

Derecho del intérprete audiovisual y derecho a su imagen. Extracción de su actuación e incorporación a otra obra. Responsabilidades.

PAÍS U ORGANIZACIÓN: Argentina

ORGANISMO: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala G

FECHA: Septiembre de 2004

JURISDICCIÓN: Judicial (Civil)

FUENTE: Texto digitalizado del fallo

OTROS DATOS: Causa N° 391.949

SUMARIO:

“A comienzos del mes de Julio de 1988, al asistir a la función cinematográfica del film «Dibu 2 -La Venganza de Nasty» en compañía de un hijo menor, el sr. Bernard Miguel Claus advirtió y comprobó que en una de las primeras escenas, aparecía él en un televisor, y que uno de los intérpretes le arrojaba un calzado y luego un disparo”.

“Por afirmar que su imagen fue extraída de un programa «Cosas Ricas y Famosos» difundido por un canal televisivo de cable «Siempre Mujer» sin su consentimiento, demandó resarcimiento de sus perjuicios, intereses y costas contra las co-productoras de esa película, la empresa productora del programa culinario, y ciertas personas físicas que figuraron en el celuloide como «productores».”

[...]

“... la sra. jueza «a-quo» admitió sólo en parte aquella postulación inicial, pues dentro del marco legal del artículo 31 de la ley 11.723 y el 1071 bis del código civil, consideró indebida la utilización de la imagen del peticionario en aquella película, pero condenó sólo a las sociedades productoras del programa culinario por haber facilitado el material, y a «Patagonik Film Group S.A.», quien comercializó su rodaje, desvinculando a «Televisión Federal S.A.» («Telefé») por ser mera «productora asociada sin atribución o facultad de supervisión»; a Ricardo Daniel Israel Wulichszer y Pablo Enrique Bossi, al considerarlos no vinculados como tales, con la productora de la que fueron accionistas y presidentes en distintos períodos”.

[...]

“No es cuestión controvertida que este co-demandado suscribió el contrato ... y que en él asumió la coproducción del film, en su carácter de «productor asociado» ...”

“En tal sentido, bueno es recordar que tanto el «productor» cuanto su «asociado» (por caso «Telefé») son los que organizan y promueven el proceso de realización y comercialización de la película, y asumen siempre la responsabilidad financiera del «film».”

“... por la utilización de la imagen del actor, sin su consentimiento, las co-productoras asociadas, han comprometido así su co-responsabilidad, desde que ninguna prueba existe de que «Telefé» se opusiera a tal extremo ...”.

“Tampoco, encuentro que esta co-productora careciera en la especie, de poder de supervisión al que aludió la sra. jueza, en una afirmación para mí dogmática, puesto que mas allá que la cláusula vigésima ..., punto 20.1 y punto 20.2 le quitan todo sustento a aquel afirmado, por participar ambas del «Copyright», y del guión de esa producción del celuloide, mal podrían ignorar la necesaria autorización para exhibir imágenes de quien o quienes no han prestado su asentimiento ...”.

“Así las cosas ... hay causa fuente suficiente en ese mismo contrato para que la desvinculada «Telefé» esté solidariamente comprometida frente al actor, desde que por el uso de su imagen no consentido, lucró como también su co-contratante co-productora ...”.

“...no resiste el menor análisis el argumento baladí ensayado por la productora en torno a que fue ajena a la producción del programa «Cosas Ricas y Famosos», desde que al recibir de la productora de ese programa el material en cuestión, no pudo ni debió omitir el necesario consentimiento que da apoyo a la pretensión postular en examen”.

“Tampoco es convincente, antes bien sumamente ingenuo el argumento de «Patagonik Film Group S.A.» con el que quiere hacer creer que ignoraba la falta de asentimiento, desde que, al igual que «Telefé», por su carácter de productoras en co-participación, tal extremo era de su competencia ineludible, y como tal, su omisión perfectamente endilgable a ambas”.

[...]

“Tampoco concuerdo con la débil fundamentación que dio la colega de grado para desestimar la demanda en contra de los «productores ejecutivos».

“El Sr. Wulichszer reconoció expresamente que intervino en la producción de la película en cuestión ... Lo propio confesó respecto a Pablo Enrique Bossi ... Tales asertos se corroboran con sólo ver el comienzo del video reservado”.

