



REGISTRADA BAJO EL N° 217 (S) F°1169/1179

EXPTE. N° 154056. Juzgado N° 12

En la ciudad de Mar del Plata, a los 19 días de noviembre de 2013, reunida la Excm. Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial, Sala Tercera, en el acuerdo ordinario a los efectos de dictar sentencia en los autos: "**PELLIZZARI, AGOSTINA ANDREA Y OTRO/A C/ INDO S.A. MOHS INTERNATIONAL S/ DAÑOS Y PERJ. RESP. EST- POR DELITOS Y CUASID. SIN USO AUTOMOT.**" Habiéndose practicado oportunamente el sorteo prescripto por los artículos 168 de la Constitución de la Provincia y 263 del Código de Procedimiento en lo Civil y Comercial, resultó que la votación debía ser en el siguiente orden: Dres. Nélide I. Zampini y Rubén D. Gérez.

El Tribunal resolvió plantear y votar las siguientes

CUESTIONES:

- 1) ¿Es justa la sentencia de fs. 689/705?
- 2) ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A LA PRIMERA CUESTION PLANTEADA LA SRA. JUEZ DRA. NELIDA I. ZAMPINI DIJO:

1) Dicta sentencia el Sr. Juez de Primera Instancia, resolviendo hacer lugar a la demanda de indemnización de daños y perjuicios promovida por Agostina Andrea Pellizzari, Marcela Fabiana Iarossi y Daniel Alberto Pellizzari, éstos últimos en representación de su hija menor de edad Ornella Daniela Pellizzari quien lo hace por derecho propio a partir de fs. 298, contra INDO S.A. y condenando en consecuencia a esta última firma a abonar a las actoras en el plazo de diez días la suma de treinta y dos mil pesos (\$32.000) -que se distribuirá entre las co-actoras según lo expuesto en los considerandos, es decir, \$16.000 a cada una de ellas-, más intereses y costas del juicio (art. 68 del C.P.C.).

Determina que los intereses moratorios serán liquidados desde la fecha de interposición de la demanda, aplicando la tasa de interés que paga el Banco de la Provincia de Buenos Aires a sus depósitos a plazo fijo a



treinta días.

Asimismo, ordena que la firma accionada cese la utilización de la imagen de las actoras en cualquiera de sus productos, bajo apercibimiento de imponerle las sanciones conminatorias correspondientes.

Dispone que se oficie a las publicaciones impresas y páginas de Internet referidas en la demanda y su contestación a fin que se abstengan de publicar imágenes de Ornella Daniela Pellizzari y Agostina Andrea Pellizzari donde se publicite de cualquier forma productos Orbital o Mohs pertenecientes a la firma demandada INDO S.A., ello a costa de la accionada.

Difiere la regulación de honorarios para su oportunidad.

II) Dicho pronunciamiento es apelado a fs. 706 por el Dr. Ariel Maximiliano Mastakas, apoderado de la parte demandada, fundando su recurso a fs. 734/742 con argumentos que merecieron respuesta de la contraria a fs. 748/753.

III) Dicho pronunciamiento es apelado a fs. 710 por el Dr. Emilio P. Trionfetti, apoderado de Agostina Pellizzari y a fs. 715 por Ornella Pellizzari, por su propio derecho y con el patrocinio letrado del Dr. Emilio P. Trionfetti, fundando su recurso a fs.732 con argumentos que merecieron respuesta de la contraria a fs. 744/746.

IV) **Agravios de la parte actora**

Agravia a los recurrentes los montos resarcitorios estimados por el Sr. Juez de Primera Instancia en relación al daño moral.

En síntesis, para fundar su apelación sostienen que los montos son exiguos conforme la conducta desplegada por la accionada, la jurisprudencia y doctrina pacífica informa que al momento de determinar el “quantum” el magistrado deberá tener en cuenta: la condición de la accionada, la edad de las accionantes, la entidad objetiva del agravio, la indignación y mortificaciones padecidas por las actoras, las cualidades deportivas de las mismas y su reconocimiento a nivel mundial, los contratiempos padecidos por las mismas.



Manifiestan que la demandada produce material escolar de diversos tipos con el rostro de las accionantes y resalta que continúa utilizando su imagen como el “rostro” de la empresa, tanto a nivel nacional como internacional, hecho que se encuentra acreditado en autos mediante un acta notarial.

Por último, requieren que se estime correctamente el “pretium doloris” elevando su “quantum”.

V) **Agravios de la parte demandada**

Agravia al recurrente que el *a quo* resuelva hacer lugar a la demanda promovida por las actoras con imposición de las costas a su mandante.

