

DERECHOS DE IMAGEN DE UN FUTBOLISTA PROFESIONAL. UTILIZACION DE IMAGEN EN CAMPAÑA PUBLICITARIA SIN CONSENTIMIENTO PREVIO. DERECHO INDEMNIZATORIO. RESPONSABILIDAD DE EDITORIAL PROPIETARIA DE LOS MEDIOS INVOLUCRADOS.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala E: "Cavenaghi Fernando Ezequiel c/ Arte Gráfico Editorial Argentino S.A. s/ daños y perjuicios".

En Buenos Aires, Capital de la República Argentina, a los 24 días del mes de febrero del año dos mil doce, reunidos en Acuerdo los señores jueces de la Excm. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala "E", para conocer en el recurso interpuesto en los autos caratulados "Cavenaghi, Fernando Ezequiel c/Arte Gráfico Editorial Argentino S.A. s/daños y perjuicios" respecto de la sentencia apelada corriente a fs. 489/498, el Tribunal estableció la siguiente cuestión a resolver:

La sentencia apelada ¿es arreglada a derecho?

Practicado el sorteo, resultó que la votación debía efectuarse en el siguiente orden: Sres. Jueces de Cámara Dres. Racimo, Calatayud y Dupuis.

A la cuestión planteada el Dr. Racimo dijo:

I.- El juez de primera instancia hizo lugar parcialmente a la demanda promovida por Fernando Ezequiel Cavenaghi contra Arte Gráfico Editorial Argentino S.A. por la utilización de su imagen fotográfica en publicidades realizadas en la vía pública para promocionar el programa de radio Super Deportivo Olé y la condenó a abonar dentro del plazo de diez días la suma de \$ 43.280.

Contra dicho pronunciamiento, la vencida interpuso el recurso de apelación de fs. 500 que fundó con la expresión de agravios de fs. 529/534 respondida por el demandante con el escrito de fs. 539/541.

No se encuentran ya en discusión por parte de la demandada las características del derecho a la imagen tutelado por el art. 31 de la ley 11.723 ni el alcance que se le ha dado en la sentencia de primera instancia a la falta de consentimiento del actor en este punto. Está claro, pues, que se ha admitido que se utilizó la imagen fotográfica de Fernando Ezequiel Cavenaghi para promocionar el programa Super Deportivo Olé en un aviso en el que constaban, además, los logotipos de "Radio Mitre" y de "Diario Deportivo Olé" que fue exhibida en casetas telefónicas, en carteles ubicados en la vía pública y en lunetas del transporte colectivo de pasajeros. El único planteo sustancial efectuado por la vencida consiste en que la demanda debió haber sido rechazada por haberse presentado un supuesto de excepción de falta de legitimación pasiva -aunque no haya planteado esta defensa en términos explícitos- porque la campaña publicitaria con la foto del futbolista ha sido exclusivamente desarrollada por la empresa Radio Mitre S.A. no habiendo sido diagramada ni realizada ni encargada por Arte Gráfico Editorial Argentino S.A. (ver en especial fs. 141, punto III, b de la contestación de la demanda). De ello se infiere en el escrito bajo examen que la demandada no se encuentra obligada en el caso habiéndose limitado a ser un simple auspiciante con lo que se llegaría eventualmente al absurdo de hacer responder por este tipo de actividades por la publicidad desarrollada por una empresa auspiciada.

El juez ha distinguido en la sentencia dos aspectos que no habían sido adecuadamente delimitados en la demanda. Por un lado se encuentran el conjunto de fotos pertenecientes al diario deportivo Olé que hacen a la información y al entretenimiento del lector cuya utilización no puede ser objeto de reproche por parte del actor, fundamento que no fue objeto de impugnación por ninguna de las partes. El segundo segmento del pronunciamiento se refiere al caso de las imágenes que publicitaban el programa de radio y el diario habiéndose entendido en la sentencia que tanto Olé como radio Mitre desarrollaron una campaña publicitaria destinada a posicionar sus productos: el programa de radio Super Olé Deportivo y el diario deportivo que auspiciaba el programa valiéndose para ello de la imagen de quien surgía como figura en el ambiente futbolístico. Ante la falta de prueba alguna respecto del consentimiento del jugador para llevar a cabo tal pauta publicitaria se entendió que correspondía imponer un resarcimiento por el daño emergente y por el daño moral causados (ver fs. 493 vta.).