“Ambos, en tales caracteres admitidos, vistos y producto incluso de la «ficta confessio» de uno de ellos ... los coloca en el sitio de responsables máximos -sin desmedro de las productoras- en la realización y producción concreta de la película, y su figura se confunde con las de las co-productoras.- Entre otras muchas funciones que se le encomiendan, figuran la de administrar los

aportes en la contratación de artistas, escenografía, ambientación, sonidistas, iluminadores, etc., a punto tal, que al compaginar o advertir la presencia de un participante, aunque efímero -tal el caso de autos- que no contrató, mal pudieron estos sujetos omitir el deber de interrogarse sobre si existía o no su consentimiento.- Y, significativamente puede afirmarse que son la única persona capaz para cortar o prolongar un rodaje. Y esto va a cuento que, por aquella omisión apuntada, debieron abstenerse de colocar aquella rápida escena. Tanto más, si las co-productoras de las que incluso fueron accionistas y hasta sus presidentes, habían sido intimidadas al efecto”.

COMENTARIO: El derecho a la imagen se vincula a los llamados “derechos conexos” de los artistas intérpretes o ejecutantes, cuya relación con los derechos de los autores es mucho más cercana que la que tienen otros derechos “afines” al derecho de autor, como el de los productores de fonogramas o de los organismos de radiodifusión, porque tanto en el derecho del autor como en el del artista, el sujeto por excelencia es siempre una persona física y, además, en ambos casos se reconocen derechos morales y patrimoniales. Por el contrario, en la gran mayoría de los casos los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión son personas jurídicas, al tiempo que existe la tendencia unánime de la jurisprudencia comparada a considerar que el derecho a la imagen es una “emanación de la propia persona”¹, que “en su dimensión constitucional, se configura como un derecho de la personalidad, que atribuye a su titular la facultad de disponer de la representación de su aspecto físico que permita su identificación”². Ello quiere decir que las personas jurídicas no tienen derecho a la imagen, porque “el derecho al respeto de la imagen concierne sólo a la persona humana, y a nadie más”³. Ahora bien, la concurrencia de ilícitos (contra el derecho a la imagen y también respecto del derecho del intérprete) puede darse, no si se toma y difunde la figura del artista en su actividad no profesional, sino cuando se extrae una interpretación o ejecución suya para incorporarla a otra obra sin su expreso consentimiento. Así aconteció, por ejemplo, en el asunto donde unos actores habían participado en el cortometraje titulado “Soberano el Rey Canalla” para su exhibición en salas de cine y festivales, pero sus imágenes personales, tomadas de la filmación, aparecieron en las marquesinas de las paradas de autobuses, vallas publicitarias, un vídeo musical, carteles que cubrían la fachada de edificios y en *Internet*, todo ello asociado al signo distintivo *Soberano* correspondiente a un conocido brandy y al pie de esa publicidad una botella de la misma marca. Allí la sentencia condenatoria a los infractores dijo que debió advertirse a los citados artistas “conforme nos enseña la lógica y las reglas de la buena fe en toda contratación que se utilizaría su imagen con el producto” y que, en consecuencia, había un daño resarcible ante “la colocación de carteles integrantes de una novedosa forma de publicidad asociando su imagen se quiera o no a un conocido producto de marca sin constarles o saberlo, es más, sin haber obtenido, previamente, el consentimiento de los apelantes que fueron sorprendidos en su buena fe”⁴. Nada diferente ocurre cuando la actuación del artista se extrae de un programa de televisión para incorporarla a una obra cinematográfica. El tema se encuentra en determinar entonces la persona o personas, naturales o jurídicas, que son responsables civilmente de la infracción y que deben responder por los daños morales y patrimoniales causados al artista con la conducta ilícita. Es evidente la responsabilidad que corresponde a la productora del programa televisivo y que suministró el material contentivo de la actuación preexistente para que un tercero la incorporara a la obra nueva, como también al productor de esta última.

1 Superior Tribunal de Justicia de Brasil. Sentencia del 15-9-1997.

2 Tribunal Constitucional español. Sentencia de la Sala 2ª (30-6-2003).

3 Corte de Casación francesa. Sentencia de la 1ª Cámara Civil (10-3-1999).

4 Audiencia Provincial de Madrid. Sentencia de la Sección 10ª (10-1-2006).

El asunto se centra, en el caso concreto, en la responsabilidad de otros intervinientes, para lo cual debe hacerse notar que es intrascendente la denominación que las partes se den en un contrato, sino que lo importante son los derechos y obligaciones que se asumen en el convenio, de manera que si el así llamado “*productor asociado*” de la nueva obra asumió la co-responsabilidad en la actividad técnico-financiera del filme, es un co-productor, a los fines del derecho de autor, más si su nombre aparece conjuntamente con el del productor inicial en la denominación del “*copyright*” durante la proyección, tomando en cuenta que conforme al artículo 15,2) del Convenio de Berna, “*se presume productor de la obra cinematográfica, salvo prueba en contrario, la persona física o moral cuyo nombre aparezca en dicha obra en la forma usual*”. Y siendo co-productor surge la responsabilidad que se deriva de esa condición. De más está decir que son igualmente co-responsables las personas físicas que asumen la decisión de incorporar los extractos de la interpretación preexistente del artista en una obra posterior sin el respectivo consentimiento. © **Ricardo Antequera Parilli, 2013.**

