

Centro Regional para el Fomento del Libro en América Latina y el Caribe © CERLALC, 2012  
Selección y disposición de las materias y comentarios, Ricardo Antequera Parilli

## **Derecho de autor y derecho a la imagen. Fotografía. Uso publicitario.**

**PAÍS U ORGANIZACIÓN:** Argentina

**ORGANISMO:** Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala B

**FECHA:** 20-12-2010

**JURISDICCIÓN:** Judicial (Civil)

**FUENTE:** Texto del fallo en la Biblioteca Jurídica Virtual <http://www.eldial.com/>. Referencia AA6913.

**OTROS DATOS:** Expediente 553.1589

### **SUMARIO:**

*“... la accionante relató que en enero de 2006 tomó conocimiento que fotografías suyas aparecían en diversas promociones del Conrad Resort & Casino de Punta del Este, República Oriental del Uruguay. Según adujo, los encartados se aprovecharon de la explotación de su fama e imagen; en su exclusivo lucro y sin autorización alguna. Tal evento, precisamente, fue el que le habría causado a la pretensora los diversos daños y perjuicios que reclama en estos actuados”.*

[...]

*“... el derecho a la imagen integra la categoría de los denominados derechos personalísimos porque concierne a la persona en cuanto tal y en grado superlativo. Podríamos decir que consiste en la libertad de decidir sobre la captación, reproducción y difusión de la propia imagen, entendiendo por tal los aspectos físicos de una persona que inequívocamente la identifican. A tal punto esto es así que, sin perjuicio de estar el derecho a la imagen muy vinculado al derecho al honor y al derecho a la intimidad, se entiende que aquél reviste la condición de autónomo pues puede existir su vulneración sin que se configure a la par un ataque a la reputación o a la vida privada ...”.*

*“Asimismo, cabe destacar que el artículo 31 de la ley 11.723, sobre Régimen Legal de la Propiedad Intelectual, es claro cuando dispone que el retrato fotográfico de una persona no puede ser puesto en el comercio sin el consentimiento expreso de la persona misma y, muerta ésta, de su cónyuge e hijos o descendientes directos de éstos. Sobre el punto, señalase que la extensión de dicho consentimiento tiene límites estrictos, dados por la finalidad o circunstancias en que ha sido prestado ...”.*

[...]

*“... lo que corresponde dilucidar es si de las probanzas producidas en autos se desprende el consentimiento expreso de la accionante para la difusión de su imagen; y al*

*respecto poco es lo que se puede decir porque sencillamente -tal como lo destacara el a quo- no ha sido glosado en autos elemento probatorio que permita tener por prestado dicho consentimiento”*

*“Así las cosas, ante la apuntada orfandad probatoria, no cabe otra solución que decidir que ese consentimiento no ha sido otorgado”.*

**COMENTARIO:** El hecho de que numerosas leyes sobre derecho de autor contengan una disposición relativa a la imagen de las personas, especialmente para determinar los casos en que la publicación de un retrato es libre (por ejemplo, cuando se toma en un lugar público, se lo utiliza para la difusión de hechos de interés público o con fines didácticos o culturales), no significa que se reconozca un derecho de autor sobre la imagen como tal (porque la imagen de una persona no es una creación intelectual de quien la tiene), sino que esas disposiciones, o bien suplen lo que debería estar previsto en el código civil o en leyes especiales sobre los derechos de la personalidad, o se dirigen a resolver el conflicto que puede presentarse entre el derecho del autor que realiza el dibujo, la pintura, la escultura, la fotografía o la filmación y el sujeto cuya imagen aparece en la obra. Se trata entonces de dos derechos diferentes (independientemente de que los dos bienes jurídicos protegidos se encuentren fijados en el mismo soporte material), por una parte, el derecho personalísimo que tiene todo sujeto sobre su imagen y, por la otra, el derecho del autor que fotografía, filma, pinta, dibuja o esculpe la imagen de aquella persona, de manera que lo que protege el derecho de autor es *“al retrato de una persona, mas no a la imagen en abstracto como si se tratara de un derecho civil de la personalidad”*, de modo que lo tutelado por el derecho de autor *“es la obra que reproduce la imagen”*<sup>1</sup>. Como son derechos distintos, los tribunales han resuelto que *“el derecho a la imagen no se confunde con el derecho de autor, que sería de la titularidad del fotógrafo”*, de suerte que *“se debe distinguir el derecho a la imagen de la propiedad de las fotografías en que ésta se encuentra impresa”*<sup>2</sup>. Ahora bien, la tendencia jurisprudencial unánime ha señalado que *“... el hecho mismo de dejarse fotografiar ... no implica el consentimiento expreso para la publicación posterior de la imagen ...”*<sup>3</sup> y que *“la entrega de las fotos no implica que la persona haya renunciado a su derecho a la imagen”*<sup>4</sup>, porque no se puede confundir *“la conformidad o consentimiento para ser «fotografiada», con el consentimiento expreso y concreto para que la fotografía fuera «publicada» ...”*<sup>5</sup>, de suerte que *“en cuanto a ser «fotografiada» se refiere, no cabe sentar la misma deducción en cuanto a su publicación, para lo que preciso se hace contar con su expreso y concreto consentimiento ...”*<sup>6</sup>. En cualquier caso, *“la carga de la prueba sobre el consentimiento, en virtud de que es una defensa y una excepción de responsabilidad, recae sobre quien la alega para evitar las reclamaciones del titular de la imagen”*<sup>7</sup>, porque *“... la carga de su concurrencia corresponde a quien ha publicado las fotografías”*<sup>8</sup>. © Ricardo Antequera Parilli, 2012.