Para impugnar estos fundamentos, el apelante sostiene que el programa radial Super Olé Deportivo fue producido y pertenece a Radio Mitre S.A. quien informó que fue ella quien en el mes de septiembre de 2003 decidió promocionar aquel programa a través de diversos afiches y gráficas colocados en la vía pública. Refirió que "todas las empresas anunciantes que fueron consultadas informaron al tribunal (ver fs. 205, 381, 388, 398, 396 y 420) que jamás tuvieron relación contractual alguna" con la apelante (ver fs. 531).

Estimo -del mismo modo que el juez a quo- que existió una campaña publicitaria de la que se benefició inequívocamente la demandada y que ello surge, directa o indirectamente, de las constancias mismas del proceso.

El primer indicio sobre la vinculación entre la demandada y la publicidad surge de la contestación de oficio suscripta por el mandatario de Microómnibus Barrancas de Belgrano S.A. que es reveladora respecto del procedimiento utilizado. Se informó allí que en el año 2003 se celebró con "Arte Gráfico Argentino S.A." un contrato de locación de espacios para publicidad en vehículos de autotransporte, que no se posee registro en la empresa acerca de los productos que se publicitaron, que el contrato fue verbal, que se carece de registro donde conste la cantidad de unidades que exhibieron publicidad y del tipo de publicidad y el lapso que se promocionó cada producto (ver fs.186). Dicha contestación de oficio fue reiterada aunque se agregó con ella un escrito suscripto por el apoderado de la requerida quien señaló que su mandante cuenta en su parque móvil con 54 unidades y que el contrato se encuentra en vigencia desde el año mencionado (ver fs. 258/259). Súmase a ello que el actor acompañó con su demanda fotografías de colectivos correspondientes a esa empresa -se advierte que son de la línea 118 de esta ciudad- en cuyas lunetas se encuentran insertas las fotografías de Cavenaghi en grandes dimensiones conjuntamente con los logotipos de la radio y del diario (ver fs. 54/57). La demandada no ha impugnado ninguna de ambas contestaciones como lo autoriza el art. 403 del Código Procesal de manera que encuentro suficiente esas respuestas para evidenciar que la demandada contrató la publicidad con dicha empresa en los términos ya referidos, sin que la demandada haya demostrado que fue la empresa radial -como ocurrió por ejemplo en el caso de las casetas telefónicas- quien contrató con esta empresa transportadora.

Por otra parte, la demandada sólo ha comprobado la existencia de un contrato de publicidad entre Radio Mitre S.A. y la empresa Telinver S.A. (ver oficios de fs. 305/307 y 378/381), lo cual deja abierto el modo en que el resto de las líneas de colectivos accedió a incorporar una publicidad que indudablemente favorecía a la radioemisora y al periódico.

La interpretación de este negocio complejo mediante el cual una empresa contrata con otra la publicidad en el espacio de esta última de un producto de la primera debe realizarse según las pautas del art. 218 del Código de Comercio. Particularmente, ha de tenerse en cuenta la integración del negocio con usos, costumbres, circunstancias y conductas de las partes en la interpretación de los contratos comerciales y por los métodos utilizados para fomentar el consumo (ver Ghersi, Carlos A. y Weingarten, Celia, "El marco general de interpretación, comprensión e integración de los contratos" en Ghersi-Weingarten (directores), Tratado de los contratos civiles, comerciales, laborales administrativos y de consumo, Buenos Aires, Ed. La Ley, 2010, t. I, pág. 287, pto. 4.4. y Etcheverry, Raúl Aníbal, Obligaciones y contratos comerciales. Parte general, Buenos Aires, Ed., Astrea, 1994, pág. 291) que, en el caso, se particulariza por la explotación de la foto de un futbolista de fama nacional (ver declaraciones de testigos de fs. 220/221 y 268 y las mismas publicaciones del diario deportivo Olé acompañadas con la demanda y reconocidas por la empresa editora) y cuya ejecución se desarrolló mediante un emprendimiento conjunto de Radio Mitre S.A. y Arte Gráfico Editorial Argentino S.A. por vías de contratación directa e indirecta.