TEXTO COMPLETO:

En la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Capital de la República Argentina, a los ... días del mes de septiembre de dos mil cuatro, reunidos en Acuerdo los Señores Jueces de la sala “G” de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, para conocer en los recursos de apelación interpuestos en los autos caratulados: “CLAUS BERNARD MIGUEL C/ PATAGONIK FILM GROUP S.A. Y OTROS S/ DAÑOS Y PERJUICIOS”, respecto de la sentencia de fs. 774/779, el Tribunal estableció las siguientes cuestiones a resolver:

1a.Cuestión: ¿Se encuentra fundado el recurso de apelación concedido a la parte actora, en relación y con efecto diferido a fs. 692?

En su caso, ¿que decisión corresponde adoptar?

2da.Cuestión: ¿Es justa la sentencia dictada a fs.774/779?.-

Practicado el sorteo resultó que la votación debía realizarse en el siguiente orden: Señores jueces de Cámara Doctores: CARLOS ALFREDO BELLUCCI-LEOPOLDO MONTES DE OCA- HUGO MOLTENI.-

A la primera cuestión planteada el Señor Juez de Cámara dr. Bellucci dijo:

Toda vez que la apelante actora, debidamente notificada a fs. 809/vta. (con fecha 26 de marzo de

2004) del proveído que ponía estos autos a los fines del artículo 260 del ritual, dejó transcurrir el plazo previsto por esa misma norma, en su inciso 1º sin que fundara el remedio que con efecto diferido y en relación, le fuera concedido a fs. 692, cabe a mi juicio declararlo desierto.- En consecuencia, así lo propongo y de suscitar adhesión, corresponde que la imposición de costas resuelta en la interlocutoria glosada a fs. 686/vta., punto I.- adquiera firmeza.- (arts. 259, 260 cód. procesal).-

Tal, mi parecer.-

Los Señores Jueces de Cámara Doctores Leopoldo Montes de Oca y Hugo Molteni votaron en igual sentido por análogas razones a las expresadas en su voto por el Doctor Bellucci.-

A la segunda cuestión planteada, el Sr. Juez de Cámara dr. Bellucci dijo:

I.- A comienzos del mes de Julio de 1988, al asistir a la función cinematográfica del film “Dibu 2 -La Venganza de Nasty” en compañía de un hijo menor, el sr. Bernard Miguel Claus advirtió y comprobó que en una de las primeras escenas, aparecía él en un televisor, y que uno de los intérpretes le arrojaba un calzado y luego un disparo.-

Por afirmar que su imagen fue extraída de un programa “Cosas Ricas y Famosos” difundido por un canal televisivo de cable “Siempre Mujer” sin su consentimiento, demandó resarcimiento de

sus perjuicios, intereses y costas contra las co-productoras de esa película, la empresa productora del programa culinario, y ciertas personas físicas que figuraron en el celuloide como “productores”.-

Para así proceder, solicitó mediante incidente nº 71.426/98 a la vista, beneficio de litigar sin gastos, el que le fue concedido por resolutorio recaído a fs. 112.-

II.- Luego de farragosa tramitación, a fs. 774/779 la sra. jueza “a-quo” admitió sólo en parte aquella postulación inicial, pues dentro del marco legal del artículo 31 de la ley 11.723 y el 1071 bis del código civil, consideró indebida la utilización de la imagen del peticionario en aquella película, pero condenó sólo a las sociedades productoras del programa culinario por haber facilitado el material, y a “Patagonik Film Group S.A.”, quien comercializó su rodaje, desvinculando a “Televisión Federal S.A.” (“Telefé”) por ser mera “productora asociada sin atribución o facultad de supervisión”; a Ricardo Daniel Israel Wulichszer y Pablo Enrique Bossi, al considerarlos no vinculados como tales, con la productora de la que fueron accionistas y presidentes en distintos períodos.- Admitió un monto más accesorios que mandó correr desde la fecha de intimación al cese de la exhibición de dicha obra cinematográfica (v.g. 29/7/98), y les impuso costas a las co-condenadas, y por el rechazamiento de la acción, al actor.- Procrastinó fijar emolumentos en favor de los sres. profesionales que intervinieron a lo largo de este dilatado proceso.-

III.- De tal decisorio reniegan tanto la actora (fs. 821/840), con repulsa de Daniel Israel Wulickszer a fs. 865/867 y de “Telefé” a fs. 870/877, cuanto “Patagonik Film Group S.A.” (fs. 800/803), con respuesta negatoria del demandante a fs. 844/863.- La otra co-demandada co-condenada “Megavisión Producciones S.A.” no fundó su recurso de fs. 784, lo que llevó a la sala a declarárselo desierto a fs. 880 punto 1).-

