

_____ Salta, 23 de Noviembre de 2016.- _____

_____ **Y VISTOS:** Estos autos caratulados “**CASTRO**, Diego Ignacio vs. **ARANDA**, Juan; **ROMERO**, Eduardo; **NERMAN**, Paulina; **GARZÓN**, Fernando; **PAZ**, Ricardo; **LOCAL COMERCIAL KOUT**; **HORMIGO**, Marisa, **TEXLAW S.A: SUMARIO - DAÑOS Y PERJUICIOS – COBRO DE PESOS**”, Expte. N° 143166/05 del Juzgado de 1° Instancia en lo Civil y Comercial 5° Nominación; N° **224698/08 de esta Sala Quinta**, _____

_____ **R E S U L T A N D O** _____

_____ El Dr. Alfredo Gómez Bello dijo: _____

_____ 1) Vienen estos autos en virtud de los recursos interpuestos a fs. 363 por Texlaw S.A., representada por el Dr. Gustavo Javier Del Monte; a fs. 365 por el Dr. Diego Ignacio Castro Verasaluse –por sus propios derechos y, a fs. 381 por los Sres. Juan Aranda, Paulina Neyman y Roberto Eduardo Romero, con el patrocinio letrado del Dr. Andrés Ramiro Chávez, contra la sentencia de fs. 348/352 vta. _____

_____ 2) En autos el actor pretende el cobro de la cifra de \$20000 (pesos veinte mil) en concepto de indemnización por la publicación de su imagen con fines comerciales sin autorización, invocando como fundamento que se presentó en Julio de 2005 para un casting de fotografías para una publicación de a casa de comercio Kout, que saldría en el suplemento de Galería Urbana – Guía de tendencias del Diario El Tribuno. Expresó en la demanda que dichas fotografías fueron tomadas por el staff del mencionado suplemento, y allí publicadas. Agrega que en Septiembre de ese año fueron nuevamente publicadas en un folleto de Tarjeta Naranja, que se reparte con el resumen de ella, por lo que existió nuevamente un uso de su imagen con fines comerciales sin mediar contrato, ni autorización expresa o tácita, y sin percibir remuneración alguna. _____

_____ La sentencia apelada hace lugar parcialmente a la demanda y, en consecuencia, condena a los demandados Juan Aranda, Eduardo Romero, Paulina Neyman, Fernando Garzón y a la firma Texlaw S.A., a pagar solidariamente al Sr. Diego Ignacio Castro, la cantidad de \$7000, con más los

intereses previstos en el punto VII de los Considerandos, en el plazo de diez días contados a partir de la notificación de la sentencia, bajo apercibimiento de que los incrementos denunciados continuarán su curso, por el mismo método señalado, hasta el momento de su efectivo pago. _____

_____ Para así decidir estimó que el derecho invocado por el actor cuenta con una categórica apoyatura legal. Al valorar los elementos de prueba aportados por las partes, mencionó que las testigos González, Lasser y Anuch (fs. 177, 178 y 180) son contestes en afirmar que no sólo vieron las fotografías publicadas en el suplemento Galería Urbana – Guía de Tendencias del Diario El Tribuno y en el folleto repartido juntamente con los resúmenes de Tarjeta Naranja, sino también que no fueron autorizadas las publicaciones. Que la Sra. Moreno Solá a fs. 179 dijo que no autorizó, sino que simplemente fue a un casting donde le sacaron fotos y que ella sabe que se trabaja así porque también hizo publicidades desde los quince años y, que siempre le hicieron firmar contratos e incluso le otorgaban recibos. Asimismo, que la Sra. Molinas Grondona, directora de “abc Revista” manifestó que no sabía si deben firmarse contratos autorizando de forma expresa la publicación de imagen con fines comerciales, porque en Salta no existe ese nivel de profesionalismo, que exige contrato y todo lo que pueda marcar la ley (fs. 236) y, que el Sr. Traverso respondió que se lo contactó por teléfono para participar. _____

_____ Expresó que la actora afirmó que si bien había sido contactada por teléfono para realizar las sesiones fotográficas, no ha formalizado contrato alguno, ni aún en forma verbal, hecho que no fue probado por la parte que alega que el demandante prestó consentimiento. Y que al mismo tiempo los codemandados Aranda, Neyman, Garzón y Paz niegan haberle pagado a los modelos por el trabajo realizado, como también haber firmado contrato o autorización de uso de imagen con fines comerciales con el Sr. Castro. _____

_____ Por otra parte señaló que a pesar de haber sido desconocida la documentación acompañada en la demanda, no se acreditó su falsedad y, que por el contrario, al momento de absolver posiciones fue reconocida por los Sres. Aranda y Neyman. _____

_____ Entendió que ya sea que se haya efectuado un casting o una producción fotográfica, en uno y en otro caso se requería del consentimiento expreso del modelo para que el producto de uno u otro acto sea publicado. _____

