puesto que surge del propio daño.

Por su lado, no puede el demandado pretender ampararse en la falta de acreditación de la originalidad de la obra cuando fue él quien debió haberla probado —y no lo hizo—.

A todo evento, la determinación de si la obra intelectual constituye una creación original que merezca el amparo de su autor, es una cuestión de hecho librada a la prudente apreciación judicial (conf. C. Nac. Civ. y Com. Fed., sala 1ª, 27/12/1991, in re, "Releer, Ricardo A. v. Facilven S.A. y otra s/ Sumario", Rev. JA 1983-634, n. 8).

4) En cuanto al agravio articulado por el quejoso referido al rechazo del daño emergente, dable es señalar que se encuentra acreditado en el sub examine la disminución del valor de la obra con posterioridad a la ocurrencia del evento dañoso.

En efecto, el valor de la pintura al momento de ser entregada en consignación a la accionada –11/8/1995– era de \$ 5000, tal como se desprende del acta notarial labrada por escribano público obrante a fs. 9/14 (documentación reservada), que no ha sido redargüida de falsa en los términos del art. 395 del CPCCN., razón por la cual debe estarse a su validez (ver pto. 2.b. de fs. 9 vta.).

Por su parte, de la prueba de informes ofrecida y producida por el propio demandado –que se encuentra firme y consentida por no haber sido impugnada en los términos del art. 403 del CPCCN.– se desprende que: i) la Galería Arroyo cotizó la mentada obra en la suma de \$ 950 al 1/4/1998; ii) el Sr. Alberto Serebrinsky de Pintura Argentina Contemporánea la valuó en \$ 1100 al 29/8/1997 y Roldan & Cía. –Objetos de Arte, Moblaje y Antigüedades– informó que su valor oscilaba entre \$ 800 y 1100 al 25/8/1997; valuaciones todas éstas realizadas con posterioridad a la producción del evento dañoso (ver fs. 454, 458, 462, respectivamente).

En concordancia con ello, el Banco de la Ciudad de Buenos Aires informó que la obra del Sr. Cresta identificada como "C.600, acrílico sobre tela, firmado y fechado 90 al dorso, medidas 100 x 86 cm., soporte restaurado, sin marco" cotizaba en \$ 800. Adviértase, al respecto, que dicho informe, efectuado por peritos especializados en la materia, hacen referencia a la obra restaurada, lo que evidencia, por un lado, la notoriedad del daño causado sobre la misma y, por otro, la substancial disminución de su valor de cotización como consecuencia del incidente (ver fs. 404/5).

No obsta a tal conclusión la circunstancia de que los testigos hayan declarado que la restauración no imposibilitaba la exhibición en museos o concursos de arte; máxime cuando se encuentra acreditado en el sub examine que la intención del actor ha sido precisamente su venta, prueba de ello lo constituye la consignación de la obra para su posterior venta (ver fs. 8/11)

En consecuencia, cabe receptar el agravio vertido por el actor en lo que a este punto se

refiere, estimando prudencialmente el resarcimiento por el rubro daño emergente en la suma de \$ 4000; importe que surge de descontar, de los \$ 5000 estipulados por las partes en concepto de consignación de la obra a favor de la demandada, el valor promedio de \$ 1000 resultante de las tasaciones referenciadas supra.

5) Por último, cabe referirme al reproche articulado por el apelante concerniente al rubro daño moral.

Conceptualmente, debe entenderse como daño moral a toda modificación disvaliosa del espíritu en el desenvolvimiento de la capacidad de entender, querer o sentir y que se traduce en un modo de estar de la persona diferente de aquel al que se hallaba antes del hecho, como consecuencia de éste y anímicamente perjudicial (conf. C. Nac. Com., esta sala, 15/6/2004, in re "Jinkus, Juan S. v. Citibank N.A. s/ Ordinario", en igual sentido, Pizarro, Ramón D., "Reflexiones en torno al daño moral y su reparación", JA semanario del 17/9/1985.). Este instituto se aplica cuando se lesionan los sentimientos o afecciones legítimas de una persona que se traducen en un concreto perjuicio ocasionado por un evento dañoso. O dicho en otros términos, cuando se perturba de una manera u otra la tranquilidad y el ritmo normal de vida del damnificado, sea en el ámbito privado, o en el desempeño de sus actividades profesionales. Con atinado criterio, se ha expresado que el daño patrimonial afecta lo que el sujeto tiene, en cambio el daño moral lesiona lo que el sujeto es (conf. Matilde Zavala de González, "Resarcimiento de daños" – Presupuestos y Funciones del Derecho de Daños, t. IV, ps. 103, 1143, 178; íd. "El concepto de daño moral", JA del 6/2/1985).