IV.- Sintéticamente he de reseñar las críticas de los quejosos.-

Rezonga el “petitor” por el rechazo de su pretensión en contra de “Telefé Televisión Federal S.A.” (en adelante “Telefé”), Ricardo Daniel Israel Wulichszer y Pablo Enrique Bossi, desde que con abundancia de razonamientos, vertebralmente considera demostrada la calidad de todos ellos como “productores” de la película en cuestión, sobre la base de las pruebas que indica y que a su juicio, soslayó la sentenciadora de grado.- Protesta por no haberse acogido el daño patrimonial que entiende demostrado en su existencia, con remisión a la facultad del artículo 165 del rito, para su mayor o menor cuantificación; predica exigüidad en el capital de condena acogido por “daño moral” cuya elevación solicita, para rematar sus quejas a propósito de las costas que le fueran impuestas por el rechazo parcial de su demanda, ya que considera que tuvo derecho a demandar a quienes desvinculó erradamente la sra. jueza, criterio que de ser mantenido en esta instancia, amerita que la carga causídica en tal aspecto, sea impuesta por su orden.-

Por su lado, “Patagonik Film Group S.A.” echa dardos críticos a su condena, porque entiende que la única responsable fue “Megavisión Producciones S.A.” en tanto tenedora del material televisivo -entre otros- del programa culinario en cuestión, alegando ignorancia e imposibilidad de saber acerca de la inexistencia de consentimiento del actor respecto a su efímera aparición en el producto filmico.- Argumenta que si se rechazó la pretensión contra “Telefé” sobre la base del contrato con ella suscripto, debió correr igual suerte el reclamo en su contra en razón a resultarle ajena la producción de aquel programa de interés culinario, cuyo material le fue facilitado.- Dice, por abonar su tesitura crítica, que al ser intimada por el actor, con toda celeridad suprimió la imagen de aquel en las copias de la película volcadas a videos.-Predica abultamiento en lo dado por “noxa moral”, cuya disminución impreca.-

Por último, se agravia del “dies a-quo” del accesorio fallado, que en su caso, deberá correr desde la fecha de esta sentencia para evitar de ese modo la

duplicación del “quantum” diferido a condena.-

He aquí sucintamente expuesta la temática que concita la actividad revisora de este colegiado, y que por sorteo me tocó en suerte abordar como preopinante, tarea que seguidamente realizo.-

V.- Por razón de método, y dada la preservación de la continencia a propósito de la vinculación de los desligados o, por el contrario, de la inclusión en el rechazo fallado de una de las co-condenadas, abordaré en forma omnicomprendiva las primeras quejas de los desconformes y que señalé en el anterior considerando, principiando por la situación en autos, de “Telefé”.-

a).- No es cuestión controvertida que este co-demandado suscribió el contrato que luce a fs. 459/468, y que en él asumió la coproducción del film, en su carácter de “productor asociado”.- (“vide” fs. 459 cláusula primera; segunda punto 2.2., cláusula quinta punto 5.2.; cláusula décimo segunda de fs. 465 y vigésima de fs. 467, puntos 20.1 y 20.2).-

En tal sentido, bueno es recordar que tanto el “productor” cuanto su “asociado” (por caso “Telefé”) son los que organizan y promueven el proceso de realización y comercialización de la película, y asumen siempre la responsabilidad financiera del “film”.-

Dado lo anterior yerra la “a-quo” en su fundamento dado a fs. 777, punto 1. desde que -como bien lo pone de resalto el actor quejoso- leído y releído ese contrato, en modo alguno aparece la eximición a la que alude la sentenciadora.- Es más, interpretada armónicamente la cláusula décimo quinta, punto 15.2. de fs. 466, surge precisamente lo contrario a lo sostenido por la judicante, desde que, por la utilización de la imagen del actor, sin su consentimiento, las co-productoras asociadas, han comprometido así su co-responsabilidad, desde que ninguna prueba existe de que “Telefé” se opusiera a tal extremo.- (arts. 330, 356, 377 y cc. de la ley del rito).-

Tampoco, encuentro que esta co-productora careciera en la especie, de poder de supervisión al que aludió la sra. jueza, en una afirmación para mí dogmática, puesto que mas allá que la cláusula vigésima (fs. 467), punto 20.1 y punto 20.2 le quitan todo sustento a aquel afirmado, por participar ambas del “Copyright”, y del guión de esa producción del celuloide, mal podrían ignorar la necesaria autorización para exhibir imágenes de quien o quienes no han prestado su asentimiento.- (conf. art. 163. inc. 5º y cc. del rito; 31 de la ley 11.723).-