_____ Citó jurisprudencia según la cual la difusión de la imagen sin consentimiento de la titular del derecho, como turbación de un derecho personalísimo, es por sí sola desencadenante de un daño moral a menos que se demuestre lo contrario, y ello es así aunque no cause ningún gravamen a la privacidad, honra y reputación, ya que la exhibición, por sí sola, genera un daño moral representado por el disgusto de ver avasallada la propia personalidad. Y, que las circunstancias de la causa conduce a observar una actitud de suma prudencia en la fijación del resarcimiento desde que la indemnización debe cumplir su función específica y no significar un indebido beneficio, asignándole a la indemnización por daño moral carácter principalmente resarcitorio, rechazando ciertas posiciones que aconsejan proporcionar la entidad en ese resarcimiento a la magnitud del daño material, puesto que se trata de rubros automáticos que descansan sobre presupuestos totalmente distintos. _____

_____ En cuanto a la responsabilidad que compete a los codemandados, citó jurisprudencia conforme a la cual, por la difusión sin autorización de una imagen y la violación del derecho a la intimidad del damnificado responden de manera concurrente quienes generan y controlan la gestión informativa que realiza el medio masivo de comunicación. Que de este modo responden el director, el editor, el empresario del medio, el periodista o colaborador permanente u ocasional, autor de la publicación agravante, el productor de un programa radial o televisivo, etc. Así como también las agencias informativas nacionales o extranjeras que generan o difundan la información a otros medios. _____

_____ Adhiriendo a esta postura jurisprudencial estableció que los demandados, salvo la Sra. Marisa Hormigo, cargan con la culpa del hecho acaecido. _____

_____ En cuanto al monto resarcitorio, sostuvo que al reclamar la cantidad de

\$20000 el actor ha realizado una mera estimación del perjuicio sufrido, al que consideró excesivo, entendiendo que a causa del mismo no debe enriquecerse su reclamante, por lo que estimó ajustado a derecho reducir el monto pretendido a la cifra de \$7000 (pesos siete mil) en concepto de indemnización, con más un interés del 12% anual desde la fecha de publicación de la imagen (21/07/05), hasta el momento de su efectivo pago. _____

_____ 3) Recurso de la parte actora: Al fundamentar su apelación a fs. 400/402 vta. manifiesta que agravia a su parte que: a) en la sentencia no se contempló ítems incluidos en la demanda, que fue interpuesta a fin de reclamar el pago estimado por la prestación de servicios de modelaje, con más el daño moral, daño al honor e intimidad; b) que no se haya valorado la prueba y jurisprudencia agregada que de modo alguno cuantifica el reclamo patrimonial; c) que se haya determinado el monto de manera estimativa, por todo concepto, no habiendo siquiera meritado sobre el daño moral que se le ha ocasionado, atento la lesión de un derecho personalísimo; d) que no se haya tomado en cuenta la jurisprudencia citada por su parte, afirmando que la misma sirve de parámetro suficiente para la cuantificación de los daños ocasionados y, e) de que el resultado económico cuantificado ni siquiera llega a ser lo estimado en concepto de accesorios legales estimados al momento de resolverse el embargo preventivo a fs. 16. _____

_____ Sostiene que la sentencia vulnera sus derechos, dignidad y honor, producto de la publicación de su imagen en tres oportunidades sin su autorización, exigida por la ley de propiedad intelectual. Que esas publicaciones han sido efectuadas de manera burlona y atentando contra su imagen y buen nombre. Dice que ha sido objeto de burla por parte de los demandados que no solo realizaron estas publicaciones a nivel provincial, sino también a nivel nacional, dado que Tarjeta Naranja abarca con sus resúmenes y publicidad todo el país. Que teniendo en cuenta la magnitud de esta publicidad y el tiempo que duró, el decisorio no es ajustado a derecho en cuanto a la reparación. _____

_____ Por otra parte alega que le agravia la situación a la lesión de su imagen

y daño moral. En este orden sostiene que la reproducción por medios gráficos ha vulnerado sensiblemente sus sentimientos y afecciones internas, sobre todo por haber avasallado contra su voluntad, sin siquiera haber tenido oportuno conocimiento de los hechos, tomándolo a través de terceros y de las publicaciones que circularon, lo que no le dio opción a oponerse. _____

_____ Cita jurisprudencia que considera atinente y expresa que los hechos ocurridos y probados en autos dan cuenta de la falta de consentimiento exigido para la publicación comercial realizada por los demandados, y que pretender dejar de lado estas exigencias por supuestas costumbres invocadas por los demandados denota total desconocimiento de las leyes. Solicita se haga lugar a la apelación, condenando a los demandados al pago de la cantidad de \$20000, calculada por daños emergentes, daño moral, daño a la imagen, honor e intimidad, con más intereses y costas. _____

_____ A fs. 406 vta. se tuvo por decaído el derecho dejado de usar para contestar la apelación del actor por parte de Texlaw S.A. _____

_____ A fs. 408/412 responden los Sres. Juan Aranda, Eduardo Romero y Paulina Neyman, solicitando se declare desierto el recurso y, subsidiariamente el rechazo del remedio intentado por el accionante. _____