Esa repercusión disvaliosa, es la consecuencia de la conculcación de los bienes personalísimos, como el honor, la privacidad, el nombre, la reputación, el derecho a la libertad de acción, el derecho a la intimidad, etc. que el ordenamiento jurídico valora para crear la categoría jurídica de los daños morales.

Constituye un daño autónomo, cuya reparación es independiente de la existencia o no del daño material. Son rubros que merecen

tratamiento diferenciado por tener naturaleza jurídica diversa ya que tutelan distintos bienes jurídicos (conf. C. Nac. Cont. Adm. Fed., sala 3ª, "Mu y A. Varela, Jorge R. v. EN (PEN) s/ Daños y perjuicios" del 28/5/1992).

Así, lo que define al daño moral no es en sí el dolor o los padecimientos, que serán resarcibles a condición de que se provoquen por la lesión a una facultad de actuar, que impide o frustra la satisfacción o goce de intereses no patrimoniales reconocidos a la víctima del evento dañoso por el ordenamiento jurídico. Lo que se repara es el resultado dañoso, el perjuicio susceptible de apreciación desde la óptica del entendimiento, de la sensibilidad o de la voluntad de la persona, no la actividad del responsable, hecho ilícito o incumplimiento contractual, etc., que ha sido sólo la causa eficiente de aquél (Zannoni, "El daño en la responsabilidad civil", Ed. Astrea 1982, ps. 1982 y 231).

Consecuentemente, es necesario considerar la repercusión que la acción dañosa provoca en la persona afectada. Las simples molestias, así como los reclamos extrajudiciales o la necesidad de accionar judicialmente para obtener el reconocimiento de un derecho, no constituyen por sí solos daño moral, sino que es menester alegar y probar razonablemente la modificación disvaliosa en la capacidad del espíritu del querer o sentir del supuesto damnificado para así admitir tal rubro indemnizatorio (conf. C. Nac. Com., esta sala, in re "Jinkus, Juan S. v. Citibank NA....", cit.), sala D, 26/5/1987, "Sodano de Sacchi v. Francisco Díaz S.A. s/ Sumario", sala E, 25/2/2000, "Bracond, Norma E. y otro v. La Estrella Cía. de Seguros de Vida S.A. y otro s/ Sumario").

Cuando se trata de dilucidar la procedencia del daño moral, el análisis debe centrarse en la persona del no culpable, a fin de evaluar las consecuencias que sobre el ánimo del mismo produjo el incumplimiento. Así, los arts. 522 y 1078 del CCiv. exigen a quien reclama, la acreditación de la concreta existencia del daño. En el sub iudice, las circunstancias del caso y la torpeza particularmente calificada del demandado en el acaecimiento del hecho que genera su responsabilidad determinan su

admisión y permiten tener por demostrada su existencia y facultan a proceder a su cuantificación en los términos del art. 165 del CPCCN., para lo cual, es necesario considerar la repercusión que la acción dañosa provoca en la persona afectada. En supuestos como el que aquí se analiza, resulta suficiente acreditar el hecho de la acción antijurídica –prueba in re ipsa– y la titularidad del derecho en cabeza del reclamante. Por medio de presunciones o por las características propias del acto antijurídico, se puede inducir que la efectividad de la lesión a intereses de índole espiritual se produce siempre que se aminoran las potencialidades personales.

La afirmación de que el daño moral no se presume, significa que dicho perjuicio no radica en las simples molestias e inconvenientes padecidos, sino que se, requiere la efectiva lesión a intereses espirituales del acreedor. Por medio de presunciones o por las características propias del acto antijurídico, se puede inducir que la efectividad de un perjuicio espiritual, se produce siempre que se aminoran las potencialidades personales (conf. C. Nac. Com., esta sala, 10/2/2003, in re "Coluccio, María A. v. Círculo de Inversores S.A. s/ Sumario").