Existió, al parecer, una suerte de contrato informal entre la demandada y la compañía transportadora para la realización de publicidad en sus lunetas -entre cuyas prestaciones se insertó el de la foto de Cavenaghi- y otro contrato por escrito entre Radio Mitre S.A. para la ejecución de la misma pauta publicitaria en casetas telefónicas ubicadas en el radio de esta Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Y ello tiene cierta lógica porque se ha tratado de una empresa publicitaria en conjunto de modo que ambas se han favorecido de la explotación de la imagen de Cavenaghi distribuyéndose los trabajos según los distintos sectores; los colectivos de la línea citada para la demandada y las casetas telefónicas para la radiodifusora. Una vez que se examina el tema desde esta perspectiva no parece posible admitir una participación inocente de la demandada en este trabajo de publicidad en conjunto, tanto más si se tiene en cuenta que no solamente se ha publicitado su logotipo sino que incluso el mismo programa se denominaba "Super Deportivo Olé".

La expresión de agravios de la demandada no ha considerado estos aspectos de la controversia porque, como señalé, ha pasado por alto la referida contestación de oficio de la empresa Microómnibus Barrancas de Belgrano S.A. a la cual se ha referido el actor al alegar sobre el mérito de la prueba producida (ver fs. 477, punto 5 in fine). Es más, dos de las respuestas de oficio que la misma recurrente entiende que respaldan su posición en realidad dan cuenta indirectamente de una relación comercial entre la demandada y Radio Mitre para la explotación de la publicidad con el uso de la imagen del demandante.

La primera de ellas ha sido emitida por dicha radiodifusora cuyo apoderado refirió que el programa es auspiciado por el diario "Olé", "quien autorizó el uso del logo en las promociones y el registro de la marca "Super Olé Deportivo" en cabeza de Radio Mitre" (ver fs. 193, resp. 4). La demandada se desprendió del uso de su logotipo en cualquier tipo de promociones mediante una suerte de mandato tácito que implicó un mutuo aprovechamiento económico por el uso de las imágenes de Cavenaghi. La segunda respuesta corresponde a la firma Telinver S.A. que reconoció que se publicitaron en las cabinas telefónicas de la empresa Telefónica de Argentina imágenes del jugador Fernando Ezequiel Cavenaghi que fue contratada por Radio Mitre S.A. a través de un contrato de canje publicitario suscripto el 8 de agosto de 2003. Se aclaró específicamente que la campaña publicitaria denominada "Radio Mitre Olé" (sic) y duró un mes, abarcando 125 cabinas de la Capital Federal (se adjunta listado de ubicación de cabinas). Dicha lista detalla la calle y el barrio de la publicidad -con algunas observaciones respecto a la ubicación de los avisos- y, lo que es más importante, con un título "C. colocar" (sic) que encabeza la lista que enumera en todo los casos con letras rojas la expresión "Mitre-Olé" (ver fs. 307 y el listado de fs. 305/306).

De este conjunto de datos resulta inequívocamente que existió un mutuo entendimiento entre Radio Mitre S.A. y Arte Gráfico Editorial Argentino S. A. mediante el cual realizaron -por diversas vías- una campaña publicitaria de sus productos que incluía las fotos del jugador de fútbol Cavenaghi en las lunetas de líneas de colectivos y en casetas telefónicas ubicadas en esta ciudad. Dicha unión surge de modo expreso en el nombre de la campaña publicitaria que fue denominada "Radio Mitre Olé" y que se explica solamente de la unión de ambas sociedades comerciales a ese efecto.