_____ 4) Recurso de Texlaw S.A.: En la expresión de agravios de fs. 390/392, esta parte sostiene que en el decisorio impugnado no se ha fundamentado la condena solidaria en su contra; que con su conducta el actor consintió expresamente ser fotografiado con fines de publicidad de la ropa marca “Kout”; que la empresa en ningún momento tuvo vínculo jurídico con el accionante y, que del decisorio no surge cuáles fueron los parámetros para la fijación de la cantidad condenada, que es un 700% superior a la abonada por la empresa al contratar el espacio publicitario. _____

_____ 5) Apelación de fs. 381: Los recurrentes manifiestan en su memoria de fs. 394/399 que quedó demostrado con las declaraciones testimoniales y confesionales que el Sr. Romero no pertenece ni tiene relación con la empresa Guía y Tendencias (Galería Urbana) y, que no tuvieron participación en hecho alguno que contraríe la normativa legal. Sostienen su falta de

legitimación pasiva con base en el hecho que no fueron interpelados por el actor; cuestionan el monto de condena señalando que en una producción de fotos se le hacía una gratificación, que en algún momento se podría haber cuantificado en \$50 (pesos cincuenta). _____

_____ Sostienen que de autos surge claro que el accionante conocía a los productores de Guías y Tendencias y, que tenía pleno conocimiento de que las fotografías iban a ser usadas en publicidad. En este orden entienden que no se valoró por ejemplo el cassette de video que se adjuntó al expediente conteniendo el backstage de la sesión fotográfica y un CD que contiene las fotografías. _____

_____ Consideran que tampoco se tomó en cuenta la declaración de fs. 167 de la Srta. Paulina Neyman que da cuenta de que a la mencionada sesión no concurrieron otros modelos; que las fotos que allí se sacaron el 16/06/05 se publicaron en el Suplemento “Galería Urbana – Guía de tendencias” del diario El Tribuno haciendo publicidad comercial de la marca de ropa Kout y que no se les pagó a los modelos sino que se les hizo una atención. Agrega que dichas pruebas son concordantes con la deposición del Sr. Aranda en cuanto no se trató de un casting sino de una sesión de fotos con contrato verbal para ser publicadas. _____

_____ Por último afirman que tampoco se tomaron en cuenta las testimoniales de Teresa Molinas Grondona (234), Claudio Traverso (237) y María Noel Contino (239). _____

_____ 6) A fs. 404 vta. se tuvo por decaído el derecho dejado de usar por el actor para contestar las apelaciones de los demandados. _____

_____ A fs. 455 se llamaron autos para resolver mediante providencia firme y, a fs. 456 se dispuso el pase del expediente a despacho. _____

_____ **C O N S I D E R A N D O** _____

_____ 7) Liminarmente y dada la entrada en vigencia del nuevo Código Civil y Comercial a partir del 1 de agosto de 2015, es dable advertir que doctrina y jurisprudencia coinciden en que la responsabilidad civil se rige por la ley vigente al momento del hecho antijurídico y dañoso (Roubier, “Le droit

transitoire”, N° 42, p.189 citado en “La aplicación del código civil y comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes”, Aída Kemelmajer de Carlucci, Rubinzal - Culzoni Editores, Santa Fe, 2015, pág. 100). La razón es que el daño no es una consecuencia del ilícito, sino un elemento constitutivo y la obligación de resarcir es una relación jurídica que se establece entre la víctima y el responsable, en razón de la ley, cuando se reúnen los requisitos o presupuestos de hecho necesarios para que ella se configure (obra citada, pág. 101). En virtud de ello y teniendo en cuenta la fecha en la que se produjeron los hechos objeto del litigio, corresponde aplicar el Código Civil de Vélez y la ley de propiedad intelectual, n° 11723. _____

_____ Por otra parte, se considera que la cuantificación del daño debe regirse por la ley vigente al momento de su determinación judicial, sea fijándolo en dinero o estableciendo las bases para determinar su medida o extensión en la etapa de ejecución de sentencia, en cuanto no se trata en el caso de una consecuencia consumida con anterioridad a este hecho (cfr. Aída Kemalmajer de Carlucci, “La aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes – Segunda Parte”, Rubinzal – Culzoni Editores, Santa Fe, año 2016, pág. 234; Galdós, Jorge Mario, “La responsabilidad civil y el derecho transitorio”, LL del 16/11/15, p. 03, AR/DOC/3711/2015; Depetris, Carlos Emilio, “El derecho transitorio en materia de responsabilidad civil”, RCyS 2016-VII, 21, LL Online: AR/DOC/1553/2016). _____

_____ 8) Es del caso recordar que a fs. 10/14 el actor interpuso demanda reclamando la cantidad de \$20000 (pesos veinte mil) y/o lo que se estimara conveniente, en concepto de daños y perjuicios, en contra de los Sres. Aranda, Romero, Neyman, Garzón y Paz, en el carácter de integrantes del “staff” de “Galería Urbana – Guía de Tendencias”, suplemento del Diario El Tribuno; de la Sra. Marisa Hormigo, encargada del local comercial “Kout” en la Provincia; de Texlaw S.A., propietaria de la explotación de la marca de ropa “Kout” y/o quien resultare responsable. _____