Así las cosas, a mi entender, hay causa fuente suficiente en ese mismo contrato para que la desvinculada “Telefé” esté solidariamente comprometida frente al actor, desde que por el uso de su imagen no consentido, lucró como también su co-contratante co-productora.- (arts. 699 y cc. del código civil).- Todo ello claro está, sin demérito de las acciones de contribución a que refiere el artículo 716 de la ley de fondo.-

Por lo que vengo considerando, no resiste el menor análisis el argumento baladí ensayado por la productora en torno a que fue ajena a la producción del programa “Cosas Ricas y Famosos”, desde que al recibir de la productora de ese programa el material en cuestión, no pudo ni debió omitir el necesario consentimiento que da apoyo a la pretensión postular en examen.-

Tampoco es convincente, antes bien sumamente ingenuo el argumento de “Patagonik Film Group S.A.” con el que quiere hacer creer que ignoraba la falta de asentimiento, desde que, al igual que “Telefé”, por su carácter de productoras en co-participación, tal extremo era de su competencia ineludible, y como tal, su omisión perfectamente endilgable a ambas.-

Desde otro ángulo, no puede ignorar “Telefé” ni su co-productora recurrente, que respecto a “Megavisión Producciones S.A.” existe con ellas concurrencia de responsabilidad por diversidad de causas fuente, ya que ésta facilitó sin consentimiento aquel material, y aquellas, lo plasmaron con idéntico

vicio en la película que co-produjeron.-

La sentencia en crisis soslayó, en el aspecto que vengo tratando, claras disposiciones de la ley sustantiva, ya que por imperio de los artículos 1195 “in fine” y 1199, el contrato analizado no pudo ni debió perjudicar al actor, amén que por su relatividad, tampoco le es a éste oponible.-

Así, como la voluntad de las partes vinculadas contractualmente a las que le era y es ajeno el actor, carece de virtualidad para modificar por esa vía, la naturaleza de las cosas, del mismo modo resulta fuera de sustento para ir derechamente en contra de la tutela de un derecho de la personalidad del tercero ajeno, y que la ley 11.723 considera digna de protección jurídica.- (conf. esta sala, en E.D. tomo 107-254).-

Cabe diferenciar los efectos directos de los indirectos de ese contrato, que, por lo general, bajo el axioma sacramental latino que reza “res inter aliis neque nocere neque prodesse potest” se los confunde.- Confusión que lleva de la mano a errar con graves consecuencias.-

Sucede que además del efecto directo que se produce entre los titulares de esa relación jurídica, también los hay indirectos en cuyo mérito, si aquel los afectó, pueden invocarlos.-

Así, la relatividad de los contratos a la que aludí, se conjuga en la especie de un modo exactamente inverso: el contrato es oponible e invocable por todos, siempre que, como en el “sub-lite”, exista un interés jurídicamente protegido que aquella concertación a la que éste fue ajeno, lo lesione o restrinja.- De Perogrullo, es simple aplicación del principio rector que indica claramente que “el interés es la medida de la acción” (Von Ihering: “La Lucha por el Derecho”).-

No es ocioso, antes bien necesario recordar que nuestro código civil no regula expresamente la inoponibilidad, salvo la determinación del efecto relativo de los contratos (conf. arts. 1195, 1199 y

cc.), del que deriva un principio basal que permite construir al tercero ajeno y dañado una defensa de su derecho (Cám. Civ. Sala “C”, del 21/11/78, voto del dr. Cifuentes, en E.D., tomo 83-298).-

Tampoco es cierto -como lo sostiene la apelante “Patagonik Group S.A.”- que frente a la intimación cursada por el “chef”, que implicó sobreabundante conocimiento de su omisión, cesara de inmediato en su actividad ilegítima, puesto que del informe del “INCAA” de fs. 706, surge claro que siguió difundiendo a la película casi durante un año, hasta el 23 de julio de 1999, oportunidad en la que recién suprimió la “inconsulta figura del actor” cuando volcó a video aquella representación cinematográfica.-) Cómo puede entonces alegar en una y otra oportunidades, que desconocía la ausencia o falta de consentimiento?.- Sencillamente, su queja en este aspecto cae, y al propio tiempo la del actor, hace que me incline a aceptar la condena respecto de “Telefé”, en forma solidaria con la productora, y concurrentemente con quien le advino firme el pronunciamiento criticado.-

b).- Tampoco concuerdo con la débil fundamentación que dio la colega de grado para desestimar la demanda en contra de los “productores ejecutivos”.-

El Sr. Wulichszer reconoció expresamente que intervino en la producción de la película en cuestión (absolución afirmativa a la posición 4 del pliego de fs. 441/442, acta de fs. 443), y en ese mismo acto, a tenor de la posición 10, afirmó que lo fue como “productor ejecutivo”.- Lo propio confesó respecto a Pablo Enrique Bossi.- (posición nº 26, acta mencionada).- Tales asertos se corroboran con sólo ver el comienzo del video reservado.-