En síntesis, para fundar su apelación argumenta que el Sr. Juez no ha valorado correctamente las pruebas ofrecidas y producidas por las partes ni ha tratado adecuadamente los hechos acreditados en la causa, apartándose de las reglas de la sana crítica al momento de apreciar la prueba.

Indica que el inferior sostiene en forma errónea que su mandante utilizó indebidamente la imagen de las accionantes desde febrero de 2007 hasta julio de 2007, basándose en un informe de las empresas oficiadas que ubicaría en el mes de enero de 2007 la última entrega de mercadería.

El apelante critica que el *a quo* haya considerado que si la intención de INDO S.A. era dar por concluida la relación debió comunicarlo fehacientemente a las actoras, no surgiendo de autos la comunicación de esa decisión, ni que se haya dejado de entregar la mercadería. Entiende que el *a quo* se ha limitado a meras presunciones y débiles indicios, carentes de fundamento legal, prescindiendo de la prueba testimonial decisiva producida por la parte demandada.

Asimismo sostiene que las actoras deben probar la existencia del contrato y el alcance de las contraprestaciones, ya que realizan su reclamo en base a un contrato verbal.



Considera que de existir algún producto con la imagen de las actoras en poder de la librería Lanci el mismo habría quedado en stock siendo adquirido con anterioridad a la fecha de la carta documento. No surge de la prueba pericial ninguna transacción con la librería entre la fecha de la carta documento y la compra realizada, además los productos adquiridos no se corresponden con los agregados en autos y en la testimonial del Sr. Gustavo Esperguin parte de ese material no fue reconocido.

Respecto a la cuantía del daño material resalta que el a quo descarta a los testigos ofrecidos por su parte, reparando en la solidez del testimonio del Sr. Ricardo Luís Saracino, quien habla de supuestos pero no afirma nada.

Esgrime que ningún hecho ha quedado acreditado en autos pero igualmente el Sr. Juez de Primera instancia condena a la suma de \$1.000 por los meses de febrero de 2007 hasta julio de 2007, considerando equivocadamente que se habría acreditado fehacientemente el uso indebido de la imagen de las accionantes.

Agrega que los testigos ofrecidos por la parte actora no han conocido directamente ninguno de los hechos controvertidos, debilitando la fuerza de sus declaraciones, y que los elementos de prueba aportados no resultan suficientes para tener por válidas las arbitrarias afirmaciones del Sr. Juez de grado.

Cita doctrina y jurisprudencia en apoyo de su postura.

Respecto a que su mandante tendría el deber de informar al menos a las revistas de surf o especializadas y páginas de Internet dedicadas al rubro sobre la extinción de la relación las actoras y la consecuente abstención de utilizar imágenes donde aparecieran las mismas con su marca lo considera absurdo e infundado, cuando las mismas las pueden proveer la propias actoras u otra persona con su autorización.

Respecto al daño moral para el caso que no se revoque la sentencia, solicita que se reduzcan las indemnizaciones a sus justos límites.

Finalmente requiere que se revoque el fallo recurrido y se



rechace la demanda en todas sus partes con costas.

VI) Antes de ingresar al tratamiento de los agravios planteados, pasaré a relatar los **ANTECEDENTES DE LA CAUSA**:

A fs. 130/149 se presenta Agostina Pellizzari por derecho propio y Marcela y Daniel Pellizzari, en representación de su hija menor de edad Ornella Pellizzari, con el patrocinio letrado del Dr. Emilio Pedro Trionfetti, promoviendo demanda por daños y perjuicios derivados del uso indebido de la imagen de Agostina y Ornella Pellizzari contra INDO S.A. (Mohs internacional) por la suma de \$99.760, sin perjuicio del monto que se estime más intereses, costos y costas.

Aluden que entre los meses de septiembre/octubre de 2004 comenzaron las gestiones tendientes a alcanzar un acuerdo económico con el objeto de obtener un patrocinio no exclusivo con INDO S.A. A partir de noviembre de 2004 se sella un acuerdo económico, no instrumentado formalmente mediante el cual las accionantes (la menor representada por su padre) e INDO S.A., representada por el Sr. Alejo Martín Gilabert, acuerdan entablar una relación comercial.

En el acuerdo, la demandada se comprometió a brindar en concepto de contraprestación por el uso de la imagen de las accionantes la suma de \$400 mensuales a cada una de ellas y la entrega de indumentaria MOHS INTERNATIONAL a valor de fábrica que a la fecha del acuerdo ascendía a la suma de \$600 mensuales a cada una, a cambio de eso las actoras debían utilizar por el término de un año calcos en las tablas de surf que identificaran con la firma patrocinante, quedando convenido que en cuanta entrevista se les realizara y las circunstancias así lo posibilitaran debían hacer mención agradeciendo el apoyo otorgado por MOHS INTERNATIONAL.