_____ Expresó que el sábado 16/07/05 se presentó en un “casting” de

fotografías para una publicidad que saldría en el suplemento “Galería Urbana – Guía de Tendencias” del Diario El Tribuno; que dichas fotografías fueron publicadas en el lugar indicado el día 21/07/05 y, en septiembre del mismo año, en un folleto de Tarjeta Naranja que se repartió juntamente con los resúmenes de cuenta, todo ello con fines comerciales, sin mediar contrato ni autorización de su parte. _____

_____Dejó sentado que a ese momento no pudo encontrar a un responsable de tales hechos (fs. 12), aunque aclaró que el material fotográfico fue tomado por los integrantes del mencionado suplemento (fs. 11). En este aspecto, cabe agregar que también sostuvo que el daño ocasionado a su persona es evidente y que a “ellos” les significa un beneficio puesto que la publicidad comercial es el medio de dar a conocer sus productos. _____

_____9) El derecho a la propia imagen es un derecho personalísimo y autónomo de la tutela al honor, a la intimidad y a la privacidad, que puede ser definido como aquel que cada individuo tiene a que los demás no reproduzcan los caracteres esenciales de su figura sin su consentimiento, salvo los supuestos previstos en la ley en los que tal autorización no resulte necesaria. Se resume en la facultad del sujeto de decidir sobre la utilización que se hace de su imagen. _____

_____En principio, entonces, todo acto de captación, reproducción o publicación por fotografía, filme u otro procedimiento de la imagen de una persona efectuado sin su autorización, supone una vulneración o ataque a tal derecho fundamental. _____

_____En consecuencia, toda persona tiene la facultad de impedir que se reproduzca su propia imagen, a menos que se den circunstancias que tengan en miras un interés general que aconseje hacerlas valer por sobre aquel derecho; por lo tanto no se admite un ejercicio abusivo o antisocial del mismo (cfr. Humphreys, Ethel y Papillú, Juan M., "El derecho a la propia imagen y su esfera de protección", DJ 2003-3, 601; Cifuentes (h.), Santos E., “Los derechos personalísimos. La integridad espiritual y los medios de protección civil”, publicado en: Revista del Notariado 732, 2381 y LL online:

AR/DOC/177/2012; Picasso, Sebastián, “Nuevas Fronteras del derecho a la imagen”, JA, 01/06/05, p. 3). _____

_____ 10) En este orden, el art. 31 de la ley 11723, de Propiedad Intelectual, expresa: "El retrato fotográfico de una persona no puede ser puesto en el comercio sin el consentimiento expreso de la misma persona... ", estableciendo luego las hipótesis en las que el requisito no es exigible. _____

_____ Existe acuerdo en la doctrina en el sentido de que la expresión: “puesto en el comercio”, no debe interpretarse literalmente como haciendo referencia solo a una utilización comercial de la imagen, sino que abarca toda captación, publicación o reproducción de la imagen ajena, cualquiera sea su finalidad (cfr. voto del Dr. Sebastián Picasso, CNACiv, Sala A, 10/04/13, LL online: AR/JUR/15410/2013, RCyS 2013-X, 104; Villalba, Carlos – Lipzszyc, Delia: “Protección de la propia imagen”, LL 1980-C-819; Gregorini Clusellas, Eduardo L: “La violación del derecho a la propia imagen y su reparación”, LL 1996-D, 136 y, autores arriba citados). _____

_____ Como se adelantó, la ley no conecta la tutela que prescribe con la del honor, desde que no exige algún ataque a la estima, fama o respetabilidad, y menos un delito de injuria o calumnia. Tampoco requiere que quede herida la vida íntima o paz interior. Basta objetivamente la utilización para incurrir en un acto ilícito (Cifuentes, ob. cit.). _____

_____ Enseña el autor en cita que conforme la norma, es necesario que el retratado consienta la comercialización de su imagen, exteriorizando la declaración de su conformidad en forma verbal, escrita o por signos inequívocos (arg. del art. 917 del C.C). Y, que por el contrario, queda descartada la expresión tácita de la voluntad, que es aquella que resulta de los actos por los que se pueda conocer con certidumbre su existencia, a falta de protesta o declaración contraria (conf. art. 918, C.C.). _____

_____ Esta estrictez le parece criticable, sosteniendo que en muchas circunstancias basta que la persona tácitamente conforme la exhibición u otros actos. En este sentido brinda los siguientes ejemplos: si una persona posó como modelo por dinero, es lícita la fotografía o cuadro, llevando de suyo que

también lo es la utilización para los fines propios de aquella obra. Parece razonable que el autor pueda reproducirla, exhibirla en el taller, atelier, concursos y galerías. Lo mismo si se presentó como extra en la filmación de una película, destinada a la proyección pública. Entiende que por el contrario, no lo sería que lanzara la imagen al comercio para propaganda de un producto industrial, porque el hecho de posar o de ser extra, no indica la existencia de la voluntad en tal sentido, salvo que el retratista o fotógrafo se dedicaran a la actividad publicitaria y comercial, y lo supieran la modelo o el extra. _____

_____ Piensa que este sería uno de los casos en que la ley debiera contemplar, como presunción, el valor del silencio (art. 920 Cod. Civil), pues si el retratado no protesta ante la fijación de la imagen y soporta en silencio la posterior difusión, no sería aceptable que, conociendo los hechos, habiéndolos vivido, se alzara mucho después de consumados, reclamando una reparación por el derecho violado. _____

