

Centro Regional para el Fomento del Libro en América Latina y el Caribe © CERLALC, 2007  
Selección y disposición de las materias y comentarios, Ricardo Antequera Parilli

## **Daño patrimonial. Inclusión de fotografía en grabación audiovisual**

**PAÍS U ORGANIZACIÓN:** Argentina

**ORGANISMO:** Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial, Mar del Plata, Sala II

**FECHA:** 27-4-2004

**JURISDICCIÓN:** Judicial

**FUENTE:** Texto del fallo a través del Portal Propiedad Industrial/Intelectual & Mercado. Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, en <http://www.dpi.bioetica.org/jurisdpi/jurisprudencia.htm>

**OTROS DATOS:** Szawarski Daniel vs. MTM Video Producciones.

### **SUMARIO:**

*“Demanda el actor indemnización de daños y perjuicios ... por la utilización, por parte de los accionados, de una imagen fotográfica de su autoría, que fuera reproducida por éstos para promocionar un video que realizaran a los fines de su comercialización - esto con motivo de la celebración de un evento deportivo del Club Atlético Quilmes de esta ciudad-, lo cual importó el aprovechamiento de su derecho de autor”.*

*“ ... la demandada ha hecho, en efecto, un uso indebido -uso comercial- de la fotografía, sin que mediara autorización del autor, toda vez que no hubo anuencia -ni expresa ni tácita- de éste”.*

*“La expresa debió resultar de un pacto o manifestación ex-profeso. Y para que pudiera considerarse la posibilidad de una aprobación tácita del uso, la entrega del negativo debió ser inequívoca y referida al original, lo cual aquí no ha ocurrido, tratándose, por lo demás, de una cuestión que, por importar una disposición patrimonial, debe ser interpretada en sentido estricto”.*

*“ ... ha de concluirse que se encuentra expedita la acción indemnizatoria por uso indebido de la obra fotográfica, toda vez que a la antijuridicidad constituida por el uso indebido y sin mención del autor de la obra fotográfica, se suma el presumible daño derivado de su aprovechamiento económico a expensas del autor, en una inescindible relación causal y como efecto de una imputación subjetiva con base en la culpa”.*

## TEXTO COMPLETO:

1a) ¿Es justa la sentencia de fs. 429-35?

2a) ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A la primera cuestión el señor juez dr. Oteriño dijo:

I) Demanda el actor indemnización de daños y perjuicios (estimados en la suma de \$ 5.000.) por la utilización, por parte de los accionados, de una imagen fotográfica de su autoría, que fuera reproducida por éstos para promocionar un video que realizaran a los fines de su comercialización -esto con motivo de la celebración de un evento deportivo del Club Atlético Quilmes de esta ciudad-, lo cual importó el aprovechamiento de su derecho de autor. Cita, al efecto, el Art. 17 de la Constitución Nacional, la ley 11.723 y jurisprudencia afín.

Los accionados contestan la demanda, oponiendo el demandado Muñoz la excepción de falta de acción y de legitimación pasiva, en tanto que la demandada "MTM Video Producciones S.R.L." cuestiona el reclamo sosteniendo que el positivo mentado en la demanda y el utilizado en el video no han sido los mismos positivos y que, por lo tanto, el reclamo debe ser desestimado.

Abierto el juicio a prueba y producida ésta, a fs. 207/213 de los autos N° 127.760 y fs. 140/46 de los autos N° 127.761 se dicta ~~sentencia~~ sentencia única en primera instancia, haciéndose lugar a la excepción de falta de legitimación pasiva opuesta por Muñoz y rechazando la demanda contra "MTM Producciones S.R.L.", con costas en ambos casos.

En cuanto al primero, porque la utilización de la fotografía fue realizada por la firma "MTM Producciones S.R.L.", persona jurídica que se encuentra legalmente constituida e inscripta; y en cuanto a esta última, porque la fotografía utilizada no se originó en ninguna de las indicadas en el escrito de demanda, puesto que se corresponde con el negativo "16a" del actor, de donde resulta que no se acreditó su utilización ilegítima.

