

Acción De Danos Y Perjuicios Uso Indebido De La Imagen Modelo Publicitario Casting Dano Moral Aviso Publicitario

JURISPRUDENCIA

publicitario. Casting. Daño moral. Aviso publicitario

Acción de daños y perjuicios. Uso indebido de la imagen. Modelo

Se condena a una entidad bancaria por utilizar indebidamente la imagen de un modelo publicitario sin su consentimiento, a los fines de publicitar sus productos conforme lo prescripto por el artículo 31 de la ley 11.723, al haberse aprovechado de tal uso, debiendo reparar además el daño moral ocasionado.

En Buenos Aires, Capital de la República Argentina a los veinticuatro días del mes de octubre de 2016, reunidos en acuerdo los Sres. Jueces de la Excma. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala "F", para conocer en los autos del epí-grafe, respecto de las cuestiones sometidas a su decisión, a fin de determinar si es arreglada a derecho la sentencia apelada. Practicado el sorteo correspondiente resultó el siguiente orden de votación: Sres. Jueces de Cámara Dres. POSSE SAGUIER - ZANNONI - GALMARINI. A la cuestión propuesta el Dr. Posse Saguier dijo: I.- La actora promovió la presente acción de daños y perjuicios contra HSBC B. A. S.A., C. G. S.R.L. y V. P. S.R.L. por cobro de la cantidad de \$ 200.000 con más sus intereses y las costas del proceso. Refirió que ejerce la profesión de modelo publicitaria y que este es su único medio de vida. Así-, el 9 de noviembre de 2004 concurrió a una sesión de fotografías en las instalaciones de la empresa C. G. S.R.L., quien a su vez le había solicitado realizar una gráfica, la entidad bancaria HSBC, donde le fueron tomadas una gran cantidad de fotografías con el objeto de evaluarlas con las tomadas a otros modelos, y seleccionar a la candidata para la publicidad en cuestión. Señaló que con posterioridad a la referida sesión de fotos no volvió a tener noticias acerca de que si su foto habría sido seleccionada para la publicidad. Agregó que, transcurridos aproximadamente dos años, tomó conocimiento en el mes de julio de 2006 que el banco demandado utilizaba su imagen para publicitar una tarjeta de crédito denominada "Visa Mini", en revistas, en gráficas gigantes, que inclusive al momento de interponer la demanda las seguiría utilizando en las sucursales del banco. Todo ello, sin que hubiera percibido suma alguna por la utilización de su imagen. El pronunciamiento de grado hizo lugar parcialmente a la demanda y, consecuentemente, condenó a los emplazados al pago de la cantidad de \$ 40.000 con más intereses y costas. Apeló la actora y expresó agravios a fs.522/529. El b. HSBC hizo lo propio con la presentación de fs.516/520. La co-demandada C. G. expresó agravios a fs.542/544. Las contestaciones obran a fs.532/535, fs.537/538 y fs.546/547. II. Las dos empresas accionadas cuestionan la responsabilidad que les atribuyera el juzgador. La vinculación jurídica que existió entre los emplazados puede sintetizarse de la siguiente manera: El b. HSBC contrató a la co-demandada V. & P. S.R.L. para la confección de la gráfica publicitaria de la tarjeta de crédito "Visa Mini". Esta última, a su vez, subcontrató a la co-demandada C. G. S.R.L. para la obtención de las fotografías que deberían incorporarse a la gráfica en cuestión, para lo cual efectuó la sesión de fotos de la modelo aquí- reclamante. Por de pronto, y con relación a los agravios de la entidad bancaria, debo señalar que los argumentos que se ensayan no logran conmover las prolijas y fundadas consideraciones del señor juez a quo que lo llevaron a decidir de la manera en que lo hizo. En primer lugar, la objeción que formula la apelante relacionada con el hecho de que no estaría acreditada la fecha en que la actora habría tomado conocimiento de que su imagen formaba parte de una campaña gráfica de la entidad bancaria carece de toda relevancia. Ello, por cuanto aquí- no está en discusión que la imagen utilizada en la campaña del banco emplazado fue la de la actora. Por otro lado, y por esta última razón, tampoco reviste entidad la circunstancia de que la actora no hubiese demostrado que era modelo de la agencia M. M. F. Refiere la entidad bancaria que no cabría endilgarle ninguna responsabilidad por cuanto abonó a V.& P. S.R.L. la cantidad de \$ 3.787,30 en concepto de folletos, afiche, retoque y foto (véase factura de fs. 50) y esta última, a su vez, pagó a C. G.S.R.L. la cantidad de \$ 418 más IVA por la utilización de la imagen de la modelo E. C. R. para la gráfica "Visa Mini". Sin embargo, cuadra advertir que los pagos a que se hace referencia fueron realizados a la agencia de publicidad y a quien llevó a cabo el casting, sin que surja de allí- ni de ningún otro instrumento- que la actora hubiese sido desinteresada. Por otra parte, resulta insostenible que la entidad bancaria pretenda deslindar su responsabilidad argumentando que ella contrató con un tercero a quien abonó el servicio prestado cuando no está en discusión que aquella exhibió comercialmente en sus sucursales la imagen de la actora. Así-, se omite considerar que la reproducción de la imagen con fines lucrativos es ilícita, aunque no lesione su decoro o reputación. Ello, por cuanto la publicación o difusión de la imagen con fines de propaganda -contrariamente a lo que pretende sostener la apelante- favorece pecuniariamente al anunciador; de no ser así-, no se entendería la razón de ser de la campaña publicitaria. Claro está que también se ven favorecidos aquellos a quienes se les encomendó la confección del aviso y que, a estar a las facturas, percibieron una remuneración. En suma, la entidad bancaria, en orden a lo prescripto por el art. 31 de la ley 11.723, no puede sustraerse a la responsabilidad que se le atribuye, por cuanto está claro que utilizó la imagen de la actora para una campaña publicitaria que ella aprovechó. El hecho que