_____ 11) Ahora bien, debe distinguirse entre el consentimiento para la captación de la imagen y el consentimiento para su publicación. La conformidad con la primera no importa necesariamente la aceptación de la segunda. _____

_____ Es cierto que la acreditación del consentimiento expreso para la difusión de la imagen está a cargo de quien la invoca, por ser el más interesado en sostener la licitud de la utilización de la imagen (CNACiv. Sala L, Septiembre de 2008, Rubinzal Online, cita: RC J 1335/09), para evitar las reclamaciones del titular de la imagen, por tratarse de una defensa y un hecho de exención de responsabilidad y, su interpretación ha de ser estricta (CNACiv. Sala G, 21/12/07, LL online). _____

_____ Pero también puede sostenerse que su prueba puede surgir del mismo material fotográfico según las circunstancias de cada caso, teniendo en consideración la sólida postura de la no exigencia de que sea por escrito, lo cual debe ser analizado conforme a las circunstancias de persona, modo, lugar y destino en relación con la voluntad del sujeto cuya imagen es difundida (CNCiv., Sala J, JA 2008-I, 652; con cita de CNCiv. Sala F, JA 1981-II-289 y

Emery, Miguel Angel, "Propiedad Intelectual, Ley 11723 Comentada, anotada y concordada con los tratados internacionales", pág. 178). _____

_____ 12) Aún cuando las normas del CCC no se aplican al caso de autos, condensa los criterios doctrinales y jurisprudenciales aceptados con anterioridad a su vigencia en la materia, por lo que resulta ilustrativo reseñar las soluciones allí previstas. _____

_____ El art. 51 del Código Civil y Comercial de la Nación establece la inviolabilidad de la persona humana y que en cualquier circunstancia tiene derecho al reconocimiento y respeto de su dignidad. El art. 52 establece que "la persona humana lesionada en su intimidad personal o familiar, honra o reputación, imagen o identidad, o que de cualquier modo resulte menoscabada en su dignidad personal, puede reclamar la prevención y reparación de los daños sufridos, conforme a lo dispuesto en el Libro Tercero, Título V, Capítulo 1", es decir, conforme lo estipulan los arts. 1708 a 1780 inclusive. _

_____ El nuevo art. 53 replica en lo sustancial las previsiones contenidas en la Ley N° 11723, consagrando de modo expreso el alcance amplio de la tutela a la imagen, previendo no sólo la tradicional reproducción fotográfica o análoga sino también la imagen sonora o voz "captar o reproducir la imagen o la voz de una persona, de cualquier modo que se haga, es necesario su consentimiento, estableciendo tres excepciones a la exigencia del consentimiento a saber: que la persona participe en acto públicos, que exista interés científico cultural o educacional prioritario y se tomen las precauciones suficientes para evitar un daño innecesario, que se trate del ejercicio regular del derecho de informar sobre acontecimientos de interés general (Código Civil y Comercial comentado/ Julio Cesar Rivera y Graciela Medina -1°ed, Ciudad Autónoma de Buenos Aires L. L. 2014 "Derechos y Actos Personalísimos", por Irene Hoof, págs. 201/215). _____

_____ Ahora bien, es del caso destacar que este precepto no exige que el consentimiento sea expreso, lo que habilita que la autorización sea manifestada por otros medios fehacientes, aún virtuales o tácitos, pero siempre con los recaudos de que sea no presumida, revocable y de interpretación

restrictiva (cfr. Edgardo Ignacio Saux, comentario al art. 53 del CCC, en “Código Civil y Comercial Comentado”, Ricardo Lorenzetti – Director, Rubinzal - Culzoni Editores, Santa Fe, año 2014, pág. 286). _____

_____ Por su parte, Jorge W. Tobías al comentar el art. 53 del CCC señala que al no aparecer reiterada la limitación en este cuerpo normativo se plantea el interrogante acerca de si el consentimiento puede expresarse acorde con las reglas generales, es decir, de modo expreso o tácito e, incluso, el silencio podría en ocasiones constituir una manifestación de voluntad (arts. 262, 263 y 264) o si, contrariamente, subsiste la necesidad del consentimiento expreso que impone el art. 31 de la ley 11.723. _____

_____ Se pronuncia por la primera solución por entender que ella resulta de una interpretación sistémica del CCC, agregando que en ese orden de ideas debe entenderse que se ha configurado el consentimiento cuando una modelo publicitaria recibe dinero para posar, o cuando alguien se presenta como extra en la filmación de una película destinada a la proyección pública, (comentario al art. 53 del CCC, en “Código Civil y Comercial comentado - Tratado exegético”, Jorge Horacio Alterini - Director general, Editorial La Ley, ; con cita de jurisprudencia). _____

_____ 13) Apelación de fs. 381: _____

_____ En primer lugar cabe descartar la defensa de falta de legitimación que esgrimen los recurrentes de fs. 381, Sres. Aranda, Romero y Neyman. Por un lado cabe observar que ni las testimoniales ni las confesionales producidas en autos alcanzan para revertir los efectos del hecho de que el Sr. Roberto Eduardo Romero figure en el Suplemento “Guía y Tendencias” formando parte de su “staff”. _____