En el caso traído a consideración de este tribunal, el derecho moral tiene por objeto, defender la personalidad del autor de la obra de las posibles lesiones a su capacidad o calidad creadora; es un derecho de la personalidad del creador inalienable e irrenunciable en relación a su obra. Nace como derecho subjetivo en cabeza exclusiva del autor con varios de los caracteres de los derechos de aquélla y se funda en el principio de que la personalidad humana es intangible y trata de evitar que se perjudique, en lo esencial, los intereses personales o artísticos del autor (conf. Isidro Satanovsky, "Derecho..." cit., t. I, p. 510, pto. b). En otros términos, designa el conjunto de facultades destinadas a la protección de la personalidad del autor de una obra de las posibles lesiones a su capacidad o calidad creadora, y está integrado, entre otros, por el derecho a exigir que se respete su paternidad intelectual y la integridad de su obra que, en Francia, se denomina "derecho de respeto": al nombre del autor, a su

calidad de tal y a su obra. En razón de ello, cuando, como sucede en el sub lite, ese derecho es lesionado, se le causa un agravio moral que debe ser resarcido (conf. C. Nac. Com., esta sala, 5/2/1996, "Fioravanti, Roberto B. v. Techint Compañía Técnica Internacional Sociedad Anónima Comercial e Industrial s/ Ordinario").

Así pues, la violación del derecho moral genera por el solo hecho de la trasgresión una reparación económica independiente de la reparación que corresponda por la lesión de los derechos económicos del autor.

Sentado ello, no puede dejar de soslayarse que el actor ha sufrido indudablemente un daño de índole moral, en razón del sufrimiento y lesión a su sensibilidad creadora, cuya existencia se infiere por la propia índole del menoscabo ocasionado en la obra de arte objeto de la litis.

A fin de proceder a su cuantificación, debe efectuarse una razonable ponderación de las circunstancias del evento dañoso, su gravedad, la repercusión sobre el valor de la obra dañada, el tipo y calidad de la obra, su característica sumamente entrañable para su creador, sus condiciones personales, su edad, su situación económica, la dedicación exclusiva a su profesión, la innegable repercusión del hecho dañoso traducida por la sustitución de su creación y su trayectoria vital invadida (conf. "Fioravanti, Roberto B. v. Techint..." cit.).

En tal orden de ideas, el actor ha acompañado y producido copiosa prueba tendiente a acreditar su importante trayectoria en el mundo artístico, como ser: su curriculum vitae, en el que describe los estudios realizados y las numerosas exposiciones en las que participó (ver fs. 22/3); libros de arte en los que aparecen sus obras (ver fs. 45/9 de documentación reservada); informes de diarios Clarín –que dan cuenta de su participación en la muestra denominada "Buenos Aires – La Ciudad" y La Nación referido al actor y a sus obras (ver fs. 270/1 y 281/7, respectivamente) y, finalmente, el informe del Centro Cultural Recoleta, Secretaría de Cultura del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires que hace mención de su participación en el Encuentro de

Arte Contemporáneo denominado "Arte al Sur" llevada a cabo en dicho centro cultural con fecha 19/11/1995 (ver fs. 329).

Con base en lo expresado, propicio admitir el agravio vertido por el quejoso a este respecto y cuantificar prudencialmente el rubro analizado –daño moral– en la suma de \$ 3800.

6) Capítulo aparte merece el tratamiento de la reconvencción por consignación de cosa cierta entablada por el demandado. En tal sentido, sabido es que ésta consiste en una intimación judicial para que el acreedor reciba el pago ofrecido con intervención judicial. Presupone que el acreedor no quiere recibir el pago o la cosa dañada, negativa que se encuentra demostrada en estas actuaciones; tal vez por considerar que no está completo o apropiado, en cuanto al objeto, modo y tiempo de satisfacerlo (conf. Llambías, "Tratado de Derecho Civil" – Obligaciones, t. II-B, Ed. Perrot, Bs. As. 1982, ps. 266/7). En definitiva, funciona mediante una demanda que pone el objeto debido bajo la mano de la justicia para que el magistrado, a su vez, lo atribuya al acreedor dando fuerza de pago al desprendimiento del deudor, que queda liberado con efecto retroactivo al día 18/3/1998 (notificación de fs. 62 y constancia de depósito en custodia en Banco Ciudad de fs. 122).