la actora se hubiese presentado al "casting» a los fines de la aludida campaña, no modifica ni disminuye la responsabilidad en cuestión, desde que, igualmente a los fines de la difusión debió existir una autorización expresa que no hubo ya que, de lo contrario, se habrí-a arrimado a la causa. La imagen como tal está protegida por la norma antes mencionada y su reproducción no puede ser puesta en el comercio si no se cuenta con el consentimiento expreso de la persona misma de que se trate. Pero, además, aun cuando, por vía de hipótesis, se entendiera que medió ese consentimiento anticipado a través del "casting», lo cierto es que, por ser modelo, no podrí-a sostenerse válidamente que la difusión de su imagen se hubiese realizado gratuitamente. Por último, el agravio de la apelante con relación a que no se habrí-a acreditado que la actora percibió -o no- suma alguna, no resiste el menor análisis. Ello, por cuanto, como señalara más arriba, quienes debí-an demostrar que la actora habí-a sido desinteresada eran los emplazados a través del recibo de pago, extremo que no se ha cumplido. Por ello, habré de propiciar que los agravios de la apelante sean desestimados.

III.- En relación a los agravios de C. G. anticipo que tampoco le asiste razón a sus quejas. En efecto, quedó establecido en autos que proporcionó la imagen de la actora a la firma V. & P. para la confección de la gráfica publicitaria de "Visa Mini» para el b. HSBC. Pues así- lo demuestra el recibo de pago obrante a fs.19, de donde surge que se abonó la cantidad de \$ 418 más IVA por la utilización de la imagen de E. C. R. De allí-, que no es argumento atendible la circunstancia de que no serí-a C. G. quien difundió la imagen de la actora o que no tendrí-a el deber de controlarla, puesto que de dicho instrumento surge claramente que tení-a pleno conocimiento del fin o destino que habrí-a de tener la imagen aportada por la apelante a V. & P. SRL. Por ende, también resulta irrelevante que la emplazada no aparezca como agente de publicidad. Así-, por más esfuerzo argumental que se realice, no cabe duda que la recurrente se vinculó con las restantes empresas demandadas y, fundamentalmente, obtuvo un beneficio de ello (conf. recibo de fs.19), y, lo relevante es que proporcionó su fotografi-a con fines de exhibición publicitaria en la entidad bancaria. Es decir, C. G. también formó parte de la cadena de comercialización de la imagen en cuestión y, en consecuencia, responsable de sus consecuencias (conf art.31 de la mencionada ley 11.723). Si a todo ello, se suma que la co-demandada V. & P. S.R.L. se encuentra rebelde, en el contexto de las probanzas de autos, indudablemente tal situación refuerza las conclusiones a que se arriba en el pronunciamiento de grado. Por ello, habré de proponer el rechazo de los agravios en este punto.