<sup>1</sup> Suprema Corte de Justicia de la Nación (México). Sentencia de la 1ª Sala (21-5-2008).

<sup>2</sup> Corte Suprema de Justicia de Chile. Sentencia del 1-10-1997.

<sup>3</sup> Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil (Argentina). Sentencia de la Sala C del 6-5-1982)

<sup>4</sup> Tribunal de Justicia del Estado de Mato Grosso do Sul (Brasil). Sentencia de la 3ª Cámara Civil del 8-9-2003.

<sup>5</sup> Tribunal Supremo español. Sentencia de la Sala de lo Civil del 3-11-1988.

<sup>6</sup> Idem.

<sup>7</sup> Corte Suprema de Justicia de Tucumán (Argentina). Sentencia de Sala en lo Civil y Penal del 10-2-2004.

<sup>8</sup> Tribunal Supremo español. Sentencia de la Sala de lo Civil del 24-7-2008.

## TEXTO COMPLETO:

*//nos Aires, Capital de la República Argentina, a los 20 días del mes de diciembre de dos mil diez, reunidos en Acuerdo los Señores Jueces de la Excm. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala "B", para conocer en los recursos interpuestos en los autos caratulados: "Salazar Luciana c/ Baluma S.A. (CONRAD RESORT CASINO) y otros s/ daños y perjuicios", respecto de la sentencia de fs. 1153/1167, el Tribunal estableció la siguiente cuestión a resolver: ¿Es ajustada a derecho la sentencia apelada?*

*Practicado el sorteo resultó que la votación debía efectuarse en el siguiente orden Señores Jueces Doctores: MAURICIO LUIS MIZRAHI.- CLAUDIO RAMOS FEIJOO.//-*

*A la cuestión planteada el Dr. Mizrahi, dijo:*

*Antecedentes.-*

*La sentencia de primera instancia, obrante a fs. 1153/1167, resolvió hacer lugar parcialmente a la demanda promovida por Luciana Salazar y, en consecuencia, condenó a Baluma S.A. (Conrad Resort & Casino) y a Manzi Publicidad S.A. al pago de una suma de dinero, con más sus intereses y costas.-*

*Asimismo, el a quo resolvió admitir la falta de legitimación pasiva interpuesta por Carlos Manzi.-*

*Destácase que la presente litis tuvo su origen en la demanda que luce glosada a fs. 111/137. En esa oportunidad, la accionante relató que en enero de 2006 tomó conocimiento que fotografías suyas aparecían en diversas promociones del Conrad Resort & Casino de Punta del Este, República Oriental del Uruguay. Según adujo, los encartados se aprovecharon de la explotación de su fama e imagen; en su exclusivo lucro y sin autorización alguna. Tal evento, precisamente, fue el que le habría causado a la pretensora los diversos daños y perjuicios que reclama en estos actuados.-*

## II. Los agravios.-

*Contra el referido pronunciamiento se alzó la parte actora, expresando agravios a fs. 1190/120, pieza que mereció la réplica de fs. 1232/1245, 1247/1252 y 1254/1259. A su vez, también se agravió Baluma S.A., cuyas quejas obran a fs. 1212/1216, contestadas a fs. 1261/1264; y, finalmente, cuestionó la sentencia de grado Manzi Publicidad S.A., que expresó agravios a fs. 1218/1230, respondidos a fs. 1267/1271.-*

*La pretensora se agravió de que el juez de grado haya admitido la excepción de falta de legitimación pasiva interpuesta por Carlos Manzi. Asimismo, impugnó las sumas concedidas en concepto de "cachet no percibido" y daño moral; y el rechazo de las partidas indemnizatorias de "quebrantamiento de exclusividad", "desprestigio profesional y pérdida de chance", "reintegro de lucro" y "daño psíquico". Por último, las quejas apuntaron a la tasa de interés aplicada al monto de condena.-*

*Por su parte, Manzi Publicidad S.A. se agravió de la atribución de responsabilidad dispuesta por el a quo. También, y tal cual lo hiciera Baluma S.A., consideró excesivos los importes otorgados por "cachet no () percibido" y daño moral. El cuadro de quejas se cierra tras la impugnación por ambas demandadas de la forma en que fueran impuestas las costas del pleito.-*