_____ Ello en virtud de la doctrina de la apariencia, que constituye una de las principales derivaciones del principio general de la buena fe. En virtud de la misma procede la protección de la confianza suscitada y de la seguridad de los negocios, imponiendo que quien contribuya con su actuación a crear una determinada situación de hecho cuya apariencia resulte verosímil, deba cargar con las consecuencias (cfr. López Mesa, Marcelo J: “La apariencia como

fuente de obligaciones”, LA LEY 09/05/2011, 09/05/2011, 1 - LA LEY2011-C, 739; Cita Online: AR/DOC/1294/2011). _____

_____ En este orden se ha dicho que “[L]a teoría de la apariencia supone una situación de hecho que por su notoriedad sea objetivamente idónea para inducir a engaño a los terceros acerca del estado real de aquélla, y la buena fe del tercero, consistente en no haber conocido o podido conocer la verdadera situación, obrando con la debida diligencia” (CNCom., sala B, 27/12/2010, RCyS 2011-V, 132, AR/JUR/93740/2010). Asimismo que: “[L]a teoría de la apariencia tiende a proteger al contratante que actuó de buena fe. Según el principio de la apariencia, la existencia y alcance de un acto debe juzgarse sobre la base de su manifestación exterior o forma externa con la cual sus autores lo han hecho conocido, de modo que produzcan convicción respecto de su regularidad y realidad” (CNCom., sala F, Helmbold, Daniel Alberto c. Orbis Cía. Argentina de Seguros S.A. y otros s/ ordinario, 16/07/2010). _____

_____ Por otro lado, tampoco puede derivarse la falta de legitimación pasiva de los integrantes del Suplemento Guía y Tendencias del hecho de que el actor haya dirigido sus cartas documentos exclusivamente a la Sra. Marisa Hormigo y a Texlaw S.A., ya que no se trata de un elemento constitutivo de la relación jurídica invocada como base de la demanda. _____

_____ 14) En cuanto al argumento de que el actor tenía pleno conocimiento de que las fotografías iban a ser usadas en publicidad en el Suplemento Guías y Tendencias y, que prestó consentimiento expreso para ello, considero que debe prosperar. _____

_____ En efecto, por un lado se aprecia que no resulta compatible con la realización de un simple selección de modelos o castina, el hecho de que el actor se haya prestado a una sesión fotográficas tan amplia, con dos conjuntos de indumentaria de una marca determinada de prendas de vestir, incluyendo la filmación de “detrás de escena” o backstage, como la que se puede apreciar en el CD y en el video cassette acompañados por la aquí apelante. _____

_____ Por otro lado, en concordancia con ello, resultan determinantes los términos en los que se ha expresado el actor en las Cartas Documentos que

remitió a la Sra. Hormigo y a Texlaw S.A. _____

_____ En la que en copia obra a fs. 5 reclamó la cantidad de \$20000 en concepto de uso indebido y sin autorización de imagen, por la publicación de fotos en la publicidad de Tarjeta Naranja del mes de Septiembre. _____

_____ En la copiada a fs. 7 efectuó el mismo reclamo dinerario a Texlaw, agregando que las fotografías publicadas fueron tomadas en un casting por la Productora Galería Urbana – Guía de Tendencias y, que no ha percibido suma alguna por el uso que los intimados hicieron de la misma. _____

_____ Todo esto debe ser correlacionado con las propias expresiones del accionante vertidas en la demanda, donde expresa que: “[E]l sábado 16 de julio de 2005 me presenté en un Casting de Fotografías para una publicidad que saldría en el suplemento “Galería Urbana – Guía de Tendencias” del Diario El Tribuno.” _____

_____ El análisis global de la conducta del Sr. Castro permite concluir que se prestó a la sesión fotográfica sabiendo que era para publicidad de una marca de ropa que se realizaría en el suplemento mencionado pocos días después de la toma, y que se vió sorprendido cuando la misma fue usada también para publicidad de la marca en un folleto repartido por Tarjeta Naranja, a más de un mes de la sesión. _____

_____ Solo así se explica que los reclamos formales hayan sido efectuados sólo contra la segunda publicidad. _____

_____ Desde otra perspectiva, la falta de reclamo en dicha oportunidad por la publicación en el Suplemento y a los responsables del mismo -actitud que en otras circunstancias importaría el consentimiento tácito-, en el contexto que se analiza resulta ser la confirmación de que oportunamente se otorgó la correspondiente autorización expresa para que las imágenes sean utilizadas para esta publicidad. _____

_____ Por último cabe decir que las testimoniales tenidas en consideración por el Juez de la anterior instancia para descartar la existencia de consentimiento expreso, no han sido prestadas por testigos directos de los hechos aquí analizados, sino que se trata de testigos indirectos que se refieren

a lo que les fue narrado por el accionante o, testigos que exponen su propia experiencia. Por ello entiendo que no obstan a la conclusión a la que se arriba.