IV.- El pronunciamiento de grado fijó la cantidad de \$ 40.000 en contraprestación que debió recibir la actora por el uso de su imagen. Esta última la considera reducida, mientras que las emplazadas requieren su reducción. Se ha expresado que en ocasiones, además del interés personalí-simo o con prescindencia de éste, la utilización indebida de la imagen lesiona los intereses económicos del sujeto. Así- cuando se trata de personas que "viven» de su imagen (tal el caso de los modelos profesionales), se ha entendido que en la tutela de su figura generalmente se encuentran comprometidos intereses económicos (Matilde Zavala de González, "Resarcimiento de daños» T.2 d "Daños a las personas (integridad espiritual y social)», p 202, Hammurabi Bs. As. 1997). Esta autora pone de resalto que: "El daño patrimonial por la utilización de la imagen ajena para publicitar determinados productos, no queda enervado por la circunstancia eventual de que la ví-ctima obtenga de tal manera algún beneficio de propaganda personal»; y concluye aclarando que aun de existir tal ventaja, de todas maneras no enerva el daño derivado de la falta de compensación económica a la ví-ctima por el uso comercial de su imagen (Zavala de González, op. cit. p. 203 y CNCiv.Sala F, autos "G., M. R. C/ C. P. S.A. S/ DAÑOS Y PERJUICIOS» EXPTE. N° 60.685/2013 de fecha 06/06/16). En el caso, no se han aportado parámetros ni prueba concreta sobre la base cuantitativa respecto a la contraprestación en cuestión. Si bien el Convenio Colectivo que hace alusión la actora podrí-a considerarse una pauta orientativa (véase fs.217/245), lo cierto es que no se aportó en autos prueba de la cantidad de sucursales en que se exhibió la imagen, tampoco de que cantidad de folletos y forma de la publicidad, etc. Sin embargo, a pesar de ello no es dudoso concluir acerca del perjuicio ocasionado ya que la utilización de la imagen con fines publicitarios la privó de obtener un beneficio y ese lucro cesante es indemnizable desde que existe posibilidad frustrada de obtenerlo (conf.: CNCiv. Sala "I» pub. en L.L. 1998-C-506). En función de ello, considero que la suma fijada por el juzgador resulta adecuada a las circunstancias del caso, por lo que habré de propiciar su confirmación (conf.art.165, último párrafo del Código Procesal).

V.- La actora cuestiona que el juzgador haya desestimado el daño moral que también reclamara. Se ha entendido que el reclamo efectuado a título de daño moral -art. 1078 del Código Civil- fluye naturalmente de la invasión del derecho, habiéndose expresado, con razón, que si hay un derecho a oponerse a la publicidad de la imagen en la forma en que fue realizada, con independencia de perjuicios materiales, su violación importa por sí- sola un daño moral, que está constituido por el disgusto de verse la personalidad avasallada (conf.: CNCiv. Sala "I» ya citado más arriba). Por ello, es que habré de acoger favorablemente el agravio de la actora con relación a este rubro. Cabe recordar que este concepto se caracteriza por estar referido a los padecimientos o molestias que hieren las afecciones legítimas de quienes lo sufren. Su determinación no resulta fácil, ya que se halla sujeto a cánones objetivos, sino a la prudente ponderación sobre la lesión a las afecciones í-ntimas del damnificado, los padecimientos experimentados, o sea, agravios que se configuran en el ámbito espiritual de la ví-ctima y que no siempre resultan claramente exteriorizados, encontrándose así- sujeto su monto a una adecuada discrecionalidad del juzgador y a los distintos precedentes jurisprudenciales para supuestos similares. En la especie,