Detalla, en cuanto a esto último, que, difundiendo el video otro negativo, el positivo de dicho negativo tuvo que haber sido facilitado por el actor, lo cual se aclara a partir de la declaración del testigo Rigano, quien acredita que existió una venta de una fotografía por parte del actor, la que fue facilitada al accionado.

II. La sentencia es apelada por el actor, quien expresa agravios en el expediente N° 127.761: 1°, por el inadecuado análisis de la prueba en relación a las pretensiones deducidas por su parte, habida cuenta que, al demandar, no dijo que se había utilizado la misma toma, sino que se refirió a una imagen que le pertenecía; esto es, una de las fotos tomadas en la ocasión; 2°, por considerarse que no se acreditó la obtención ilegítima de la fotografía, en razón de corresponder lo editado a otro negativo que está en poder de la accionada, por lo que el positivo de dicho negativo tuvo que haber sido facilitado por su parte, señalando a este respecto que la posesión de un positivo fotográfico no importa ni hace presumir una entrega voluntaria y mucho menos una autorización para su uso comercial.

Los agravios no son contestados.

En cuanto al expediente N° 127.760, el apelante actor no expresó sus agravios, por lo que el recurso ha quedado desierto (conf. Art. 261 del CPC).

### Consideración de los agravios.

Primero: erróneo análisis de la prueba en relación a los hechos expuesto en la demanda.

Le asiste razón.

Ha quedado probado (conf. pericia de fs. 98/100 y explic. de fs. 117): a. que la fotografía que fuera reproducida en la carátula del video corresponde al fotograma 16a del negativo presentado por el actor; b. que dicha fotografía es resultado de un fotograma que ha sido reproducción de una fotografía, a partir de la cual se obtuvo un internegativo; c. que el póster anexo a la revista del actor, al igual que la fotografía reproducida en la revista del club Quilmes, corresponde al fotograma 17 del

*negativo acompañado por el actor y no al 16a que es motivo del juicio.*

*De aquí se infiere el error en que incurre el a quo al interpretar los términos de la demanda y las pruebas producidas, pues el reclamo por la indebida utilización de la imagen no ha estado circunscripto a la que fuera reproducida en la revista del actor “El básquet y sus protagonistas”, sino a cualquiera de las fotografías del equipo del Club Quilmes que haya sido tomada por este último en aquella ocasión (según sus términos: “a una de las tomas efectuadas a fin de obtener la que sería definitivamente el poster”, conf. fs. 5, expte. N° 127.761).*

*Cabe, pues, atender el agravio y dar cabida al recurso a este respecto (conf. arts. 34 inc. 4°, 163, inc. 6° y concds. del C.P.C.).*

*Segundo: obtención ilegítima de la fotografía.*

*También la asiste razón.*

*La demandada indica que fue el propio “Club Atlético Quilmes” quien entregó a su parte (“MTM”) el negativo de la foto que fuera motivo de la demanda, lo cual dejaría entrever que era de propiedad de aquél (conf. fs. 16), extremo que pareciera asimismo surgir de la declaración prestada por el Presidente de la Subcomisión de Básquet, Oscar Roberto Rigano, quien a fs. 163/5 señala que la foto le fue encargada y pagada al actor, “pidiéndole el negativo que me entregó” (conf. fs. 163 vta.); “son (refiriéndose a las fotos) las que me dio (el actor) y las que después le entregué al Sr. Muñoz”.*

*A su vez, el fotógrafo Tanzi dice que, a los efectos del video, hizo un positivo del negativo que le dio Muñoz, pieza ésta que -según su conocimiento- le había sido entregada al nombrado en el propio club, deslizado que era de mala calidad, aunque no llegó a pensar que fuera un internegativo (conf. fs. 110/2, expte. N° 127761).*

*De acuerdo a lo expuesto, queda a las claras que, no pudiendo existir más de un negativo original, y encontrándose éste en poder del actor, el negativo proporcionado a Muñoz por el*