Ambos, en tales caracteres admitidos, vistos y producto incluso de la “ficta confessio” de uno de ellos (“vide” fs. 456 punto 1), los coloca en el sitial de responsables máximos -sin desmedro de las productoras- en la realización y producción concreta de la película, y su figura se confunde con las de las co-productoras.- Entre otras muchas funciones

que se le encomiendan, figuran la de administrar los aportes en la contratación de artistas, escenografía, ambientación, sonidistas, iluminadores, etc., a punto tal, que al compaginar o advertir la presencia de un participante, aunque efímero -tal el caso de autos- que no contrató, mal pudieron estos sujetos omitir el deber de interrogarse sobre si existía o no su consentimiento.- Y, significativamente puede afirmarse que son la única persona capaz para cortar o prolongar un rodaje.- Y esto va a cuento que, por aquella omisión apuntada, debieron abstenerse de colocar aquella rápida escena.- Tanto más, si las coproductoras de las que incluso fueron accionistas y hasta sus presidentes, habían sido intimadas al efecto.-

Desde otra arista que ofrecen los voluminosos cuerpos que componen y encierran este retazo de verdad ya histórico, es dable advertir que al oponer ambos un hecho obstativo a la pretensión esgrimida por el peticionario, según carga probatoria, debieron demostrar su falta de responsabilidad, o imposibilidad de incumbencia en este tópico basal del reclamo actoral.- (arts. 356, 377 y cc. del rito; 1068, 1069, 1109 y cc. del código civil; 31 de la ley 11.723).-

No se trata de señalar la diversidad de personalidad jurídica en que se apoyó la sra. jueza, lo que es evidente, sino de calificar y tasar correctamente en derecho la actividad y actitud que en el caso concreto, asumieron unos y otras frente al actor.- De allí que acompañe las certeras críticas lanzadas por éste, y propicie también en este aspecto la revocatoria de lo que decidió la colega de la anterior instancia.-

En suma, porque unas y otros asumieron la organización, promoción, realización, comercialización y la responsabilidad financiera del film, y lo ejecutaron en su presupuesto, con lucro demostrado a través de la experticia de fs. 550/587, han de responder solidariamente, y concurrentemente con la empresa que facilitó el "tape", frente al accionante.-

c).- Rezonga el actor porque no se admitió su yactura patrimonial.-

He leído con detenimiento todas las declaraciones testificales obrantes en estos autos, en el acólito incidente de beneficio, y en el que se promovió cautelarmente, y concuerdo con la sentenciadora en que tomadas en su conjunto y valoradas a la luz de la sana crítica, no encuentro demostrado menoscabo patrimonial en el "chef" en adecuada relación causal con la difusión no consentida de su imagen.- (arts. 377, 386, 456, 477 y cc. del rito).-

No demostró con suficiente grado de persuasión o convencimiento que la proyección de esa película le haya quitado popularidad crematística, o abortado contrataciones que bien pudieron ser demostradas -de haber existido- mediante medio probatorio idóneo.- Las declaraciones merítadas develan cuanto más, perjuicios anímicos, mofas, etc. que serán motivo de análisis al valorar la suma dada por "noxa moral", pues es ése y no éste el campo adecuado en que han de valorárselas.-

Propugno que en este aspecto, no se admitan las quejas vertidas por el demandante, y como correlato, sea confirmada la decisión negatoria que dictó la primer magistrada.- (arts. 519, 906 y cc. del código civil; 330, 377, 386, 456, y cc. del de forma).-

d).- No caeré en lugar tan común como conocido a propósito de la configuración de esta partida moral, que se produce "in re ipsa".-

Sí, en cambio terciaré en la disputa por la suba o baja del capital diferido a condena.-

Adelanté que la testifical rendida me persuade convenientemente acerca de las "burlas" de las que fue objeto el actor.-

Su afección en la faz espiritual, a consecuencia del hecho juzgado viene también demostrada, tanto en su existencia cuanto en su intensidad por la experticia psicológica rendida a fs. 533/34.- (arts. 386, 456, 477 y cc. del rito; 1078 del código civil).-

A lo dicho agregó yo que el actuar de las ofensoras, por darle alguna denominación que las abarca, ha sido deliberada en cuanto a lucrar con aquella imagen sin el correspondiente desembolso que, de haber prestado consentimiento, le hubiere correspondido al “chef”.-

Sobre tal piso de marcha, no es irrazonable presumir el “ahorro” que significó la utilización de tal imagen, desde que su uso no consentido evitó la erogación necesaria a fin que otro personaje suplantara al actor en esa corta porción de la película.- (arts. 163 inc. 5º y cc. de la ley de forma).-