En los meses de septiembre/octubre de 2005 se desarrollan nuevas reuniones entre las partes, concluyendo en un nuevo acuerdo económico en idénticos términos a los anteriores, que llevaron a desistir de una propuesta de parte de Volcom U.S.A. La demandada mejora su aporte



obligándose a solventar los gastos de traslado aéreo de ambas para competir en las etapas del torneo ALAS (SEIS ESTRELLAS) y LATIN GIRLS a desarrollarse en Latinoamérica.

La contraprestación consistía en \$400 por accionante y prendas a valor fábrica \$600 por accionante, cuyas vestimentas realizadas por nuestra parte incrementaban su valor nominal en un 40% razón por la cual se arribaba a \$840 lo que sumado a \$400 arrojaba un total de \$1.240 por parte, monto que por 12 meses alcanzaba la suma de \$14.880, suma que por ambas actoras arroja la suma de \$29.760.

Señalan que el peso mediático de las actoras surge de haber sido elegidas para ser la imagen institucional de Canal 8 y del EMTUR, transmitiéndose nacional e internacionalmente.

Asevera que la demandada continuó utilizando su imagen para publicitar sus productos a través de la web y de fotografías en que se las mencionaba como integrantes del equipo oficial MOHS de surf, también decorando sus locales de venta, utilizando en las etiquetas sus rostros, sin que medie consentimiento de las actoras.

Al cumplirse diez años de la firma editan un DVD institucional en el cual incorporan imágenes de Ornella como integrante del "Team Oficial Mohs International", el que fue entregado desde agosto de 2006 a pesar de no encontrarse vinculados comercialmente.

El padre de las actoras realizó reiterados reclamos verbales al Sr. Alejo Martín Gilabert a fin que cese dicha conducta, los que resultaron inútiles y no pasaron de una mera promesa.

La decisión de INDO S.A. de no abonar los pasajes comprometió su participación en el Circuito Latinoamericano y del Caribe (Alas), lo que les produjo un desequilibrio emocional, y en consecuencia una falta de preparación y concentración adecuadas, pero igualmente lograron retener los títulos obtenidos el año anterior.

Agregan que la ruptura unilateral del patrocinio junto a la ausencia de apoyo estatal y privado hicieron que las deportistas adoptaran



la doble ciudadanía argentina-italiana, representando desde 2007 a Italia quien sostiene su campaña deportiva internacional desde septiembre de 2006 en los campeonatos mundiales amateurs.

Consideran que INDO S.A. actuó de mala fe al no cesar en su conducta en forma inmediata. Además la respuesta a la carta documento fue la negación de todo tipo de vinculación con las actoras, lo cual evidencia el uso no consentido de su imagen.

Requiere que a través de los medios idóneos se haga cesar definitivamente a la accionada en su conducta, procediendo al retiro total de los productos publicitarios, bajo apercibimiento de sanciones pecuniarias.

Citan legislación, doctrina y jurisprudencia. Sostienen que el uso de la imagen por parte de la demandada resulta abusiva y violatoria de la normativa vigente.

Reclaman por los daños, en los que se incluyen los rubros daño material y daño moral, la suma de \$99.760 o lo que en más o en menos resulte de la prueba a producirse más intereses hasta el pago.

Fundan en derecho, piden beneficio de litigar sin gastos y solicitan la intervención de la Asesoría de menores.

Finalmente, requieren se dicte sentencia condenando a los accionados con costas.

A fs. 157 se da vista a la Asesoría de Incapaces e interviene la Asesoría N° 1 a fs. 158.

A fs. 202/218 se presenta el Dr. Ariel Maximiliano Mastakas, apoderado de Indo S.A., contesta la demanda, niega de manera general y particular los hechos.

Relata que en el mes de noviembre de 2004 se arriba a un acuerdo en que se establece a favor de INDO S.A. la utilización y/u otorgamiento de derecho de uso de imagen/difusión y la contraprestación consistía en entregar la suma de \$250 costo mayorista mensual en productos. La firma quedaba autorizada a difundir los nombres e imágenes de las accionantes en cualquier medio de difusión o comunicación, con



derecho absoluto para hacer uso de nombre, apellido, apodo, fotos, imagen, videos, biografía, películas, etc., a fin de promover y fomentar los productos Mohs y su relación con el surf.