*club Quilmes no ha sido sino un internegativo (negativo obtenido de una fotografía), del que a su vez se obtuvo el positivo que fuera utilizado en el video (conf. arts. 163 inc. 5°, 375, 384, 474 del C.P.C.).*

*Se ha vuelto, pues, patente, a partir de lo expuesto, que la demandada ha hecho, en efecto, un uso indebido -uso comercial- de la fotografía, sin que mediara autorización del autor, toda vez que no hubo anuencia -ni expresa ni tácita- de éste.*

*La expresa debió resultar de un pacto o manifestación ex-profeso. Y para que pudiera considerarse la posibilidad de una aprobación t cita del uso, la entrega del negativo debió ser inequívoca y referida al original, lo cual aquí no ha ocurrido, tratándose, por lo demás, de una cuestión que, por importar una disposición patrimonial, debe ser interpretada en sentido estricto (conf. doct. Art. 384 del C.P.C. y 1145/6 del C.Civil; C.Nac.Civil, Sala A, “J.A.”, 1986/II/583; Emery Miguel Angel “La propiedad intelectual y la publicidad”, en “Derechos Intelectuales”, Astrea, p g. 41/61, N° 4).*

*Fuera de lo dicho, ha de recordarse que el autor siempre conserva el derecho de exigir la mención de su nombre como autor (conf. Art. 52 de la ley 11.723).*

*Ahora bien, restan todavía dos cuestiones a examinar: si la fotografía de marras se encuentra comprendida en el ámbito de protección de la ley 11.723, y si dicha protección subsiste pese a no haberse hecho el resguardo legal constituido por su inscripción.*

*En cuanto a lo primero, la fotografía como obra del intelecto o de la capacidad artística del sujeto se encuentra comprendida en la noción de propiedad emanada de los arts. 17 de la Constitución Nacional, 1° y sigts. de la ley 11.723 y 2312 y concds. del C.Civil, en la inteligencia de que las exigencias de originalidad y creación son conceptos relativos, que remiten, en primer término, a la idea de autor o autoría, y recién en un segundo momento a la de valor creativo, novedad o maestría (y nunca, por cierto, a la de creación ex-nihilo, puesto que se trata de una obra de la cultura). Pero para adentrarse en esto es*

*necesario del aporte de un peritaje, secundado por la opinión de la crítica.*

*A lo dicho hay que agregar que la toma fotográfica es siempre original, en el sentido de pieza única e irreplicable realizada por el fotógrafo en determinadas circunstancias de tiempo y lugar, bastando en este caso para acreditarlo la explicación del perito referida a los detalles que diferencian una toma de otra durante una secuencia fotográfica (conf. fs. 76/78, expte. 127.761).*

*Pues bien, todos aquellos extremos se encuentran cumplidos, en la medida que la fotografía en cuestión es obra de un profesional, dotado -ha de entenderse- de las condiciones de habilidad, arte y técnica, que resultan avaladas no sólo por dicha condición profesional sino también por el uso social y comercial que fuera dado a las obras de su autoría (conf. test. de fs. 161/5 prestados por Scartascini y Rigano; Lipszyc, Delia, "Derecho de autor y derechos conexos", p g. 83).*

*En cuanto a si la obra fotográfica en cuestión se halla protegida como derecho de autor, comprendido como tal en el patrimonio del actor en los términos del Art. 2°, 12 y concds. de la ley 11.723, ha de contestarse en forma afirmativa, aún más allá de no haber sido objeto de la inscripción que regula el Art. 34 (conf. C.Nac.Civ., sala I, 15/6/99, en "J.A.", febrero 16/2000, N° 6181, p g.50)*

*Por un lado, la omisión de tal exigencia sólo veda la acción penal y no la indemnizatoria emanada del derecho común (conf. Art. 12), y por otro, el apercibimiento de suspensión del derecho de autor contenido en el Art. 63, ha de ser interpretado en forma restrictiva y sólo referido, como regla, a las obras que hayan sido objeto de contrato de edición y no a las hechas públicas -como en el caso de autos- por su mera exposición o manifestación indiscriminada (conf. código Belluscio-Zannoni, tomo 8, p g-470, N° 2).*