No ignoro que en nuestra doctrina los autores han acentuado la preponderancia de uno u otro aspecto, procurando descalificar el opuesto (ver las diversas opiniones en Llambías, Jorge J. “Obligaciones”, Tratado Abeledo- Perrot, Bs. As., 1983, t. I, p. 330 y ss. nros. 258 a 262), inclinándose la mayoría por el carácter resarcitorio y no punitivo (ver Raymundo M. Salvat, “Tratado de Derecho Civil Argentino”, Obligaciones, ed. actualizada por Enrique V. Galli, TEA, Bs. As., 1952, p. 214 y ss. Nº 187, y 187 a; Alfredo Orgaz, “El daño resarcible”, Depalma, Bs. As., 1967, p. 190 y s. nro. 57, entre otros).- Creo, empero, que un punto de vista exclusivamente unilateral, que mire sólo a la conducta ofensiva del causante del daño (v. g. Llambías, ob. cit) o sólo a la situación de la víctima, habría de parcializar la realidad en que ambos se encuentran involucrados y en la que han tenido un rol protagónico.- Si sólo se atiende a la conducta del ofensor, como bien observa Cifuentes (Santos Cifuentes, “Naturaleza jurídica del daño moral y derivaciones de su concepción”, en Estudios en homenaje al Dr. Guillermo A. Borda, La Ley Bs. As., 1984, p. 84), el damnificado y sus padecimientos morales son puestos en el margen del problema, cuando, en rigor, las normas aplicables aluden a la “reparación” del daño moral (ver arts. 522 y 1078, cód. civil) y de eso se trata primordialmente (art. 1083, cód. cit.).- Pero es preciso advertir que tampoco es indiferente al derecho -no podría serlo- la calificación o las características del obrar de los autores del daño (v. gr. arts. 521, 1069, parte 2º, 1082 y 1109 in fine,

cód. civil), pues tales circunstancias también inciden en el rigor o la magnitud de la sanción aplicable.- De allí ese carácter bifronte que, creemos, es el que mejor refleja los perfiles normativos de la indemnización por daño moral.- (conf. esta sala, en autos caratulados: “Caputo Lucas c/ Empresa Bme. Mitre s/ daños y perjuicios”, Libre nº 341.517, del 3/5/2002, entre tantos otros).-

Por lo demás, cabe agregar que la solución del problema amerita contemplarse desde un punto de vista social, teniendo presente el interés de la colectividad en incitar a la prudencia, y desalentar actitudes, conductas y quehaceres vivenciales que precisamente discurren por andariveles que le son antagónicos al indicado.-

El carácter predominantemente resarcitorio de esta noxa no descarta la función ejemplarizadora propia de una sanción.- Aún cuando la teoría del resarcimiento expuesta por la doctrina francesa (por ejemplo, Henri Lalou, “Traité pratique de la responsabilité civile”, Paris, Librairie Dalloz, 1949, núm. 149, p. 101) y aceptada en nuestro medio (v.gr. Orgaz, A., op. cit., número 78, p. 201; Henoch D. Aguiar, “Hechos y actos jurídicos en la doctrina y en la ley”, T.E.A., 1950, t. IV, núms. 33 y 34; Cammarota Antonio, “Responsabilidad extracontractual”, Buenos Aires, 1947, t. 1, núm. 77, p. 94; Salas, Acdeel Ernesto; “Estudios sobre la responsabilidad civil”, Valerio Acevedo Editor, 1947, ps. 81 y sgtes.; entre otros), fue objeto de agudas críticas por parte de quienes sostenían la tesis de la “pena civil” (v. gr., Georges Ripert, “La règle morale dans les obligations civiles”; “Librairie Générale de Droit & de jurisprudente”, Paris, 1935, ps. 366 y sgtes., en particular, número 181 y p. 368) nada obsta a que ambas posiciones se concilien atendiendo a las circunstancias de cada caso, pues una y otra se inspiran en propósitos que no se excluyen recíprocamente.-

En efecto, puede concederse una suma de dinero para que ella atenúe los rigores del padecimiento (ver Salas, obra y lugar cit.) y, al mismo tiempo, castigue la conducta plural ilegítima con el fin de

impedir la renovación de la falta (René Demogue, "Traité des obligations en general", Paris, Librairie Arthur Rousseau, 1924, t. IV, núms. 406 a 409, ps. 48 a 52).-

De lo que se trata, entonces, es de evitar el encasillamiento del derecho en categorías rígidas que entorpezcan la recta administración de justicia ya que, en definitiva, las categorías están más en nuestro entendimiento que en las cosas, "Natura non procedit per saltus" (Demogue, op. cit. Núm. 406, p. 49).- Por ende, no hay obstáculo para incrementar la suma por el daño moral con la finalidad adicional de repudiar la conducta observada por los demandados.-