No se trata de equiparar al supuesto auspiciante (en el caso Arte Gráfico Editorial Argentino S.A.) con una empresa que comercializa pinturas (tal es el ejemplo indicado por la recurrente a fs. 531 del memorial) para exponer el absurdo en que habría incurrido el juez de primera instancia. El programa radial lleva el nombre del diario como parte integrante de su título con lo cual en los avisos de las casetas la mención textual "Olé" duplica a la de "Mitre" ya que se optó por suprimir una mención de la radio que consta en los otros avisos existentes en lunetas y en carteles ubicados en la calle. Se suma lo expresado que el logotipo de ambos es de dimensiones similares, con lo cual se infiere -por lo menos en el caso de estas casetas- la dominancia, tanto en lo gráfico como en lo textual, del periódico deportivo -el supuesto "auspiciante"- por sobre el nombre comercial de la radio misma. Es evidente, por otro lado, que la campaña ha unido a ambas empresas habiéndose comprobado que, al menos en el caso de una de las publicidades efectuada en la línea 118 de colectivos, se hizo por contratación efectuada por la misma demandada, lo cual no parece corriente en el caso de un auspiciante a quien no se le delega, como ocurrió en esta hipótesis, el manejo de la pauta publicitaria de una emisión radial salvo que coparticipe de algún modo en esa empresa. Esta coparticipación se dio mediante la explotación conjunta de la imagen del demandante de la cual ambas -la demandada y Radio Mitre S.A.- se beneficiaron sin la necesaria contraprestación económica al dueño de aquella que le correspondía en virtud del art. 31 de la ley 11.723 según lo consideró el juez en segmento no cuestionado de su pronunciamiento.

Descarto que el diario deportivo Olé haya podido estar ajeno a este proceso de selección de imágenes que conformaron la propaganda gráfica y a incentivar, a la vez, la audición del programa radial y la venta de ejemplares del periódico (ver al respecto las interesantes consideraciones formuladas al respecto por el Dr. Molteni en su voto como integrante de la CNCiv., Sala A, en la causa "Camerlinckx, Pablo J. c. Editorial Arte Gráfico Argentino S.A. y otros" del 4-7-03, La Ley Online AR/JUR/3205/2003). Y ello no resulta solamente de la implantación publicitaria de fotos del actor en el ámbito deportivo sino del hecho -más relevante aún- de la participación comercial en la ejecución de la pauta publicitaria que surge del procedimiento de contratación en las lunetas de colectivos con el rasgo adicional de la utilización del nombre del diario en los avisos y en la denominación misma de la campaña publicitaria. Hay aquí algo más que el empleo de una imagen de la persona sin su consentimiento en una campaña realizada por otro (ver CNCiv, Sala B, "Vicente Hugo Marcelo y otro c. Editorial Atlántida S.A." del 23-8-06, LL 2007-B, 812) ya que se ejecutó lisa y llanamente una empresa conjunta en la cual se distribuyó el trabajo de acuerdo a las conveniencias de este convenio; sea suministrando una pauta publicitaria radial (ver el contrato entre Radio Mitre S.A. y Telinver S.A. para explotación en cabinas obrante a fs. 378/381), sea mediante el pago por parte del periódico de una suma de dinero a una empresa transportadora para el aviso en las lunetas (ver contestaciones de oficio de fs. 186 y 258/259) y en la cual se ha preferido, por cualesquiera razones, suprimir el nombre de la radio para hacer predominar el del periódico Olé con indicación del título de la publicación y mediante la inserción en el nombre del programa mismo ("Super Olé Deportivo"). No se me escapa que en los carteles publicitarios ubicados en las veredas de las calles consta con mayor tamaño el