_____ 15) Apelación de fs. 363: _____

_____ Las consideraciones precedentes son aplicables a la apelación interpuesta por Texlaw, en cuanto a la existencia de consentimiento para la publicidad efectuada en el Suplemento Guías y Tendencias. _____

_____ 16) Ahora bien, la sentencia condena a los codemandados también por la inclusión de la imagen del actor en folletos de Tarjeta Naranja. Al respecto cabe decir que ni los Sres. Aranda, Neyman y Romero, ni la codemandada Texlaw S.A. se agravian específicamente de esta cuestión. _____

_____ Sólo resultan atinentes a ello las manifestaciones de los integrantes del Suplemento mediante las cuales sostienen que, con el consentimiento del actor, adecuaron su conducta a la producción de la sesión de fotografías que saldría publicada en “Galería Urbana”. _____

_____ Al respecto, sostuvo el sentenciante que eran evidentes las publicaciones de las fotografías que le fueron tomadas al actor, las que aparecieron tanto en el suplemento como en el folleto anexo al resumen de cuenta de la Tarjeta Naranja, esta última en dos oportunidades: una antes de entablarse la demanda y la otra un año después de interpuesta la misma. _____

_____ En esta apreciación incurrió en un error evidente pues resulta que sólo en la primera publicación se utilizó la imagen del actor. En la segunda se observa otro modelo y, además, el folleto fue acompañado por el Sr. Castro como hecho nuevo a fin de demostrar que Texlaw exponía sus productos por ese medio (ver fs. 114/115 y resolución de fs. 128/129). _____

_____ 17) En estas circunstancias, se considera que la condena debe mantenerse respecto de todos los recurrentes teniendo en cuenta lo siguiente:

_____ La autorización para exhibir la imagen de una persona en determinada publicación no da derecho a publicarla en otra, pues la eficacia de ese consentimiento debe estar contenida en los límites de la voluntad que lo formuló (cfr. CNCiv. Sala I, 31/08/1995, LA LEY 1996-D, 139 con nota de Eduardo L. Gregorini Clusellas • DJ 1996-2, 930, LL online:

AR/JUR/2019/1995). _____

_____ Ninguno de los codemandados sostuvo que el consentimiento del actor haya sido prestado respecto de la publicación en el folleto de Tarjeta Naranja, ni se hace responsable de la misma. _____

_____ En este orden resulta pertinente recordar que al contestar demanda los Sres. Fernando Garzón y Ricardo Paz manifestaron no tener relación alguna con esta publicación, ignorando quien armó y diagramó dicho folleto (ver fs. 33). Los Sres. Romero, Aranda y Neyman sostuvieron que desconocían tal publicación hasta que fueron intimados por el Sr. Castro, agregando que las imágenes utilizadas en el folleto fueron entregadas al cliente (Kout), pero no para que se publiquen sino como material de cortesía ya que la obligación con el mismo era la pauta de un espacio publicitario en el suplemento “Galería Urbana” y la producción de éste, que incluía una producción de fotos que solamente serían usadas en el suplemento (ver fs. 37/38). _____

_____ Por su parte, Texlaw negó que las fotografías del actor hayan sido publicadas en el folleto de la tarjeta de crédito mencionada (fs. 72); afirmó que la contratación de “Galería Urbana” fue a los fines de hacer publicidad en ese suplemento y que el contrato incluía la entrega de un CD con la totalidad de las fotos y secuencias del casting publicitario (fs. 73). _____

_____ Se tiene entonces que de ambos relatos surge el hecho de la entrega del material fotográfico a la empresa Texlaw y que la contratación entre los mismos sólo incluía la publicidad en el Suplemento Galería Urbana. _____

_____ Bajo esta premisa, y atendiendo al tenor de las piezas recursivas, entiendo que ha quedado incuestionado el hecho de que Texlaw recurrió al sistema de Tarjeta Naranja para publicitar sus productos, en una ocasión utilizando la imagen del actor. _____

_____ En consecuencia, la responsabilidad de esta empresa resulta directa e indudable. Y respecto de los Sres. Neyman, Romero y Aranda la responsabilidad por el hecho debe serles atribuida por haber actuado con culpa grave al haber hecho entrega del material fotográfico en condiciones de ser utilizado nuevamente fuera del marco contractual que respectivamente les

unía con el actor y con la empresa publicitada, sin tomar los debidos resguardos para mantener incólumes los derechos del Sr. Castro. _____

_____ De esta manera, la solidaridad establecida en la sentencia apelada entre los recurrentes y el Sr. Fernando Garzón –quien no apeló- surge de lo establecido en el art. 31, ley 11.723 en combinación con la última parte del art. 1109, Cód. Civil (cfr. CNCiv. Sala F, 23/4/81, ED, 94-583; íd. Sala I, 31/08/1995, LA LEY 1996-D, 139 con nota de Eduardo L. Gregorini Clusellas, DJ 1996-2, 930, LL online: AR/JUR/2019/1995). _____

_____ 18) Por último, cabe atender los agravios de todos los apelantes respecto del monto del resarcimiento determinado por el Tribunal de grado y, previamente, sobre la existencia de daño resarcible. _____