## III. Cuestiones a dilucidar. Límites en el análisis de los agravios.-

*Tal como surge de lo que se acaba de exponer, el thema decidendum de esta Alzada quedó circunscripto a determinar: a) la procedencia de la excepción de falta de legitimación pasiva incoada por Carlos Manzi; b) la atribución de responsabilidad por los hechos acaecidos; c) en su caso, la procedencia y cuantía de los diversos rubros indemnizatorios que fueran materia de agravio; d) la tasa de interés aplicable al monto de condena; y e) la forma en que deben ser impuestas las costas del proceso.-*

Antes de ingresar a la cuestión de fondo, es menester efectuar una advertencia preliminar: en el estudio y análisis de los agravios he de seguir el rumbo de la Corte Federal y de la buena doctrina interpretativa. En efecto, claro está que los jueces no están obligados a analizar todas y cada una de las argumentaciones de las partes, sino tan sólo aquéllas que sean conducentes y posean relevancia para decidir el caso (ver CSJN, "Fallos": 258:304; 262:222; 265:301; 272:225; Fassi Yañez, "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, Comentado, Anotado y Concordado", T? I, pág. 825; Fenocchietto Arazi. "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Comentado y Anotado", T 1, pág. 620). Asimismo, en sentido análogo, tampoco es obligación del juzgador ponderar todas las pruebas agregadas, sino únicamente las que estime apropiadas para resolver el conflicto (art. 386, in fine, del ritual; CSJN, "Fallos": 274:113; 280:3201; 144:611).-

Es en este marco, pues, que ahondaremos en la cuestión de fondo del caso sub examine.-

#### IV. La excepción de falta de legitimación pasiva interpuesta.-

El juez de grado resolvió admitir la falta de legitimación pasiva interpuesta por el Sr. Carlos Manzi, miembro de Manzi Publicidad S.A. Para así decidir, el magistrado sostuvo –atinadamente- que la personalidad jurídica sólo debe ser desestimada cuando se acrediten circunstancias de gravedad institucional que permitan presumir, fundadamente, que la calidad de sujeto de derecho fue obtenida al efecto de generar el abuso de ella o violar la ley. Agregó que lo que se sanciona, en efecto, es el empleo instrumental de la sociedad para realizar actos ilícitos; siendo los socios, administradores, representantes y directores responsables por el uso desviado de la figura societaria, en las que ésta encubra situaciones ajenas al objeto social. Por lo tanto, quedan fuera de la aplicación del corrimiento del velo societario los meros incumplimientos de obligaciones legales que, aún cuando causen daños a terceros, no tienen su origen en el uso indebido de la personalidad.-

Resáltase que las quejas de la actora sobre este asunto exhiben una pobreza argumental de tal magnitud que, sin mediar vacilación, puede afirmarse que no cumplen con la exigencia prevista en el art. 265 del ritual. Claro está que, ante presentaciones que -como la de autos— carecen en el sentido jurídico de un *mínimum* de seriedad, no cabe proponer otra decisión que no sea la deserción del recurso (cfr. mi voto in re "Blanco Villegas c/ Etchecopar Danguin y ots.", del 29/3/2007).-

A ello se le suma, como dato definitorio, que en el escrito de agravios se hace caso omiso a las motivaciones esenciales que dieron lugar al fallo de primera instancia. Es que la pretensora se limitó a señalar que se encontraban reunidos en la causa los cuatro presupuestos de la responsabilidad civil respecto de Carlos Manzi, omitiendo considerar que quien contrataba era Manzi Publicidad S.A. y no aquél; por lo que se prescindió de todo el andamiaje legal que sustenta el funcionamiento de las sociedades comerciales.-

En consecuencia, la sola aplicación de la legislación vigente sobre la materia en análisis, conlleva –como corolario ineludible- a que se proponga al Acuerdo que se declare desierto el recurso de apelación en este específico punto. Así he de votar.-

#### V. La atribución de responsabilidad de Manzi Publicidad S.A.-

Para comenzar con el estudio de los agravios en el tema de fondo, diré que el derecho a la imagen integra la categoría de los denominados derechos personalísimos porque concierne a la persona en cuanto tal y en grado superlativo. Podríamos decir que consiste en la libertad de decidir sobre la captación, reproducción y difusión de la propia imagen, entendiendo por tal los aspectos físicos de una persona que inequívocamente la identifican. A tal punto esto es así que, sin perjuicio de estar el derecho a la imagen muy vinculado al derecho al honor y al derecho a la intimidad, se entiende que aquél reviste la condición de autónomo pues puede existir su vulneración sin que se configure a la par un ataque a la

reputación o a la vida privada (cf. Cifuentes, Santos, "Derechos Personalísimos", Ed. Astrea, Buenos Aires, 1995, pág. 509 y ss.; Rivera, Julio César, "Instituciones de Derecho Civil", Editorial Abeledo Perrot, 2004, t. II., p. 117; Sagüés, Néstor Pedro, "Elementos de Derecho Constitucional", Ed. Astrea, pág. 345; CNCiv., sala C, L. 41.999, del 2/5/89; ídem, sala E, L. 279.825, del 27/9/99; ídem, sala I, L. 85.024, del 9/12/94; ídem, sala K, L. 85.459, del 9/12/99; Sala G, "P.D.S.J c/ Arte Gráfico Editorial Argentinos S.A. y otro", del 21/12/2007).-