valorando la aflicción espiritual que debió haber sufrido la víctima con la difusión indebida de su imagen, habré de propiciar se fije por este concepto la cantidad de \$ 20.000. VI.- En lo tocante al agravio de la demandada - HSBC - relativo a la imposición de costas, esta Sala ya ha tenido oportunidad de señalar que las mismas participan del carácter resarcitorio de la acción por daños y perjuicios y, por tanto, deben ser soportadas por la accionada, aun cuando prospere sólo en parte (conf.: causa libre n° 315.219 del 10-10-01, entre otras). Por lo demás, tampoco se justifica la invocación de pluspetición que argumenta la apelante, ya que, como es sabido, la norma contenida en el art. 72 del Código Procesal, para que el actor pueda ser condenado en costas, exige que la emplazada haya admitido el monto hasta el límite establecido en la sentencia, circunstancia que no ha ocurrido en la especie. Por ende, habrá de confirmarse este aspecto de la sentencia. VII.- Si bien la co-demandada "C. G." al agravarse por considerar excesiva la suma fijada por el juzgador, hace también mención a la tasa establecida en concepto de intereses, lo cierto es que ninguna consideración formula acerca de este aspecto, por lo que no cabe que este Tribunal formule alguna consideración al respecto. Por todo lo expresado, si mi voto fuese compartido, propongo se confirme la sentencia apelada en lo que decide, modificándola sólo en cuanto rechaza el rubro "daño moral" que se admite y se fija en la cantidad de \$ 20.000. Costas de alzada a los accionados que resultan sustancialmente vencidos (conf.: art.68 primer párrafo del Código Procesal). Por razones análogas a las aducidas por el Dr.Posse Saguier, los Dres. ZANNONI y GALMARINI votaron en el mismo sentido a la cuestión propuesta. Con lo que terminó el acto.- Fernando Posse Saguier Eduardo A.Zannoni José Luis Galmarini Buenos Aires, 24 de octubre de 2016 AUTOS Y VISTOS: Por lo que resulta de la votación que instruye el acuerdo que antecede, se confirma la sentencia apelada en lo que decide, modificándola sólo en cuanto rechaza el rubro "daño moral" que se admite y se fija en la cantidad de \$ 20.000. Costas de alzada a los accionados que resultan sustancialmente vencidos (conf.: art.68 primer párrafo del Código Procesal). Los honorarios serán regulados una vez establecidos los de primera instancia.- Notifíquese. Devuélvase.- Firmado por: ZANNONI-POSSE SAGUIER-GALMARINI, Firmado por: JOSE LUIS GALMARINI, JUEZ DE CAMARA Firmado por: EDUARDO ANTONIO ZANNONI, JUEZ DE CAMARA Correlaciones: A., J. c/C5N Canal 5 Notifcas Telepiu SA s/daños y perjuicios - Cám. Nac. Civ. Sala H - 04/05/2016 Ochoa, J. c/Medios y Contenidos Producciones SA Cris Morena Group UTE s/daños y perjuicios - Cám. Nac. Civ. Sala H - 09/12/2015 Ver nota al fallo en Lencina, Marcelo A.: "El derecho a la imagen en el Código Civil y Comercial de la Nación" - ERREIUS - Temas de Derecho Civil, Persona y Patrimonio - mayo/2017 011577E