



"Veron, Braian Isaac c/ Arcos Dorados S.A. s/ daños y perjuicios"
Expte. n° SI11538/2010 (J.11)

PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

En la ciudad de San Isidro, a los días del mes de agosto de dos mil catorce, reunidos en Acuerdo los señores Jueces de la Sala Tercera de la Excm. Cámara Primera de Apelación en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial San Isidro, doctores **JUAN IGNACIO KRAUSE y MARIA IRUPE SOLANS**, para dictar sentencia en los autos caratulados: **"Veron, Braian Isaac c/ Arcos Dorados S.A. s/ daños y perjuicios"** expediente n° SI11538/2010; practicado el sorteo pertinente (arts. 168 de la Constitución de la Provincia y 263 del Código Procesal Civil y Comercial), resultó que la votación debía tener lugar en el siguiente orden: Dres. Soláns y Krause resolviéndose plantear y votar las siguientes:

CUESTIONES

- 1ª ¿Se ajusta a derecho la sentencia apelada?
2ª ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

VOTACION

A la primera cuestión, la señora Juez doctora Soláns dijo:

A. El asunto juzgado.

A.1) Se presenta el actor y relata que el 21/04/2006 fue contratado por la demandada para prestar servicios en el local de Mc. Donald`s que se encuentra en la avenida del Libertador 2803 de la localidad de Olivos como pasante. En el mes de octubre o noviembre de ese año le dijeron que le iban a tomar fotos junto a unos compañeros con el nuevo uniforme. El motivo de las fotos era exhibición de los nuevos uniformes en el local y para los demás empleados. Aduce que nunca se habló de la magnitud que tomarían esas imágenes. Comenzó a ver fotografías en todo el local, en todos los locales de la provincia y hasta en Capital Federal. La folletería también se encontraba en la vía pública, gigantografías con su imagen que estaban ubicadas en lugares estratégicos comerciales y esa imagen en la página web de la empresa.

Manifiesta que ante estos hechos hizo saber su descontento realizando reclamos verbales a su superior inmediato del que no tuvo respuesta alguna. Sostiene que la empresa utilizó su imagen hasta septiembre de 2009 para beneficio propio sin su consentimiento expreso ni tácito evitando asumir los gastos y responsabilidades que ocasionan la publicidad conforme a derecho y obteniendo una rentabilidad con escasos recursos. Además vulneró su derecho a la intimidad, el que no se preservó, pues publicó los folletos que tenían impresos su nombre y apellido. Por ello reclama un resarcimiento judicialmente.

A.2) Se presenta Arcos Dorados y efectúa una negativa de todos los hechos expuestos en la demanda. Luego expresa su versión de lo acontecido. Relata que con cierta periodicidad la empresa lleva adelante campañas publicitarias destinadas a promocionar las actividades laborales que cumplen determinados empleados. El proceso de toma de imágenes estaba a cargo del fotógrafo Nicolás Bovio quien con carácter previo a la toma de las imágenes, les solicitaba a los empleados que firmen un acuerdo aceptando que se le tomen fotografías. Luego esas imágenes eran incorporadas a un folleto que se colocaba en un módulo de reclutamiento de personal existente en los mostradores de los locales de la cadena Mc. Donald`s. El folleto era retirado por algunos clientes y no entregado en forma masiva a todos los concurrentes sino que los interesados debían de acercarse al mostrador para obtener uno. Por otra parte destaca que el tamaño del

folleto era pequeño y que la imagen donde aparecía el actor junto a otros empleados se encontraba en la parte inferior del folleto y no en su frente.

Asimismo sostiene que el actor nunca manifestó su desagrado a sus superiores; es decir que aceptó y consintió a través de su silencio que la foto se incluyera en el folleto. El actor continuó desarrollando su actividad en la empresa como pasante hasta el 18/12/2007 sin efectuar ninguna manifestación lo cual conduce a presumir aceptación y entender lo contrario sería conculcar el principio establecido por la doctrina de los propios actos.