aviso "Radio Mitre primeros en fútbol", pero esto no es más que una muestra de la coparticipación en términos relativamente igualitarios de ambas empresas para la diagramación, realización y encomienda de los avisos con los cuales ambas fomentan la explotación de sus productos respectivos. Existe, además, un elemento que surge del peritaje presentado por el perito en Ciencias de la Comunicación Social que favorece esta interpretación. Al descartar la posibilidad de que el póster de la revista pudiera considerarse como una pauta publicitaria por la inserción del logotipo del diario Olé, el experto hizo un comentario adicional revelador. Se le interrogó para que indicara si la característica de la publicidad en cuestión (póster) compromete la imagen de Cavenaghi con los productos publicitarios -Olé diario deportivo y Mitre AM 790-. El experto contestó que "en este caso la sola publicación del isologotipo del diario Olé en un margen de la foto del jugador no se considera como pauta publicitaria ni compromete comercialmente a las partes". Agregó, acto seguido, que "para el caso de considerarse como pauta publicitaria debería contar con ambos isologos -diario Olé y Radio Mitre AM 790-, con la mención del programa Super Olé Deportivo, su horario y la foto del jugador en cuestión, que promocioe el programa radial, fuera del diagrama de página de la información o fotografías que constituya material periodístico" (ver fs. 449, resp. 8, los subrayados me pertenecen).

De esta respuesta se desprende claramente que todo aviso con la imagen de Cavenaghi que cuente "con ambos isologos" -como ocurrió con los carteles, las casetas y las lunetas- compromete comercialmente a las partes con lo cual está claro que en estas publicidades el demandado no era simplemente un auspiciante sino un coparticipante al publicitar la imagen para fomentar la venta del periódico al eventual público que así lo advirtiera en las calles de esta ciudad. La demandada participó -ha sido algo más que una mera auspiciante- en esta campaña y ello se revela tanto por la diagramación misma de los avisos -que en algunos casos le da más importancia que al auspiciado- como por el principio de ejecución de este contrato de publicidad que se evidencia por la realización de algunos de los actos preparatorios encaminados a hacer factible el cumplimiento (ver Lafuente, Ignacio y Wright, Andrea en Martorell, Ernesto E. (director), Tratado de Derecho Comercial, t. II, Contratos comerciales modernos, Buenos Aires, Ed. La Ley, 2010, pág. 375).

Una aclaración final. Es verdad que de la respuesta de Microómnibus Barrancas de Belgrano S.A. podría inferirse que en los transportes de colectivos se realizó publicidad de otros productos de la empresa. Pero esto no basta para descartar que este haya sido el procedimiento usado respecto de esa transportadora para publicar este tipo de avisos, tanto más si se tiene en cuenta que la informalidad con la que se viene realizando contrataciones para publicidad desde el año 2003 permite insertar -aunque aparentemente sin constancias evidentes- las publicidades que ambas empresas -la demandada y Radio Mitre S.A.- decidieron llevar a cabo. La variedad de procedimientos que se han presentado en el proceso para la publicidad de la foto de Cavenaghi -ya sea en forma directa o por vía indirecta por el método de canje publicitario con la radio- no es motivo para desestimar el reclamo toda vez que esta informalidad es la que se presenta a menudo en la práctica en el contrato de publicidad o en los denominados contratos con fines publicitarios que incluyen contratos de organización, de difusión e interpretación (ver Varangot, Carlos José, "El contrato de publicidad", ED 36-951, 984, Emery, Miguel Ángel, "Los contratos de publicidad. Nociones. Cuestiones modernas", LL 1984-C-278, 279, punto II y Farina, Juan M., "El contrato celebrado entre el anunciante y la empresa periodística ¿es un contrato de publicidad?", JA 1993-II-686, 687, punto VII y Zentner, Diego y Gherzi, Carlos A., "Contrato de publicidad y esponsorio para consumo" en Manual de contratos civiles, comerciales y de consumo, (Celia Weingarten coordinadora), Buenos Aires, Ed. La Ley 2009, pág. 592, pto. 2). En suma, cualquiera haya sido la vía o la forma que escogió la demandada para publicitar su producto conjuntamente con el de la radio debió haber realizado, como paso lógico, un acuerdo con el actor para la explotación de su imagen y no habiéndolo así hecho no queda más que confirmar la sentencia toda vez que se ha determinado inequívocamente la participación de aquélla en el emprendimiento publicitario desarrollado en el año 2003 y que motivó la promoción de la demanda resarcitoria por el afectado.