*Sentado lo cual, ha de concluirse que se encuentra expedita la acción indemnizatoria por uso indebido de la obra fotográfica, toda vez que a la antijuridicidad constituida por el uso indebido y sin mención del autor de la obra*

*fotográfica, se suma el presumible daño derivado de su aprovechamiento económico a expensas del autor, en una inescindible relación causal y como efecto de una imputación subjetiva con base en la culpa (conf. arts. 1067 y concds. del C.Civil).*

*Corresponde, pues, revocar la sentencia de primera instancia y dar curso a la acción indemnizatoria.*

*IV) Puesto el suscripto a determinar la medida del daño y, consecuentemente, del quantum indemnizatorio, evalúa que se trata -como queda dicho- de la utilización comercial de una fotografía, sin mención de su autor, difundida a través de un medio de acotada circulación, respecto del cual no se han proporcionado ni las cifras de su edición ni los montos del resultado económico obtenido (conf. arts. 375, 384 del C.P.C.).*

*A la luz de estos elementos, y atendiendo al posible beneficio que, a título de chance, el actor hubiere podido obtener, sea por la concesión onerosa de su uso, sea por su explotación directa -y esto en la advertencia que, en lo referido a la publicación "Esto es Quilmes", cedió su uso "por gentileza" (esto es: gratuitamente), resulta prudente y equitativo, conforme a la experiencia, sana crítica y circunstancias del caso, fijar en la suma de \$ 400. la indemnización por los daños irrogados (conf. arts. 163 inc. 5°, 165, 375, 384 y concds. del C.P.C.).*

*Voto por la negativa.*

*Los señores jueces Dres. Raúl Oscar Dalmaso y Nélide I.Zampini votaron en igual sentido por análogos fundamentos.*

*A la segunda cuestión el señor juez dr. Oteriño dijo:*

*Corresponde, haciendo lugar a la apelación del actor, revocar la sentencia de primera instancia y dar acogida favorable a la demanda, con la consiguiente condena a la demandada "MTM Video Producciones S.R.L." a abonar a aquél, dentro de los diez días de quedar firme o consentido el pronunciamiento, la suma de \$ 400. (cuatrocientos pesos) -sin intereses, por*



*no haber sido solicitados-, más las costas del juicio (conf. Art. 68 del C.P.C.), regulando los honorarios totales -comprendidos los de primera y segunda instancia- del Dr. Alberto Chayle, patrocinante del actor, en la suma de \$ 180. y los de la Dra. María A. Fernández Uzquiano, patrocinante y apoderada de la accionada, en la suma de \$ 160., m s sus aportes legales (conf. arts. 16, 21, 22, 28, 31 y conchs. de la ley 8904), y los del perito fotógrafo Roberto Pascual Angélico en la suma de \$ 150. (conf. Art. 274 del C.P.C.); por último, se declara desierto el recurso deducido por el actor en los autos seguidos contra Muñoz (conf. Art. 261 del C.P.C.).*

*Así lo voto.*

*Los señores jueces Dres. Raúl Oscar Dalmaso y Nélide I. Zampini votaron en igual sentido los mismos fundamentos.*

*En consecuencia se dicta la siguiente sentencia*

*Por los fundamentos expuestos en el presente acuerdo se hace lugar a la apelación del actor, revocándose la sentencia de primera instancia y da acogida favorable a la demanda, con la consiguiente condena a la demandada "MTM Video Producciones S.R.L." a abonar a aquél, dentro de los diez días de quedar firme o consentido el pronunciamiento, la suma de \$ 400. (cuatrocientos pesos) -sin intereses, por no haber sido solicitados-, más las costas del juicio (conf. Art. 68 del C.P.C.), regulándose los honorarios.*