B. La solución dada en primera instancia

La sentencia entendió que en la causa, más allá de la negativa genérica y ritual existe concordancia en las afirmaciones de las partes relativas a la existencia de una vinculación laboral entre ambas mediante la cual el actor fue un pasante y la demandada la empresa empleadora. También consideró reconocida la circunstancia de habersele solicitado al actor que posara para una toma fotográfica junto con algunos de sus compañeros y tuvo por probado que la fotografía fue plasmada en el folleto acompañado en la demanda.

Ante la discrepancia entre las partes acerca del destino que habrían de tener las fotografías consideró esencial la necesidad de un consentimiento por parte del dueño, que en el caso consideró no acreditado. Evaluó que la sola circunstancia de posar voluntariamente frente a una cámara fotográfica es indicativa del consentimiento con la toma pero no implica que se haya dado el mismo para el uso de dicha imagen por quien tomó la fotografía y, menos aún, el uso del nombre, máxime tomando en consideración que subsistía pasado cierto tiempo de haber concluida la vinculación de pasantía.

Destacó la sentencia que no puede presumirse el consentimiento y que la imagen utilizada no fue captada en un lugar público y con motivo de un acontecimiento de igual tipo sino que tanto la imagen como el nombre del actor fueron utilizados comercialmente.

Como consecuencia de lo anterior resolvió hacer lugar a la demanda.

C. La articulación recursiva.

Apela el demandado a fs. 129 y su recurso fue concedido a fs. 130. Expresa agravios a fs. 143/145, no contestados por la contraria.

D. Los agravios.

Se agravia la accionada porque entiende que quedó acreditado en la causa mediante las declaraciones testimoniales que el folleto estaba relacionado con la actividad laboral que desarrollaban los jóvenes que son convocados para trabajar en la empresa siendo el actor uno de ellos por lo que la finalidad de las tomas fotográficas alegada por el accionante resultó desvirtuada. Entiende que el actor no probó la causa que alegó en su demanda y que su parte sí probó la finalidad estrechamente vinculada a la labor profesional sin intención de apropiación ni reproducción de la imagen del actor. Aduce que no medio conducta dolosa o culposa de su parte.

Por otra parte se agravia manifestando que el actor nunca expresó su oposición a la exhibición de las fotografías por lo que puede ser considerado como una aceptación de la misma. Considera que la sentencia incurre en contradicción cuando sostiene que el actor no probó la publicación de la imagen y el nombre en la vía pública ni en gigantografías ubicadas en



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

estratégicos lugares comerciales y por otra parte admite la demanda por la supuesta mortificación que le pudo haber ocasionado que se entregara un folleto con su imagen en el área propia donde estaba trabajando en esa época.

Por ello solicita se revoque la sentencia.

E. El análisis de la resolución atacada en función de los agravios expresados.

E. 1) Liminarmente cabe señalar que el derecho a la imagen se resume en la facultad del sujeto de decidir sobre la utilización que se hace de su imagen por cualquier medio (fotografía, filmación, dibujo, grabado, etc.) ya sea para prohibir su captación o divulgación, o para permitir su reproducción o comercialización (Picasso, "nuevas Fronteras del derecho a la imagen", JA 1/6/2005, p. 3). Se trata de un derecho personalísimo autónomo como emanación de la personalidad, contenido en los límites de la voluntad y de la autonomía privada del sujeto al que pertenece. Toda persona tiene sobre su imagen un derecho exclusivo que se extiende a su utilización de modo de poder oponerse a su difusión cuando ésta es hecha sin autorización, a menos que se den circunstancias que tengan en mira un interés general que aconseje hacerlas prevalecer sobre aquel derecho. La producción de este derecho es independiente de la tutela al honor, a la intimidad y a la privacidad (C.Civil sala H, 15/4/2004 "Bocanera, Orlando c. Diario Clarín y otro", citado en "F.L.E c. Asociación de conductores de automotores" CNCivil Sala A sent. 10/04/2013, AR/JUR/15410/2013).