La relación tenía una duración indeterminada, pudiendo cualquiera de las partes denunciarlo, notificando su decisión fehacientemente con una anticipación no menor a 60 días.

pedidos de ayuda económica, incluso en alguna oportunidad las actoras recibieron ayuda particular de uno de los socios de la firma.

Afirma que INDO S.A. nunca denunció el acuerdo, si lo hizo el padre en representación de sus hijas, el 9 de junio de 2007, retirándose toda imagen en relación a las mismas desde ese momento y percibiendo las actoras la contraprestación acordada. No existieron reclamos previos a la carta documento de junio de 2007.

En cuanto al daño material, para el improbable supuesto que prospere la acción, debe tomarse como base de cálculo la suma de \$180 mensuales, que es el costo de la mercadería. Respecto del daño moral no justifican la exorbitante suma pretendida y citan jurisprudencia donde se puntualiza el criterio restrictivo de este daño en materia contractual.

Solicita se intime a la contraria a denunciar comercios donde se exhiba su imagen y agrega prueba documental.

Por último, requiere que se rechace la demanda con costas.

A fs. 228 se abre la causa a prueba, A fs. 229 se notifica de dicho proveído la Asesora de Incapaces, A fs. 233 se forma el cuaderno de prueba de la parte actora, A fs. 234 el de la parte demandada, A fs. 290 cesa la intervención de la Asesoría de Incapaces por haber arribado a la mayoría de edad Ornella Daniela Pellizzari.

A fs. 298 se presenta el Dr. Jorge Luís Gallo en carácter de apoderado de la co-actora Ornella Daniela Pellizzari pero no revoca el mandato del Dr. Emilio Trionfetti.

A fs. 643/644 se certifica el vencimiento del término probatorio, A fs. 670 se ponen los autos para alegar, A fs. 675/681 alega la parte



actora, A fs. 683/685 alega la parte demandada, A fs. 688 se llama a autos para sentencia, A fs. 689/705 dicta sentencia el Sr. Juez de Primera Instancia.

VII) Pasaré a analizar los agravios planteados por la demandada.

APRECIACION DE LA PRUEBA - RESCISION DEL CONTRATO - UTILIZACION DE LA IMAGEN DE LAS SRTAS. PELLIZZARI

Las partes, en sus respectivos escritos de demanda y contestación, han reconocido que existía un contrato verbal no formal por lo que la existencia y los alcances del mismo encuadran en los arts. 1190, 1193 del Código Civil y los arts. 208 inc. 5, 6, 7, 216 y ccds. del Código de Comercio (arts. 354 inc. 1º, 421 y ccdds. del C.P.C.).

Siguiendo el encuadre legal se ha de tener presente las conductas de las partes, los reconocimientos, la documental acompañada, la pericial contable aportada para determinar si hubo contrato, si ha existido consentimiento y con que alcance.

Le incumbe a las accionantes la prueba de su existencia la extensión y alcance de las respectivas contraprestaciones (art. 375 del C.P.C.; SCBA, causa C. 110.264 “Gahan y Cia S.A. c/ Pinciroli, Jorge y Ot. s/ Cobro de pesos”; Causa 100.638, sent. 18/II/20009).

Veamos la prueba producida:

En la prueba confesional llevada a cabo a fs. 411 a tenor del pliego de fs. 409/410, se reconoce en la primera pregunta que las señoritas Agustina y Ornella Pellizzari mantenían con la empresa INDO S.A. un vínculo contractual informal. Que la imagen de las mencionadas resultaba utilizada por INDO SA. (Mohs internacional). En cuanto al monto que se le pagaba era de \$ 250 en mercadería a costo mayorista. Dicha imagen abarcaba todos los productos de la marca MOHS (art. 415 del C.P.C)

A fs. 417 declara en calidad de testigo el Sr. Rubén Raúl Cifuentes señalando que el principal deporte que practicaban las actoras era



surf, destacadas deportistas a nivel nacional e internacional. Agrega más adelante que las hermanas Pellizzari vendían ropa de la marca deportiva MOHS, la misma era cedida por la empresa que le daba esta ropa como una especie de trueque en colaboración con ellas y después nos vendían la ropa a nosotros. En contestación a la novena pregunta referida a como costeaban sus viajes responde una forma era la ayuda de la familia y de gente conocida y la venta de los elementos que menciono anteriormente. Además hacían peñas y ese tipo de cosas entre los chicos que también competían.

A fs 418 declara Sergio Carlos Avilé coincidiendo con la declaración realizada por el Sr. Rubén Raúl Cifuentes.