Por ende, disiento con la co-condenada quejosa y en cambio, comparto las atinadas reflexiones del actor en procura de la elevación de la cantidad fallada.-

Frente a la magnitud de la "ofensa", hago ponencia al acuerdo en el sentido de elevar el capital de condena por este renglón de conformación dual, a la suma de pesos sesenta y cinco mil (\$ 65.000).- (arts. 163, 165, 386, 456, 477 y cc. del rito).-

e).- Sostiene "Patagonik Film Group S.A." que no corresponde computar réditos a partir de la carta documento de fs. 8/9 (en fotocopia de su original reservado aparte y a la vista) de fecha 29/7/98, sino desde la sentencia que dicte este colegiado.-

El argumento meramente dogmático y subjetivo va en contra de expresas disposiciones legales que señalan a la interpelación constitutiva de mora como fecha de arranque del accesorio.- (arts. 505, 509, 622, 1083 y cc. del código civil).-

Bien ha decidido el fallo hacerlos correr desde entonces porque el hecho lesivo para el peticionario víctima, fue puesto en conocimiento de quienes lo actuaron, y además, ese día y por ese medio fehaciente no desconocido, se los intimó a cesar en tal proceder lesivo.-

Sucedió, que lejos de acatar tal pedimento, la película en cuestión siguió siendo proyectada en salas cinematográficas hasta el día 23 de julio de 1999 (según informe que corre a fs. 706/714, de modo que el reproche que en este aspecto se le hace al "dictum" merece desestimatoria.-

f).- El agravio "ad eventum" que señaló el demandante a propósito de las costas a él impuestas en la sentencia por la desestimación parcial de su pretensión inicial, por el sentido del voto que emitiré, se proyecta a un plano de mera abstracción.-

En suma, substancialmente voto por la negativa a esta segunda cuestión que integra el copete de este acuerdo.-

Conclusión: De suscitar adhesión, corresponderá declarar la deserción del recurso de apelación concedido a la parte actora, en relación y con efecto diferido a fs. 692, y firme en consecuencia, la imposición de costas resuelta en la interlocutoria dictada a fs. 686/86vta., punto I.- Deberá revocarse parcialmente el decisorio recurrido, en cuanto rechazó la demanda contra "Televisión Federal S.A." ("Telefé", Ricardo Daniel Israel Wulichszer y Pablo Enrique Bossi, la que deberá admitirse en forma solidaria con "Patagonik Film Group S.A.", y concurrentemente con "Megavisión S.A." a quienes también les alcanzará la condena dictada.- Se la modificará con elevación del capital de condena por daño moral, a la suma de pesos sesenta y cinco mil (\$ 65.000), y se la confirmará en todo lo demás que decidió y fue motivo de inatendibles quejas, todo ello, con costas de ambas instancias a cargo de las co-responsables condenadas.- (art. 68 y cc. del rito).-

Tal, mi parecer.-

Los Señores Jueces de Cámara Doctores Leopoldo Montes de Oca y Hugo Molteni votaron en igual sentido por análogas razones a las expresadas en su voto por el Doctor Bellucci.- Con lo que terminó el acto.-

Buenos Aires, ... de septiembre de 2004.-

Y VISTOS:

Por lo que resulta de la votación de que instruye el Acuerdo que antecede, SE RESUELVE: I.- Declarar desierto el recurso de apelación concedido en relación y con efecto diferido en favor del actor a fs. 692, y en su consecuencia, firme la imposición de costas resuelta a fs. 686/86 vta..- II.-Revocar parcialmente el decisorio recurrido, en cuanto rechazó la demanda contra “Televisión Federal S.A.” (“Telefé”), Ricardo Daniel Israel Wulichszer y Pablo Enrique Bossi, la que se admite, y se los condena solidariamente con “Patagonik Film Group S.A.”, y concurrentemente con “Megavisión S.A.”.- III.- Se lo modifica con elevación del capital de condena por “daño moral” a la suma de pesos sesenta y cinco mil (\$ 65.000).- IV.- Se lo confirma en lo demás que decidió y fue materia de inatendibles agravios.- V.- Se les imponen a los co- condenados las costas irrogadas en ambas instancias.- Una vez regulados los honorarios devengados por la actuación profesional cumplida ante el juzgado de tramitación, se fijarán los emolumentos pertenecientes a las tareas realizadas ante este tribunal colegiado.- Vueltos los autos, la sra. jueza “a-quo” arbitrará lo conducente al logro del ingreso del faltante tributo de justicia, y se recuerda la personal responsabilidad que impone la ley 23.898.- Notifíquese, regístrese y devuélvase.-

*Carlos A. Bellucci Leopoldo Montes De Oca
Hugo Molteni*