Asimismo, cabe destacar que el artículo 31 de la ley 11.723, sobre Régimen Legal de la Propiedad Intelectual, es claro cuando dispone que el retrato fotográfico de una persona no puede ser puesto en el comercio sin el consentimiento expreso de la persona misma y, muerta ésta, de su cónyuge e hijos o descendientes directos de éstos. Sobre el punto, señalase que la extensión de dicho consentimiento tiene límites estrictos, dados por la finalidad o circunstancias en que ha sido prestado (cf. Zavala de González, Matilde, "Resarcimiento de daños", "Daños a las personas", Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1996, pág. 180 y ss. y sus citas).-

Por lo tanto, no siendo objeto de debate en esta Alzada la difusión de fotografías de la pretensora en un almanaque, un sabot y unos naipes calendario, quedaba en cabeza de las emplazadas acreditar que habían obtenido su consentimiento expreso; tal cual lo requiere la norma. Es que tratándose de una defensa tendiente a la exención de una responsabilidad que el hecho en cuestión –en principio- la hace presumir, obviamente quien pretende exonerarse tiene la carga sobre sí de acreditar los extremos que confieran andamiaje a aquella defensa para así obtener la liberación.-

Por supuesto que la mentada tarea correspondía específicamente a la aquí apelante Manzi Publicidad S.A., quien en su responde de demanda precisó que "respecto de las autorizaciones...se acordó verbalmente con el Conrad que la gestión respecto a las modelos argentinas estarían a cargo de mi

poderdante" (v. su reproducción en la expresión de agravios; fs. 1221). Y bien, cabe resaltar que el artículo 377 CPCCN establece que cada una de las partes debe probar el presupuesto de hecho de la norma o normas que invocare como fundamento de su pretensión, defensa o excepción. Es decir, pone en cabeza de quien alega un hecho la carga de su prueba, de manera que la obligación de afirmar y probar se distribuye entre las partes, quedando a la iniciativa de cada una de ellas la posibilidad de hacer valer los hechos que pretendan que sean considerados como verdaderos en el proceso (Chiovenda Giuseppe, "Principios de Derecho Procesal Civil", t. II, pág. 253).-

A tenor de lo delineado, entonces, lo que corresponde dilucidar es si de las probanzas producidas en autos se desprende el consentimiento expreso de la accionante para la difusión de su imagen; y al respecto poco es lo que se puede decir porque sencillamente -tal como lo destacara el a quo- no ha sido glosado en autos elemento probatorio que permita tener por prestado dicho consentimiento.-

Así las cosas, ante la apuntada orfandad probatoria, no cabe otra solución que decidir que ese consentimiento no ha sido otorgado. Recuérdase que quien omite probar, no obstante la regla que pone tal actividad a su cargo, se expone al riesgo de no formar la convicción del juez sobre la existencia de los hechos de que se trate y, por consiguiente, a la perspectiva de una sentencia desfavorable. La actividad probatoria constituye, pues, como toda carga procesal, un imperativo del propio interés (Palacio, Lino, "Manual de Derecho Procesal Civil", Abeledo Perrot, 2004, pág. 399).-

Repetimos que la ley exige el consentimiento expreso. Por lo tanto, son inaudibles las quejas de la co-accionada Manzi Publicidad S.A. cuando endereza su defensa en tratar de demostrar una suerte de consentimiento tácito, tras la eventual verificación de indicios que harían presuponer su existencia. Sobre el punto, resalto la falta de seriedad del planteo; sobre todo porque estamos ante una empresa

de publicidad especializada en estas cuestiones.-

Por último, debo señalar que el argumento esbozado por la quejosa de que no tuvo ningún beneficio económico por la publicación de las fotografías en tanto la factura con el hotel Conrad se encuentra impaga, es también a todas luces improcedente. Es indudable que nada tiene que ver una cosa con la otra; más allá de que el hecho de que todavía no haya percibido ninguna suma de dinero no implica que no tenga las acciones pertinentes para reclamarla, y no hay elementos para pensar que alegremente renunciará a su crédito.-

En función de todo lo explicitado, propondré al Acuerdo que se rechacen los agravios intentados por Manzi Publicidad S.A. en este sentido, por lo que se confirmará la atribución de responsabilidad dispuesta por el juez de grado. Así he de votar.-