II.- Decidido que debe responder la demandada queda sujeto a examen el restante agravio subsidiario que se refiere a la exorbitancia de la indemnización establecida en el fallo que determinó un resarcimiento por daño emergente en la suma de \$ 23.280 y otra por daño moral por \$ 20.000. Se plantea por la recurrente que de admitirse que Olé recibió un auspicio indirecto por la inclusión del logo en los afiches, ello no habilitaría a responsabilizarla por la eventual promoción que se haya realizado ya que de los dos productos exhibidos sólo uno pertenece a la empresa demandada.

Asimismo, afirma que no se ha admitido la impugnación efectuada a fs. 438 al dictamen presentado por el perito licenciado en ciencias de la comunicación que estimó el "cachet" de la figura en el 10 %

del monto invertido en publicidad que fue estimado, sin mayores precisiones, en la suma de \$ 232.000.

Decía antes que se presentó un entendimiento publicitario conjunto entre la emisora y el radio deportivo mediante el cual ambas explotaban sus productos. Este emprendimiento tiene ciertas características que surgen de las pruebas agregadas a autos que me llevan a propiciar que se confirme el monto establecido en la sentencia. La campaña fue de alcance masivo -lo cual no se impugna en el memorial en estudio- ya que incluyó lunetas de colectivos situados en esta Ciudad Autónoma de Buenos Aires -con los costos que ello es de suponer en uno de los sitios de mayor densidad y de más alto poder adquisitivo del país-, con carteles ubicados en la vía pública y en casetas telefónicas en las cuales las imágenes son, en realidad, dos por la forma de triángulo abierto de estos habitáculos (ver fotos de fs. 46, 48 y 50 desconocidas por la demandada pero que surgen como auténticas a través de la contestación de oficio de fs. 539 en la cual constan sus dimensiones en 2,48 mts por 0,46 mts.).

La distribución de publicidad se realizó en 125 cabinas que se encuentran, según el listado, de fs. 305/306 en los barrios de Chacarita, Montserrat, Núñez, Balvanera, Recoleta, San Nicolás, Almagro, Palermo, Belgrano, Once, Flores San Telmo, Retiro, Constitución, Tribunales e incluso en muchos casos en la adyacencia de bancos, sindicatos, bares, kioscos, locales de comidas rápidas, facultad, colegio, teatro, santería, restaurante, club de fútbol, vivero, supermercado, zoológico, farmacia, peluquería y andenes. Una precisa campaña publicitaria difundida por diversos barrios de la ciudad y destinada a un público específico con indicación de la localización -en la mayoría de los casos- de las casetas. Cuando se estima que mediante este procedimiento la imagen de Cavenaghi se reprodujo a través de 250 fotos, se tiene en cuenta, además, el formato triangular de estas casetas y se suman a este número las reproducciones en las lunetas de varias líneas de colectivos y en carteles en la vía pública se llega a un conjunto tal de imágenes que revela la amplitud de la campaña publicitaria iniciada por ambas empresas que debió alcanzar indudablemente a un guarismo de varias centenas.

No es un tema menor la multiplicidad de imágenes reproducidas porque ello supone la saturación del mercado publicitario en ese momento con la explotación comercial de la figura de Cavenaghi tanto más si se pondera que en ninguno de estos avisos se insertó a otro jugador de fútbol y se la utilizó -sin consulta alguna- para favorecer a dos emprendimientos lucrativos (la audición radial y el periódico deportivo de dos empresas distintas).

Lo expresado revela la magnitud de la campaña descrita en los párrafos precedentes con lo cual en modo alguno es posible considerar que el monto señalado por el experto sea desproporcionado y menos aún que el cachet indicado no guarde relación con el grado de explotación a la que fue sometida la foto del actor en todo el ámbito de esta ciudad en el año 2003.