A fs. 446 declara Ricardo Armando Saracino quien señala que fueron y son actualmente las mejores de Argentina en surf. A nivel latinoamericano las dos también son las mejores, esto se puede ver en la página de Internet. Se encontraban esponsorizadas por MOHS que lo sabe porque las veía en las revistas, en la playa vestían estas ropas y tenían adhesivos de esta marca en sus tablas. Preguntado en que consistía el acuerdo entre las hermanas Pellizzari y sus patrocinantes explica seguro que sería un sueldo. Normalmente creo que se hacen incentivos fotográficos. Si se sale en la tapa se cobra un precio, en la contratapa otro.

Al preguntarle para que diga el testigo si sabe y le consta si las hermanas Pellizzari recibían de sus patrocinantes indumentaria autorizándole a su venta en forma particular responde eso lo hacen todas las marcas. Preguntado cuál fue el plazo que duro la relación entre las hermanas Pellizzari y MOHS o INDO S.A. responde “creo que fue a partir del 2004 a 2006 o 2007”.

En la décimo novena se le pregunta cuales son los motivos de la ruptura de la relación “...Creo que no hubo cumplimiento de lo convenido y algunos usos de imágenes. Creo que no se pagaron las imágenes eso es lo que se comenta en la playa que es ámbito nuestro...”. Preguntado si las hermanas Pellizzari resultaron la imagen de la ciudad en una campaña publicitaria lanzada a nivel nacional e internacional por la Secretaria de



Turismo de Mar del Plata y transmitida en forma local a través de canal 8, responde si a través del EMTUR.

Más adelante sigue diciendo que en cuanto a los montos de los contratos normalmente los chicos arreglan un buen sueldo, pasajes incentivos fotográficos, ropa y efectivo. Normalmente están entre setecientos y mil dólares, actualmente ganan eso.

A fs. 448 se produce el testimonio de Alejo Camino señalando que son y han tenido reconocimiento del EMDER por su trayectoria, que estaban sponsorizadas por MOHS, en el verano tuvieron una escuelita deportiva que tenía la marca mencionada, era un canje de publicidad. Ellas tenían un sueldo y parte del sueldo era en ropa. Esto es típico en muchos deportistas, no solo en el surf. Preguntado acerca de la vinculación entre las actoras y la firma INDO S.A. entiende que fue desde el año 2003 hasta enero de 2006, eran auspiciadas por la marca MOHS, la desvinculación se produce porque le dejaron de pagar y proveer ropa.

A fs. 509 declara Gustavo Rodolfo Esperguin quien es titular de la librería Lanci exhibida que le es la carpeta 3 x 40 y cuatro cuadernos identificados como 14, 15, 16 y 18, el testigo reconoce la carpeta identificada como 18 y el cuaderno identificado como 16 desconociendo el resto de la documentación.

Preguntado que motivo lo llevo a comprar el material exhibido expresa motivos comerciales la demanda del producto MOHS. Asimismo, reconoce el ticket identificado con el N° 19 y que por el se vendieron dos cuadernos rayados y una carpeta que lleva en la tapa reproducción fotográfica de las accionantes y la marca Mohs Girl, que ha sido abonado con fecha 17-07-2007.

A fs. 590 declara Florencia Della Bruna quien señala que la relación existente entre la actora y la firma demandada consistía en que se encontraban sponsorizadas por MOHS, a cambio de publicidad retiraban prendas, las chicas tenían un sueldo mensual de \$150, \$200 en mercaderías



y que este vinculo existió cree hasta el año pasado, cree que hasta el mes de mayo, junio.

A fs. 592 declara Aldana Lucrecia López que afirma lo mismo y que el vinculo duró hasta mayo o junio del año pasado (las declarantes lo hacen en el año 2008). Las figuras de las señoritas Agostina y Ornella eran incluidas en stickers o etiquetas de la firma. Agrega que había material didáctico que estaba en los locales. Además realizaron un DVD que no recuerda si era para el aniversario.