En atención a lo expuesto cabe pues, hacer lugar a la reconvencción introducida por el demandado, quedando la obra objeto de la litis –identificada como C.660.90– a disposición del actor para ser retirada del Banco Ciudad de Buenos Aires dentro del plazo máximo de 10 días computados desde la notificación de la presente sentencia.

7) En definitiva, la reconvencción por consignación habrá de prosperar como, así también, la demanda, acogida por el monto total de \$ 4800, de los cuales \$ 1000 corresponden al resarcimiento de daño emergente y los \$ 3.800 restantes a la indemnización otorgada en concepto de daño moral. A dicho total se le adicionarán intereses equivalentes a la tasa activa percibida por el Banco de la Nación Argentina en sus operaciones de descuento a 30 días (C. Nac. Com. en pleno, 27/10/1994, in re: "S.A. La

Razón s/ Quiebra s/ Incidente de pago de los profesionales") no capitalizables (conf. doctrina plenaria del fuero 25/8/2003, in re: "Calle Guevara, Raúl (fiscal de Cámara) s/ Revisión de plenario", de JA 2003-IV-567) desde el 31/12/1996, al ser ésta la primera interpelación efectuada a la accionada a fin de colocarla en estado de mora (ver fs.263/4).

8) Finalmente, en atención a la suerte del recurso, y teniendo presente la procedencia de la reconvencción del accionado, las costas de ambas instancias deberán ser soportadas en un 80% a cargo del demandado y en un 20% a cargo del actor (arts. 71 y 279, CPCCN.).

V.– La Conclusión

Por las razones expuestas propicio en este acuerdo:

i) Receptar el recurso deducido por la parte actora y en consecuencia revocar la sentencia de la anterior instancia en lo que ha sido materia de agravio. En consecuencia, condénase a la parte demandada a abonar a la actora dentro del 10° día de notificada la suma de \$ 4800, comprensiva del daño emergente y del daño moral – con más los intereses desde el 31/12/1996 hasta el día del efectivo pago, que se liquidarán a la tasa activa que percibe el Banco de la Nación Argentina en sus operaciones comunes de descuento a 30 días, con los alcances propugnados en el pto. IV.7, que se tienen por reproducidos, confirmándola respecto de la reconvencción deducida.

ii) En atención a la suerte del recurso, y teniendo presente la procedencia de la reconvencción del accionado, imponer las costas de ambas instancias en un 80% a cargo

del demandado y en un 20% a cargo del actor (arts. 71 y 279, CPCCN.).

Así expido mi voto.

Los Dres. Kölliker Frers y Uzal adhieren al voto precedente.

Con lo que terminó este acuerdo.

Y Vistos:

Por los fundamentos del acuerdo precedente, se resuelve:

i) Receptar el recurso deducido por la parte actora y en consecuencia revocar la sentencia de la anterior instancia en lo que ha si materia de agravio. En consecuencia, condénase a la parte demandada a abonar a la actora dentro del 10° día de notificada la suma de \$ 4.800, comprensiva del daño emergente y del daño moral- con más los intereses desde el 31.12.1006 hasta el día del efectivo pago- que se liquidarán a la tasa activa que percibe el Bco de la Nacion Argentina en sus operaciones comunes de descuento a 30 días, con los alcances propugnados en el punto IV.7. que se tienen por reproducidos, confirmándola respecto de la reconvencción deducida.

ii) En atencion a la suerte del recurso, y teniendo presente la procedencia de la reconvencción del accionado, imponer las costas de ambas instancias en un 80% a cargo del demandado y en un 20% a cargo del actor (arts 71 y 279 del cpccn)

*Isabel Míguez.– Alfredo A. Kölliker Frers.–
María E. Uzal.*