Ahora bien, como sucede con todos los derechos personalísimos, el que se tiene sobre la propia imagen únicamente puede ser explotado por terceros si media consentimiento del titular. Este es el principio general que enuncia el art. 31 de la ley 11.723 y que la Sra. Juez "a quo" consideró esencial a fin de resolver el caso en estudio.

En efecto, el artículo establece "El retrato fotográfico de una persona no puede ser puesto en el comercio sin el consentimiento expreso de la persona misma y, muerta ésta, de su cónyuge e hijos o descendientes directos de éstos, o en su defecto del padre o de la madre...".

Por consiguiente, poco importa si la finalidad de la toma fotográfica estaba relacionada con la actividad laboral que desarrollaban los jóvenes que son convocados para trabajar en la empresa demandada –como sostiene Arcos Dorados- o si la finalidad era la exhibición de los nuevos uniformes para el local –como sostiene el actor-, pues en realidad lo que debe examinarse es si puede considerarse que medió un consentimiento del accionante para captación y publicación de su imagen a fin de evaluar la licitud en el obrar de la accionada.

El agravio referido a que no medió conducta dolosa o culposa en la publicación de la imagen del señor Veron por parte Arcos Dorados no ha de ser analizado porque no fue puesto en consideración de la Jueza de primera instancia y conforme el art. 272 del CPCC, este Tribunal está impedido de fallar sobre capítulos no propuestos a su decisión.

En relación al consentimiento considera la recurrente que el actor prestó su conformidad para la publicación de la fotografía con su imagen al no expresar oposición a la exhibición de la misma.

Dicho agravio tampoco ha de prosperar porque para que el silencio pueda valer como manifestación de voluntad, es necesario que la

persona que calla estuviera en el deber de explicarse en determinado sentido y así imponerlo alguna de las situaciones referidas en el art. 919 del C.Civil. Estas son excepcionales y no pueden, por ende, extenderse analógicamente, por lo que, fuera de ellas, el silencio carece de valor jurídico a no ser que tenga la apariencia exterior del consentimiento (causa 65.852 del 15-8-95 de la Sala IIª) y en el caso ello no ocurrió.

Por otra parte la sentencia luego del análisis de la prueba testimonial aportada a la causa concluyó en que no quedó acreditado el consentimiento del actor para la campaña publicitaria. La apelante omite toda referencia a dicho desarrollo argumental, limitándose a señalar que existe una aceptación tácita –del contrato y de la autorización de la publicación- por no expresar oposición. Ello no constituye un agravio en los términos del art. 260 del CPCC porque no demuestra el error del Juez al descartar los testimonios mencionados.

A lo expuesto cabe agregar que si bien de las declaraciones de los testigos aportados por la demandada (fs. 84/86 y fs. 87/89) surge que la práctica habitual consiste en que el consentimiento se preste por escrito antes de tomar las fotografías, la accionada omite toda referencia a tal hecho, además de no aportar el correspondiente documento que debió haber hecho firmar antes de realizar la sesión (o en su caso explicar y probar las razones por las cuales se carece de constancia al respecto).

Así entonces y conforme el análisis de los elementos ausentes u omitidos –aún cuando la interesada estaba en condiciones de aportarlos y no lo hizo- deviene la inexistencia en esta causa de probanzas que acrediten el consentimiento del actor (ex empleado de la demandada) para la divulgación de su imagen, nombre y apellido para una de las campañas publicitarias de Mc. Donald's (doct. Art.18 de la CN, doct. art. 1198 del CC). Ante la falta de toda prueba documental sobre la existencia de un contrato entre las partes no puede razonablemente considerarse –ante la afirmación de Arcos Dorados- que el Sr. Veron consintió la publicación de su imagen, nombre y apellido.

Tal violación normativa (art. 31 de la ley 11.723) da sustento suficiente a la conclusión de que el obrar de la accionada, o sea, la publicación de las fotografías resultó ilícita. Por ello ha de confirmarse en este acto la sentencia apelada.