En el tráfico mercantil la publicidad tiene por función ante todo persuadir; vende bienes y servicios convirtiéndolos en imágenes e ilusiones (ver Farina, Juan M., Contratos comerciales modernos, Buenos Aires, Ed. Astrea, 1994, n° 143, pág. 233) y el objetivo de esta campaña no era solamente auspiciar el programa radial -que llevaba el nombre Super Deportivo Olé- sino también promover la venta del diario deportivo cuyo logo estaba indicado al lado del correspondiente a Radio Mitre. La foto de Cavenaghi fue usada para que se escuchara el programa y también para que se vendiera el diario; esto es, una publicidad que favorece a dos empresas al costo de una sin que la demandada en este caso hubiera demostrado el consentimiento de la persona reproducida por estas vías. En términos económicos, una doble explotación comercial de la imagen; una no consentida y la otra al usar la foto para dos emprendimientos distintos; máxima utilización a un costo gratuito de dos empresas que actuaron en conjunto.

En el mundo extremadamente profesionalizado del deporte del fútbol -hecho que por obvio no merece mayores consideraciones- no se puede llegar a pensar que el cachet de un reconocidísimo jugador como Cavenaghi -la misma publicación lo califica como "Torazo" (sic) o como "Un goleador de lujo" o "un fenómeno según el periodista Leo Farinella en la "Colección River" del diario deportivo demandado tenga un cachet inferior al reconocido en la sentencia de primera instancia. Y entra ya en el ámbito de lo difícilmente aceptable el referir que un futbolista de tales excelencias debió de haber aportado los contratos en los que eventualmente haya participado para permitir con ello la cuantificación del daño emergente producido. El juez de paz de la Capital doctor Pirán Balcarce había hecho lugar a la demanda respecto de un fabricante de chocolatines (Saúl Starosta) que con fines de publicidad utilizaba retratos de los jugadores del Club River Plate con sustento en que el comerciante especuló con la popularidad de los jugadores despertando un mayor interés adquisitivo para los productos al poner el retrato de aquéllos sin su consentimiento y violando por lo tanto las

disposiciones de la ley 11.723. Consideraba que había existido un enriquecimiento sin causa y también un empobrecimiento para los actores, ya que ninguna otra empresa recurriría a ese medio de publicidad por haber perdido el carácter de novedad, decisión que Carlos Juan Zavala Rodríguez consideraba acertada al agregar que si se tolera que los terceros puedan publicar la fotografía sin abonar nada, existe perjuicio patrimonial evidente, del que se priva al titular de la posibilidad de sacar fruto lícito de su derecho (Publicidad comercial. Su régimen legal, Buenos Aires, Ed. Depalma, 1947, págs. 529/530, las cursivas son del original).

Si apenas doce años después de la instauración del fútbol profesional -la publicación del fallo en el diario La Prensa según dicho autor es del año 1943- podía llegarse a esta conclusión, tanto más cabe juzgar en el mundo actual que el empleo de la imagen del actor con ese alcance para una publicidad del diario mediante los citados procedimientos y curiosamente perteneciente al mismo club merece un apropiado resarcimiento por el daño emergente ocasionado.

Está claro, pues, que en la actualidad, el futbolista de alto rendimiento se asemeja en estos casos a la figura del modelo publicitario; la imagen misma es la que vende el producto adjunto y si alguna duda cupiera al respecto bastaría pensar en la relevancia gráfica que habrían tenido los avisos de la parte demandada sin la foto del demandante y exclusivamente con los dos isologos de ambas empresas.

No considero, por otra parte, que corresponda la disminución en proporción alguna por la eventual participación de la otra empresa (Radio Mitre) en la campaña publicitaria puesto que una figura de estas características pudo haber exigido el monto requerido incluso a la demandada y otro similar a la radiodifusora para que se usara su imagen con tal intensidad y en tan amplio ámbito de esta ciudad. Es que, al tratarse la demandada de una empresa editora de dos periódicos, que percibe ganancias a raíz de esa publicación, no hay dudas que -además del daño moral admitido- debe a la actora el importe que le hubiera correspondido como retribución por la publicidad de su imagen, si como en el caso, su profesión consiste en lucrar con ella, por tratarse de un futbolista profesional de reconocida fama que se presume ha de obtener una especial retribución por este concepto (ver también esta Sala, c. 450.609 del 24-5-06, La Ley Online AR/JUR/11334/2006).