#### VI. La indemnización.-

VI. a. Tanto la actora como las demandadas se agraviaron del monto indemnizatorio concedido por el juez en concepto de "cachet no percibido" (que se lo determinó en el importe de pesos necesarios para adquirir –en la fecha del pronunciamiento de grado- la suma de U\$S 10.000 en el mercado libre de cambios).-

El magistrado de primera instancia, para arribar a dicho monto, tuvo en cuenta diversos contratos que fueron celebrados por Luciana Salazar (v. fs. 725, 727, 731, 743, 750, 755, 762, 765, 769 y 774, que comprueban sumas cobradas por la participación en programas televisivos o la difusión de su imagen por ese medio; las constancias de fs. 737/739 por un desfile; y las de fs. 515 y 661, que acreditan dos producciones fotográficas por las que no percibió retribución alguna).-

En la inteligencia apuntada, teniendo en consideración que no obran anejados en autos elementos fehacientes que permitan demostrar el valor de cotización de la imagen de la pretensora para el medio gráfico, considerando además los distintos montos percibidos por otros contratos –que varían significativamente-

y evaluando, en fin, las particularidades de autos, habré de proponer al Acuerdo que se confirme en lo sustancial (con la salvedad que seguidamente se indicará) la suma establecida por el magistrado que me precedió; ello a mérito de la facultad que me confiere el art. 165 del CPCCN.-

Sin embargo, advierto que el judicante previó – como se dijo- la fecha de la sentencia para la adquisición de los dólares; lo que importa a mi juicio una repotenciación del crédito, a pesar que las indemnizaciones que establecen los jueces no pueden contener actualización alguna pues -de lo contrario- se violarían las leyes 23.928, 25.561 y sus decretos reglamentarios (ver, entre tantos precedentes, esta Sala in re "Walas c/ Fernández", del 20/12/2007 y el fallo de la Corte Federal en "Massolo, Alberto José c/ Transporte del Tejar S.A." [Fallo en extenso: elDial - AA5E74], 20-4-2010, LL, del 25-10-2010, p. 9). Por lo tanto, a fin de adecuar el rubro a los parámetros legales, estimo que deberá tenerse en cuenta el importe en pesos que era suficiente para adquirir los referidos U\$S 10.000 en el mercado libre de cambios en el mes de enero de 2006, que es la oportunidad cuando se configura el hecho dañoso; lo que así se ha de proponer.-

Por último, debo destacar que no tendrá favorable acogida el planteo de Manzi Publicidad S.A. en el sentido de que el reclamo por "cachet no percibido" fue dirigido por la actora únicamente contra Baluma S.A. No es así. Es que, tal cual lo transcribiera la propia apelante en su expresión de agravios, la pretensora manifestó en su escrito inaugural "a fin de que sean condenados solidariamente...al resarcimiento integral de los daños y perjuicios morales y materiales;...el lucro dejado de percibir por esta parte en virtud de lo que hubiera correspondido que pagaran las demandadas como contraprestación por la utilización de mi imagen" (v. fs. 1218/1219). En consecuencia, no quedan dudas que la partida objeto de reproche iba dirigida a ambas emplazadas.-

VI.b. El magistrado que me precedió rechazó la procedencia de la partida indemnizatoria de "quebrantamiento de exclusividad y estigmatización". Para decidirlo de ese modo, el a quo arguyó que Darío Víctor Arellano, con quien la accionante había contratado la comercialización de su imagen, fue concluyente al señalar que no le había realizado a la pretensora reclamo alguno. Más aún, precisó que "la actora luego me cuenta que su imagen fue utilizada sin su autorización, por lo cual ella no incumplió lo que teníamos firmado" (v. fs. 798). La ausencia de daño cierto en este sentido resulta, pues, a todas luces patente.-

A su vez, la demandante insiste en su expresión de agravios en que "esta situación generó que el medio artístico considerara a mi mandante incumplidora de sus obligaciones" (v. fs. 1186); pero he aquí que en autos no aportó ninguna prueba certera que demuestre tal estado de cosas. Por el contrario, de la declaración testimonial citada –como se anticipó– se desprende con claridad que el medio estuvo anoticiado de que no había mediado una falta de su parte. Este aserto, precisamente, conlleva a confirmar sin vueltas el rechazo del presente rubro.-

VI.c. A continuación trataré las quejas de la accionante referidas al rechazo de la partida de "pérdida de chance, desprestigio y desvalorización de la imagen".-

Para comenzar con el estudio de esta cuestión, diré que se verifica una chance cuando existe la oportunidad, con visos de razonabilidad o fundabilidad, de lograr una ventaja o evitar una pérdida. Y por supuesto que la frustración de esa probabilidad, imputable a otro, engendra un perjuicio resarcible. De aquí se sigue que el deber de reparar, en principio, acontece cuando hay algo actual, cierto e indiscutible; y que es precisamente la efectiva pérdida de la oportunidad de lograr un beneficio.-