Tal como surge de las declaraciones testimoniales ha existido entre las partes hoy litigantes, un contrato verbal de publicidad de carácter no formal, por el cual la firma INDO S.A. (Mohs internacional) esponsorizaba a las hermanas Agostina y Ornella Pellizzari utilizando sus imágenes como deportistas destacadas en surf y realizándose la publicidad de las jóvenes asociada a los productos de la empresa a cambio de la entrega de mercaderías por parte de la demandada a precio mayorista para que luego puedan ser revendidas y también era utilizada la imagen en material didáctico, en cuadernos, carpetas, stickers, souvenirs y DVD, etc. (arts. 375, 384 y 456 del C.P.C.; Oscar Raúl Puccinelli “El derecho a la imagen en el derecho de la protección de datos”; Causa “R.S.H. y otro c/ CICA S.A. INDUSTRIAS Alimenticias y otros”, publicado en La Ley 1996-D, 139, con nota de Eduardo L. Gregorini Clusellas, DJ1996-2, 930; Luís R. Carranza Torres, “El resguardo del derecho de imagen de las personas y sus límites”, publicado en el Dial.com el 17/05/2006; Argeri, Saúl A., “ Contrato de esponsorización”, publicado en RCYS2000, 129; Balmaceda, José Ramón, “Contrato de esponsorización deportiva”, publicado en La Ley el 16/12/2011; Fernández Sessarego, Carlos, “Derecho a la identidad personal”, ed. Astrea, Bs. As.,1992).

Se trata de un contrato de publicidad, conceptualizándose: “*La publicidad es una forma de comunicación producida por una persona física o jurídica, pública o privada, con el fin de promover la contratación o el suministro de productos o servicios*” (Ricardo Luís Lorenzetti,



“Consumidores”, Editorial Rubilzal-Culzoni, pág. 153y ss.). “...*La publicidad resulta un medio o instrumento del cual se vale el empresario para promover la realización de negocios...*” (Carlos Alberto Ghersi, “Contratos civiles y comerciales, parte general y especial”, tomo 2, edit. Astrea, pág. 417 y ss.)

Sentado lo anterior, cabe preguntarse ¿cuándo se rescindió el contrato y si igualmente se utilizó la imagen de las actoras?

El Sr. Juez de Primera Instancia establece que puede afirmarse que ha sido en febrero de 2007 cuando la empresa cesó definitivamente en el cumplimiento de su prestación, pues como surge de la prueba informativa la última entrega de la mercadería ha sido en enero de 2007.

Ello surge del oficio de la empresa Nueva Chevallier S.A. (fs. 586) que en la encomienda avalada por la guía 3064-0001536 enviada por Orbital a Pellizzari data del 12/01/2007 y que fue retirada por Sr. Daniel A. Pellizzari, firmada al dorso del remito N° 2007-00178316.

El oficio de fs. 601 Mohs gafas A DL3 S.R.L “...en representación de la firma A DL3 SRL y en relación a lo solicitado en el oficio recibido, a los fines de informarle respecto de la mercadería que fuera remitida por medio de las empresas Chevallier- Nueva Chevallier S.A. (remito N° 2007-00178316 de fecha 1-01-2007), T.A. Plasmar S.A. (remitos N° 0011-0043590 del año 2006, N° 0011-45528 del año 2006, N° 0011-0045201 del año 2006, N° 0011-0044419 del año 2006, N° 0011-0044148 del año 200, N° 00011-0047554 del año 200, y T.A. La Estrella S.a. (remitos N° 0085-00071433 de fecha 03-04-2006 y N° 0085-00081491 de fecha 25-07-2006).-

A mayor abundamiento dígase que de la pericial contable (fs. 488/498), documental y registros contables surge que entre el 01/07/2007 y el 30/06/2008 existieron ventas que se facturaron a empresas en el exterior. No hay constancia que las actoras se encuentren registradas como proveedores de mercaderías, servicios, o prestación alguna como tampoco constancia de pago a favor de ellas. Tampoco la librería Lanci se encuentra



registrada como cliente de la firma. Además se encuentra inscripta INDO S.A. como exportadora.

En los estados contables no se especifica que tipo de artículos comercializa, pero observando un detalle del sistema informático es posible determinar que la demandada vende diversos artículos de librería, considerándolo como prueba indiciaria que sirve de base a presunciones junto a las demás pruebas producidas en el proceso (Sup. Corte, Acuerdo 28-343 del 29/IX1987; arts. 53, 54, 55 y 56 del Código de Comercio).

en que se rescindió el contrato por la demandada) habiendo continuado con la publicidad de las imágenes hasta junio de 2007 (ver carta documento de fs. 82).

La imagen se ha seguido utilizando luego de rescindido el contrato tal como se acredita con la Revista Surfos de marzo de 2007 (pág. 46), cuadernos y carpetas que se vendían en el comercio Lanci en las que aparece la imagen de las hermanas Pellizzari, y en los videos (documentación que tengo a la vista; arts. 375 y 384 C.P.C.).