E. 2) Se agravia la demandada por la procedencia del daño moral sin que el actor haya acreditado mínimamente los padecimientos ni los perjuicios que –según él- le fueran ocasionados. Subsidiariamente considera que la suma fijada resulta excesiva (\$25.000).

El daño moral es la lesión en los sentimientos que determina inquietud espiritual, o agravio a las afecciones legítimas y, en general, toda clase de padecimientos insusceptibles de apreciación pecuniaria. Su traducción en dinero se debe a que no es más que el medio para enjugar, de un modo imperfecto pero entendido subjetivamente como eficaz por el reclamante, un detrimento que de otro modo quedaría sin resarcir. Siendo así, de lo que se trata es de reconocer una compensación pecuniaria que haga asequibles algunas satisfacciones equivalentes al dolor moral sufrido (Causa 106.468 del 16-4-09 RSD: 11/09 de esta Sala IIIª).

En relación a la protección del derecho a la propia imagen el daño fluye naturalmente por la invasión al derecho de toda persona de decidir libremente el destino y la utilización de la propia imagen ("Elguero, Reinaldo y



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

otro c. La Nación S.A. s/daños y perjuicios" Tribunal: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala E Fecha de Sentencia: 2013-04-23).

Considerando que en autos se acreditó la perturbación a un derecho de la personalidad, es decir que el ilícito afectó un derecho personalísimo (imagen), y como tal esencial, calificado por su naturaleza como un derecho sobre la integridad espiritual (Luis Moisset de Espanés María del Pilar Hiruela de Fernández "Derechos sobre la integridad espiritual: comprensivos del honor, de la imagen y del derecho a la intimidad o a la vida privada") no cabe requerir pruebas específicas, ya que su existencia queda configurada con la lesión al goce de tal clase de derecho, debiendo tenerse por demostrado el menoscabo espiritual por el solo hecho de la acción antijurídica (conf. arg, ORGAZ, El daño resarcible [Actos ilícitos], 3a. ed., pág. 216 nº 66; CNCiv. Sala "A" en ED, 67-353; Sala "D" en ED, 75-306; Sala "F" en ED, 92-365).

Ello establecido la valoración del daño debe hacerse en forma circunstanciada. En este sentido ha de tenerse en cuenta el sentido tuitivo de la norma y la ausencia de prueba en relación a las condiciones personales del afectado y a su personalidad a fin de evaluar la índole de la intromisión en su vida privada. Ha de ponderarse asimismo la ausencia de prueba de daños materiales y de constancia alguna en relación a una divulgación masiva mediante gigantografías como se sostuvo en la demanda. A la luz de estos principios considero que el importe fijado es elevado y propongo reducirlo a la suma de pesos diez mil (\$10.000; art. 165 del CPCC).

Con la modificación propuesta voto por la **afirmativa**.

El señor Juez doctor Krause por los mismos fundamentos votó en igual sentido.

A la segunda cuestión, la señora Juez doctora Soláns dijo:

En virtud del resultado arrojado por la votación a la primera cuestión, corresponde: a) reducir el monto de la condena a la suma de pesos diez mil (\$10.000); b) confirmar la sentencia apelada en todo lo demás que decide; c) imponer las costas devengadas ante esta Alzada a la demandada vencida (art. 68 del CPCC); d) diferir la regulación de los honorarios de los profesionales intervinientes para su oportunidad legal (art. 31 de la ley 8904).

El señor Juez doctor Krause por los mismos fundamentos votó en igual sentido.

Con lo que terminó el Acuerdo, dictándose la siguiente:

S E N T E N C I A

POR ELLO, en virtud de las conclusiones obtenidas en el Acuerdo que antecede y de los fundamentos expuestos en el mismo, a) se reduce el monto de la condena a la suma de pesos diez mil (\$10.000); b) se confirma la sentencia apelada en todo lo demás que decide; c) se imponen las costas devengadas ante esta Alzada a la demandada vencida (art. 68 del CPCC); d) se difiere la regulación de los honorarios de los profesionales intervinientes para su oportunidad legal (art. 31 de la ley 8904).

Regístrese, notifíquese y devuélvase.