No se accederá al rubro reclamado. Es que la pérdida de chance no genera la obligación de indemnizar cuando se trata de la frustración de meras posibilidades o expectativas; es decir,

cuando éstas son muy vagas o generales, pues en tales casos el daño que se invoca sería puramente eventual o hipotético, y es sabido que resulta improcedente conceder indemnizaciones por meras conjeturas. Al respecto, deberá tenerse presente que la mentada posibilidad perdida –para dar nacimiento a la obligación de indemnizar– tiene que tener una intensidad tal de modo que se erija en una probabilidad suficiente; o sea, que es necesario que la pérdida se encuentre debidamente fundada a través de la certeza de la probabilidad del perjuicio; y es este requisito esencial el que –como después se verá– se encuentra ausente en la causa, de lo que se sigue la improcedencia de la partida en estudio.-

La jurisprudencia y doctrina es coincidente en los precedentes lineamientos (ver esta Sala, en autos, "Torres, Horacio J. c/ Microómnibus Norte L. 60", del 16/11/2006; íd., in re "Oubiña c/ Soc. Italiana de Beneficencia y ots.", del 27/2/2008; CNCiv., Sala C, del 5/8/74, LL 156-274; CNCiv., Sala G, del 21/12/81, LL 1982-D-475; CNCiv., Sala J, del 23/4/2007, en autos "V.A. c/ Banco Superville"; CNCiv., Sala D, del 24/5/2006, "G., R.L. c/ G., P.A. y otros"; SC Mendoza, Sala 2?, del 31/10/79, JA 1980-I-197; CNFed. Civ. y Com., Sala 2?, del 26/8/88, LL 1989-A-342; Zabala de Gonzalez, Matilde, "Resarcimiento de daños", vol. 2? "Daños a las personas", p. 373 y sigtes., ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1991; Alterini, Atilio Aníbal, Ameal, Oscar José y López Cabana, Roberto M., "Derecho de Obligaciones", p. 790, Nº 1856, 2º edición, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998).-

Pero vayamos al material existencial del expediente. Se advertirá así que de las probanzas anejadas en autos no puede concluirse, de ninguna manera, que nos hallemos ante un perjuicio real y concreto ni, tampoco, frente a la pérdida de una probabilidad suficiente. Es que si bien los testigos aportados por la pretensora manifestaron que existían "negociaciones y conversaciones para realizar un negocio en el exterior"; que se trataba de "clientes interesados en la imagen de la actora,

americanos, que residen en Las Vegas"; que "dejaron de estar interesados a partir de que la imagen de la actora fue utilizada por otra compañía"; que "era un negocio internacional y se abortó por las fotografías del Conrad"; lo cierto es que también aclararon que no se había comenzado a "diseñar el contrato" y que era un tema sumamente "confidencial", omitiendo, incluso, un dato que podría haber ayudado a formar la convicción del tribunal, como es conocer quienes eran los posibles contratantes (v. fs. 712, 788, 797/798).-

La vaguedad de los dichos de los testigos referidos surge como palmaria, a lo que se le suma la ausencia de prueba documental que acredite, al menos, las tratativas preliminares que se habrían suscitado y/o las circunstancias de tiempo, modo y lugar del supuesto negocio a celebrar. En definitiva, se trata del reclamo de una chance que no tiene reflejo alguno en la causa dado que los pobres elementos aportados no van más allá de las meras conjeturas. En tal virtud, no me queda otra alternativa que proponer la confirmación de la sentencia de grado en este aspecto.-

Tampoco serán admitidos los planteos relativos al "desprestigio y desvalorización de la imagen". Es que no puedo sino coincidir con el a quo cuando sostiene que la actora mantenía, ante los medios de comunicación, una relación pública frecuente y fluida con el establecimiento de la demandada. Para corroborar este aserto, basta con remitirse a las pruebas que lucen glosadas a fs. 593, 603/604, 605/606, 670/671 y 672/678. Estas constancias dan cuenta de diversas notas periodísticas, programas televisivos e imágenes de la pretensora dentro del hotel Conrad; de manera que lo del "desprestigio" y "desvalorización" no son más que verbalizaciones unilaterales sin sustento alguno en los elementos comprobados de la causa. Por último, en lo que se refiere al planteo de exclusividad en la exposición ante los medios, el juez fue concluyente al destacar que la actora ha aparecido en diversas ocasiones en producciones conjuntas, lo que se encuentra hartamente comprobado a fs. 514/515,

5582/584 y 585/594; situación que descalifica por completo el pedido en estudio.-

VI. d. Desde otro ángulo, la accionante persiste en el reclamo de la partida indemnizatoria de "reintegro de lucro". Sin embargo, el a quo demostró, remitiéndose a lo dictaminado por la perito en marketing, que no se encontraba acreditado en la causa el enriquecimiento de la demandada. Empero, aún dejado de lado esta conclusión, en verdad conceder una suma resarcitoria por el mencionado rubro y, al mismo tiempo, hacerlo por "cachet no percibido", comportaría recibir dos indemnizaciones por lo que es -en esencia- un mismo perjuicio; lo que se traduciría entonces en un enriquecimiento sin causa a favor de la pretensora. En esa inteligencia, he de proponer al Acuerdo la confirmación del rechazo de la partida en cuestión.-