En lo que se refiere a la cuantificación del daño moral, se ha dicho por esta Sala que el ilícito consiste en la difusión pública de la imagen sin autorización. Y que, desde este ángulo, es de advertir el daño de orden espiritual que puede haberse inferido al demandante tanto por lo que deriva de esa divulgación y falta de consentimiento, por lo que supone, en el orden profesional, la reproducción de sus figuras en múltiples lugares para cuya propaganda no dio su conformidad (esta Sala, ver voto del Dr. Lloveras del 23-4-81, ED. 94-583 y también CNCiv, Sala G, voto del Dr. Carranza Casares del 21-12-07, pub. en La Ley Online AR/JUR/10417/2007). Ocurre que la violación del derecho a oponerse a la publicidad de la imagen propia por su difusión sin la pertinente autorización, importa, por sí sola, un daño moral constituido por el disgusto de ver la personalidad avasallada (ver CNCiv., Sala M, del 6-10-03 y sus citas pub. en JA 2004-II-421) y ello se presenta con estas características en el caso cuando se pondera la entidad de la campaña adoptada con ubicación estratégica de carteles y casetas en diversas partes de esta ciudad.

Estimo apropiada así la indemnización establecida en el pronunciamiento referente al agravio moral producido por la conducta de la demandada. De modo similar estimo que debe ser rechazada la queja respecto al daño moral toda vez que la utilización con el alcance reseñado de la imagen del futbolista debió haberle producido necesariamente una consternación en su ámbito por la explotación a la que fue sometido sin su consentimiento.

No encuentro, finalmente, que se proceda a modificar la imposición de costas a la demandada ya que ha resultado ser la parte sustancialmente vencida al haber cuestionado el aspecto central de la controversia: la responsabilidad extracontractual por la difusión de la imagen del actor (ver Orgaz, El daño resarcible [Actos ilícitos], 3a. ed., pág. 158, n° 48 y fallos citados en nota 117; CNCiv. esta Sala, causas 305.369 del 25-10-2000 y 312.050 del 15-5-01, entre muchas otras; ver, en el mismo sentido, CNCiv. Sala "I", en J.A. 2003-IV-248).

Propicio, en consecuencia, desestimar el recurso de apelación intentado y confirmar la sentencia recurrida en todo lo que decide con expresa imposición de costas a la vencida (art. 68 del Código Procesal).

Los señores jueces de Cámara Dres. Calatayud y Dupuis, por análogas razones a las expuestas por el Dr. Racimo, votaron en el mismo sentido. Con lo que terminó el acto.

FERNANDO M. RACIMO.

JUAN CARLOS G. DUPUIS.

MARIO P. CALATAYUD.

Este Acuerdo obra en las páginas N° a N° del Libro de Acuerdos de la Sala "E" de la Excma. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil.

Buenos Aires, febrero de 2012

Y VISTOS:

A mérito de lo que resulta de la votación de que instruye el acuerdo que antecede, se confirma la sentencia de fs. 489/498. Con costas a la demandada (art. 68 del Código Procesal).

En atención al monto de la condena, a la calidad, eficacia y extensión de la actuación cumplida en esta instancia, resultado obtenido y lo dispuesto por el art. 14 del arancel, se regulan los honorarios del Dr. Daniel Mario Crespo, letrado apoderado de la actora, en (\$.) y los de los Dres. Nicolás Sergio Novoa y Carlos M. Del Campillo, letrados apoderados de la demandada, en conjunto, en (\$.). Por la tarea de fs. 348/350, 426/430, 447/449 y 460, su mérito y extensión y la debida proporción que los honorarios periciales deben guardar con los de los profesionales intervinientes en todo el proceso (ley 24.432, art. 10; esta Sala, c. 66.064 del 19/3/90), se confirma la regulación de la contadora Paula Marcela Torassa y la del licenciado en ciencias de la comunicación Pablo A. Cuezco, por resultar ajustadas a derecho. Notifíquese y devuélvase.-