_____ En este último aspecto cabe adherir a la postura según la cual en casos como el presente, en el que se configuró la violación de un derecho personalísimo, se origina, per se, daño moral. Es decir, que la prueba del daño, en estos supuestos, surge in re ipsa. El agravio moral es consecuencia necesaria de la violación de uno de los derechos inherentes a la personalidad del sujeto, como lo es el relativo a la propia imagen, por lo tanto, la sola demostración de dicha transgresión será en sí misma prueba de la existencia del daño, que consiste en el disgusto propio de sentir agredida dicha personalidad, por lo que la demostración de la inexistencia del daño (inversión del onus probandi), corresponderá en el supuesto al responsable del hecho (CNCiv., Sala J, 31/8/2012, "K., A. P. c/Yahoo de Argentina S. R. L. y otros/daños y perjuicios"; íd. íd, E., J. vs. Editorial Perfil S.A. s. Derechos personalísimos, 28/08/2015, Rubinzal Online, Cita: RC J 6841/15). _____

_____ 19) Cuantificación: En supuestos como el de autos se ha señalado que el juzgador, para corroborar la existencia del daño como así también estimar su cuantía, ha de sortear las dificultades de imaginar el dolor que el evento produjo en la esfera íntima de los accionantes, para luego transformarlo en una reparación en dinero que los compense; motivo por el cual el magistrado, más que en cualquier otro rubro, debe atenerse a una prudente apreciación y a las características particulares de la causa. _____

_____ Tratándose de vivencias personales, no es sencillo precisar cuánto sufrió el damnificado a raíz del suceso, pudiendo sólo considerar la magnitud de dolor que puede provocar el hecho en el común de las personas, valorándolo a la luz de las circunstancias particulares acreditadas en la causa. Asimismo, cabe tener presente que el quantum del resarcimiento, si bien constituye un factor disuasivo de las conductas ilícitas, y no debe ser simbólico ni ínfimo, tampoco debe entrañar un enriquecimiento sin causa del reclamante. _____

_____ Por otro lado, cabe tener en cuenta en este aspecto el hecho de que la indemnización que se manda a satisfacer constituye una deuda de valor. Es decir, no se trata de una obligación que tenga por objeto desde su origen una cantidad de dinero, sino que ésta ingresa como compensación del daño sufrido. Por esta razón, en principio, el daño resarcible debe ser valorado al tiempo de la sentencia o al momento más próximo a esa época que sea posible. En este sentido se dijo: “La deuda de valor es aquella en que el objeto es un bien, que es medido por el dinero. Lo que se debe entonces es un valor, y el dinero no es el objeto sino el modo de pagar; a diferencia de las obligaciones dinerarias, aquél no está “in obligatione”, sino “in solutione”. En las dinerarias, el dinero es expresado mediante una suma determinada o determinable al momento de la obligación; en las de valor, en cambio, ello no ocurre al principio, sino a posteriori, cuando es precisada la cuantificación” (Código Civil y Comercial de la Nación comentado, Ricardo L. Lorenzetti – Director, Rubinzal – Culzoni Editores, año 2015, tomo V. p. 516). Desde el plano normativo, esta solución se encuentra establecida en el artículo 772 del CCC, aplicable al caso conforme lo expresado en el considerando n° 7. _____

_____ Procede recordar además que, como principio rector en materia de indemnización por daños rige el de la reparación integral y plena (SCJ de Buenos Aires, ED 21-396; ED 44-038, entre muchos otros). Asimismo, que a la par de tal concepto se estableció jurisprudencialmente que la indemnización no puede ser vista como medio de enriquecimiento, por lo que no corresponde intentar sacar provechos desmedidos a partir de un hecho en el cual se produjo

un daño. _____

_____ Teniendo en consideración dichos parámetros, se considera equitativo elevar el monto resarcitorio a la cantidad de \$15000 (pesos quince mil), con más los intereses fijados en la sentencia apelada. _____

_____ 20) Como consecuencia de todo lo expresado, voto por el rechazo de los recursos de apelación de fs. 363 y 381, con imposición de costas a los apelantes vencidos. _____

_____ Por otro lado, me pronuncio por el acogimiento del recurso del actor, determinándose la elevación de la cantidad indemnizatoria fijada en la sentencia apelada, con costas a los codemandados derrotados. _____

_____ En todos los casos por aplicación del principio objetivo de la derrota que emana de los arts. 67, 68 y cc. del CPCC). _____

_____ La Dra. Soledad Fiorillo dijo: _____

_____ Por compartir sus fundamentos, adhiero al pronunciamiento del vocal preopinante. _____

_____ En virtud del acuerdo que antecede, _____

_____ **LA SALA QUINTA DE LA CAMARA DE APELACIONES EN LO CIVIL Y COMERCIAL** _____

_____ I.- **RECHAZA** las apelaciones de fs. 363 y 381, con costas a los apelantes vencidos. _____

_____ II.- **HACE LUGAR** al recurso interpuesto por el actor, Sr. Diego Ignacio Castro, y en consecuencia eleva el monto indemnizatorio a la cantidad de \$15000 (pesos quince mil), con más los intereses determinados en la sentencia apelada. Costas a cargo de los codemandos derrotados. _____

_____ III.- **REGÍSTRESE**, notifíquese y **DEVUÉLVASE**. _____