VI. e. La pretensora también se agravió porque el magistrado de primera instancia rechazó la procedencia del daño psíquico. Sobre el punto, y tal cual ha acontecido en forma reiterada a lo largo del presente pleito, se insiste en que no luce glosada en autos prueba idónea que pueda acreditar fehacientemente este perjuicio; pues no corren agregados elementos corroborantes -verbigracia, una experticia psicológica- que lleven al ánimo del juez que ha acontecido el daño que se invoca. En función de lo precisado, y no resistiendo el planteo de la actora de un mayor análisis, he de proponer el rechazo de los agravios por ella incoados.-

VI.f. El juez de grado concedió en concepto de daño moral la suma de \$7.500; decusum que generara el agravio de ambas partes. He de destacar que en general se admite que para que estemos ante un daño de esta índole es indispensable que se trate de una lesión a los sentimientos o afecciones legítimas, perturbándose la tranquilidad y el ritmo normal de vida, por lo que representa una alteración desfavorable en las capacidades del individuo para sentir, querer y entender; traducándose en un modo de estar de la persona diferente de aquél en que se hallaba antes del hecho.-



Es que el daño moral -en tanto configura un menoscabo a los intereses no patrimoniales- es el conjunto de sinsabores, angustias, pesares, sufrimientos, etcétera, que el injusto provocó en el damnificado; más allá de las secuelas de orden psíquico que el episodio pueda o no dejar en la víctima, según su peculiar sensibilidad y circunstancias personales (ver Cammarota, Antonio, "Responsabilidad extracontractual. Hechos y actos ilícitos", ed. Depalma, Buenos Aires, 1947, p. 102; Zavala de González, Matilde, "Resarcimiento de daños, T. 2b, pág. 593 y ss.; Zannoni, Eduardo A., "El daño en la responsabilidad civil", Ed. Astrea, p. 287; CNCiv, Sala C, 22-12-2005, "Vega Rubilan, Soria de las Mercedes c/ Transporte Automotor General Las Heras SRL", LL, online; íd., Sala E, 26-5-2006, "Montalbetti, Carlos F. y otros c/ Microómnibus Sur SAC y otros").-

No puede discutirse que el daño moral recae en el lado íntimo de la personalidad, y en este sentido es verdad que nadie puede indagar el espíritu de otro tan profundamente como para poder afirmar con certeza la existencia, y en su caso la intensidad, del padecimiento y angustia que se invoca. Es que se trata de un sentimiento que, como decía Kant, representa un estado que "no contiene más que lo subjetivo puro" (ver Principios metafísicos del Derecho", p. 13, Imprenta de José María Pérez, Madrid, 1873).-

No obstante lo expuesto, la circunstancia de que nos hallemos ante supuestos de alteraciones emocionales profundamente subjetivas e inescrutables no ha de impedir la evaluación del juez, la que -necesariamente- tendrá que ser objetiva y abstracta; para lo cual se considerará cuál pudo ser hipotéticamente el estado de ánimo de una persona común, colocada en las mismas condiciones concretas en que se encontró la víctima del acto lesivo (ver Bustamante Alsina, Jorge, "Teoría General de la Responsabilidad civil", p. 247, 9º edición, Abeledo Perrot, 1997). Desde esta óptica, no parecería un requisito necesario la demostración por el accionante de la existencia en sí del daño moral; a tal punto que se ha sostenido que dicha prueba -de producirse--

sería irrelevante para el Derecho, pues lo que hay que tener en cuenta es el dolor o sufrimiento moral que el hecho en cuestión produce normalmente en los sujetos, dado que se estaría ante un efecto "previsto de antemano por la norma" (ver Brebbia, Roberto H., "El daño moral", p. 86, Ed. Orbir, 2ª edición, Rosario, 1967). De todas maneras, y en lo que hace a la magnitud y el alcance del daño moral, es verdad que podrá ser presumido por el juez por vía indirecta, tras la prueba por la víctima de determinadas situaciones por las que ella transita a raíz del injusto (ver Zabala de González, Matilde, "Resarcimiento de daños", T. 2b, p. 593 y ss.).-

Claro está que, a los fines indemnizatorios, no sólo se debe tener en cuenta las condiciones personales de la víctima al momento del evento sino también evaluar los padecimientos que razonablemente pudo haber sufrido a consecuencia del hecho dañoso. Desde esta perspectiva, teniendo en cuenta lo explicitado en los acápites precedentes, como así también las particulares circunstancias de autos, estimo que el importe establecido por el a quo (\$7.500) resulta adecuado para enjugar el daño sufrido. Sin duda, el hecho de autos es capaz de generar un perjuicio de la índole que consideramos -lo que torna ineficaz las quejas de las emplazadas- mas no para elevar la cantidad dispuesta, pues ningún aporte certero ha proporcionado la actora para conmovier lo decidido en la instancia anterior. De ahí que votaré por la confirmatoria del rubro.-