La empresa accionada es la que produce la rescisión del contrato y nadie puede considerar que se pueda utilizar las imágenes sin la contraprestación a la que por contrato se había establecido y a partir de esa rescisión debieron comunicar dichas circunstancias a las empresas que difundían las imágenes retirando los productos de circulación (arts. 1197, 1198 del C.C.).

Siguiendo al Dr. Federico Andrés Villalba Díaz en un trabajo que titula "Aspectos Patrimoniales y Extrapatrimoniales de la Propia Imagen" señala: *"...Cuando a una persona que se destaca en el deporte, en la ciencia o en el arte se le ofrece identificar su imagen con un producto o un servicio a cambio de un beneficio patrimonial, ¿se puede decir que ejercita o dispone de aspectos parciales de su derecho personalísimo a la imagen, o mas bien explota económicamente un derecho patrimonial sobre su imagen? Creo que, si coincidimos con esta última premisa, puede sostenerse que con el derecho personalísimo o existencial que nos ocupa coexiste un derecho*



patrimonial, autónomo, sobre la propia imagen...”, publicado en el Dial.com, del 19/03/2003.

El derecho a la imagen es un derecho personalísimo de carácter autónomo y el encuadre legal deriva de los arts. 19, 33 y 75 inc. 22, de la Constitución Nacional, art. 11 del Pacto de San José de Costa Rica, art. 31 de la ley 11.723 primer párrafo y arts. 55 y 56 del proyecto del Código Civil (Slaibe, María Eugenia, publicado en La Ley, Suplemento Constitucional - octubre, pág 61).

En el caso de autos se ha utilizado la imagen para ser utilizada en publicidad sin el consentimiento de las accionadas con posterioridad a la rescisión del contrato, el que como dice la ley debe ser expreso (Carlos José Laplacette: “Fotografías, retratos y libertad de expresión”, publicado en D.J 19/6/2013. Corte Suprema de Justicia de la Nación 2012-10-30 en autos “D.R.B.M c/ Editorial Río Negro S.A. s/ daños y perjuicios”; Lorenzetti, Ricardo L.: “Constitucionalización del derecho civil y derecho a la intimidad personal en la doctrina de la Corte Suprema”, publicado en La Ley 1993-D-673, Derecho Constitucional, Doctrinas Esenciales, T II, 11/1/2008, pág. 675; Vaninetti, Hugo A., “Derecho a la imagen y libertad de expresión” publicado en La Ley 27/03/2013, Corte Suprema de Justicia de la Nación 2012-10, causa “D.R.B.M c/ Editorial Río Negro S.A. s/ daños y perjuicios”; Cobas Manuel O.: “La divulgación de la imagen de una persona sin su consentimiento como presupuesto del hecho ilícito y el daño indemnizable”, publicado en D.J 05/12/2012, 18 C.S.J. Nacional Fallos: 306,1907, L.L. 1985-B, Pág. 120).

El Dr. Carlos Cifuentes agrupo los derechos personalísimos en los referidos a la integridad física de las personas por ejemplo el derecho a la vida y a la salud, a la libertad personal como el derecho a la expresión de ideas y los referidos a la integridad personal en que incluye el derecho al honor, al secreto, a la intimidad y a la imagen (Cifuentes Carlos: “El derecho a la imagen”, ED. Tomo 40, pág 670; Cifuentes Carlos, “Derechos Personalísimos”).



En el caso de autos la protección de la imagen de las actoras no coincide con el derecho a la intimidad pues se puede afectar la primera sin perjudicar el segundo, en otras oportunidades se puede afectar la intimidad e imagen de las personas (Vaninetti, Hugo A. “Derecho a la imagen y libertad de expresión”, La Ley, 27/3/2012).

La Cámara Nacional Civil ha dicho en este sentido: “...*Como existe un derecho a la propia imagen, que es 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 protección de este derecho es independiente de la tutela al honor, a la intimidad y a la privacidad...*” (con nota de Eduardo L. Gregorini Clusellas: “La violación de derecho a la propia imagen y su reparación”; Causa “R.S.H y otro c/ Cica S.A. Ind. Alimenticias y otros s/ daños y perjuicios”, 31/08/1995, La Ley, 1996-D, 136).

Por los fundamentos expuestos se rechaza el agravio en tratamiento.

DAÑO MATERIAL

Del análisis del recurso aquí intentado, advierto que el apelante no efectúa una crítica concreta y razonada de los argumentos esgrimidos por el juzgador de primera instancia para fundar su pronunciamiento.

Así las cosas, entiendo que la crítica esbozada por el recurrente no cumple con los recaudos mínimos exigidos por el art. 260 del ritual bonaerense.