#### VII. Los intereses.-

El juez de grado sostuvo que los intereses debían computarse, desde la producción del daño -enero de 2006- y hasta el dictado de la sentencia, a la tasa del 8% anual; y desde allí y hasta el efectivo pago, a la tasa activa; decismum que motivó el agravio de la parte actora.-

Sobre este asunto comenzaré por destacar que en el caso se impone la vigencia del art. 303 del ritual que establece para todo el fuero la obligatoriedad de los fallos plenarios. Así las cosas, en la sentencia de esta Cámara, en

pleno, en los autos "Samudio de Martínez, Ladislada c/ Transporte Doscientos setenta S.A. s/ Daños y Perjuicios", dictada el 20 de abril de 2009, se resolvió dejar sin efecto la doctrina fijada en los fallos plenarios "Vazquez, Claudia c/ Bilbao, Walter y Otros" (del 2-8-1993) y "Alaniz, Ramona Evelia c/ Transporte 123 S.A." (del 23-3-2004), disponiéndose aplicar desde la mora (en el caso, el día del hecho) la tasa de interés activa cartera general (préstamos), nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina.-

Es cierto que el mentado plenario admite una solución diversa cuando acontezca "una alteración del significado económico del capital de condena que configure un enriquecimiento indebido". Pero esa singular especie comporta una situación harto excepcional, que se aparta de la regla general, y que -para que pueda tener lugar- debe ser acreditada fehacientemente y sin el menor asomo de duda en el marco del proceso. A mi juicio no obran en la causa constancias que certifiquen que, con la aplicación de la tasa activa desde el día del hecho, se configuraría el mentado "enriquecimiento indebido"; como tampoco existen elementos que siquiera lo hagan presumir.-

En función de lo expuesto, y en cumplimiento de la nueva doctrina plenaria, he de proponer al Acuerdo que se modifique la sentencia de primera instancia y, por ende, que se le adicionen al capital de condena de autos los intereses a la tasa mencionada, los que se computarán desde el evento dañoso y hasta el momento del efectivo pago.-

#### VIII. Las erogaciones causídicas.-

No obstante que la demanda se admite por una suma sensiblemente menor a la reclamada, deberá tenerse en cuenta que la parte actora formuló su requerimiento supeditado a lo "que en más o en menos resulte de la prueba". Por otra parte, no puede ignorarse que las encartadas han resultado en los hechos sustancialmente vencidas, pues esta noción se determina según una visión global del pleito y no por meros cálculos aritméticos; sin perjuicio

de destacar la prevalencia que corresponde otorgar en el caso al principio de la reparación integral. Estas consideraciones me inclinan a proponer que las costas del juicio -por la actuación en primera instancia- se apliquen a las emplazadas (artículo 68, primera parte, del ritual). Así he de votar.-

#### IX. Conclusión.-

A tenor de las consideraciones fácticas y jurídicas desplegadas a lo largo del presente voto, propongo al Acuerdo confirmar la sentencia de primera instancia en lo principal que decide; estableciendo que el monto de condena será de \$7.500, más la suma que hubiese sido necesaria para adquirir en el mercado libre de cambios, en enero de 2006, la cantidad de U\$S 10.000. Los réditos de ambos importes se calcularán desde el día del hecho y hasta el momento del efectivo pago, a la tasa activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida, a treinta días, del Banco de la Nación Argentina. Las costas de Alzada se imponen en el orden causado en atención al resultado que han tenido los recursos (art. 68, 2da. parte, del CPCCN).-

El Dr. Ramos Feijóo , por análogas razones a las aducidas por el Dr. Mizrahi, votó en el mismo sentido a la cuestión propuesta.-

Fdo.: Mauricio Luis Mizrahi - Claudio Ramos Feijoo.-

Es copia fiel del Acuerdo.-

Buenos Aires, diciembre de 2010.-

Y VISTOS: Por lo que resulta de la votación que instruye el Acuerdo que antecede, se confirma la sentencia de primera instancia en lo principal que decide; estableciendo que el monto de condena será de \$7.500, más la suma que hubiese sido necesaria para adquirir en el mercado libre de cambios, en enero de 2006, la cantidad de U\$S 10.000. Los réditos de ambos importes se calcularán desde el día del hecho y hasta el momento del efectivo pago, a la tasa activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida, a treinta días, del Banco de la Nación Argentina. Las



*costas de Alzada se imponen en el orden causado en atención al resultado que han tenido los recursos (art. 68, 2da. parte, del CPCCN).-*

*Notifíquese y devuélvase.-*

*Se deja constancia que la vocalía 5 no firma por hallarse vacante.//-*

*Fdo.: Mauricio Luis Mizrahi - Claudio Ramos Feijoo.-*