Respecto de los recaudos que debe reunir la fundamentación del recurso de apelación, enseña Hitters que la “...*debe contener un mínimo de técnica recursiva por debajo de la cual las consideraciones o quejas carecen de entidad jurídica como agravios, **resultando insuficiente la mera***”



disconformidad con lo decidido por el Juez, sin hacerse cargo de los fundamentos de la resolución apelada..." (Hitters, Juan Carlos; Técnica de los recursos ordinarios. Librería Edit. Platense SRL, La Plata, 1985, pág. 442; conc. Roberto G. Loutayf Ranea; "El recurso ordinario de apelación en el proceso civil", Ed. Astrea, Buenos Aires, 1989, p. 262).

Desde esta perspectiva, ha sostenido esta Alzada que *"... la expresión de agravios debe estar directamente dirigida a la sentencia, debiendo ser una crítica objetiva y razonada de la misma; requiriéndose una articulación seria, fundada, concreta, orientada a demostrar la injusticia del fallo atacado..."* (esta Alzada, causas N° 88.376, RSD-387-93, del 23/11/93; 95.833, RSI-93795 del 21/11/95; 95.524, RSI-14-96 del 02/02/96; 88.356, RSD-182-97 del 26/06/97; 104.007, RSI-1194-97 del 14/10/97; entre otras).

De lo expuesto se desprende que la carga procesal dispuesta por el art. 260 del C.P.C. no ha sido cumplida, toda vez que la técnica recursiva utilizada por el apelante para refutar la resolución del Juez de grado carece de rigor técnico, resultando, así, insuficientes las manifestaciones vertidas en su expresión de agravios, pues no advierto en ninguna de ellas razonamiento jurídico o fáctico alguno suficiente dirigido a resaltar los supuestos errores en que hubiera incurrido el juzgador de primera instancia.

De conformidad con todo lo expuesto, no habiendo cumplido el apelante con la carga de "crítica concreta y razonada" dispuesta en el art. 260 del C.P.C, mal puede atenderse a la apelación deducida.

Agravio de la actora y de la demandada: DAÑO MORAL

Se ha dispuesto en forma comercial de las imágenes de las Sritas. Agustina y Ornella Pellizzari sin su consentimiento luego de rescindido el contrato publicitario por parte de la demandada, violándose un derecho personalísimo de carácter autónomo.

No olvidemos que el centro de los derechos es la persona humana y aquí se han violado los derechos de la personalidad que se incorporaron en la Constitución Nacional como derecho supra nacional de



los derechos humanos (argumento Código Civil y Comercial de la Nación, Proyecto del Poder ejecutivo redactado por la Comisión de Reformas designada por el decreto 191/2011, Ricardo Luís Lorenzetti, Elena Highton de Nolasco, Aída Kemelmajer de Carlucci, editorial Rubinzal-Culzoni, pág. 527).

Teniendo en cuenta la edad de las actoras, destacadas deportistas en el surf, que han participado a nivel nacional e internacional, y se ha utilizado su imagen comercialmente, es decir se ha dispuesto de la misma sin consentimiento de las hoy actoras durante el periodo mencionado oportunamente.

Su violación importa por si sola un daño moral que esta constituido por haber sido avasallada la personalidad, fijándose en concepto de daño moral la suma de pesos \$50.000, es decir, \$25.000 para cada una de las accionantes (art. 1078 de C.C.; Zannoni “El daño en la responsabilidad civil”, pág. 407; Ramón Daniel Pizarro, “Daño moral”, Editorial Hamurabi, pág. 570; Zavala de González, “Daño a la imagen personal”, en la responsabilidad, homenaje al profesor Doctor Isidoro H. Goldenberg, Alterini A.A.- López Cabana (dirs.), p. 135 y ss; Cifuentes, “Derecho Personalísimo”, n° 102, p.502 y s; Igartúa Arregui, “La apropiación de la imagen y del nombre ajenos”, ps. 13 y 14.).

ASI LO VOTO.

A LA MISMA PRIMERA CUESTION EL DR. RUBEN D. GEREZ DIJO:

Coincido con el voto de la distinguida colega de Sala, permitiéndome agregar lo siguiente.

En cuanto a la crítica dirigida al rubro “daño material” advierto lo siguiente:

a) no es suficiente para derribar la construcción del a quo respecto a la fecha en que comenzó el incumplimiento del contrato por parte de “Indo .S.A.” (febrero 2007), con la mera referencia a los testimonios de Della Bruna y López. Éstas no aportaron ningún dato que desplazara el dato



objetivo en que el juez apoyó su conclusión (fecha de entrega de encomienda).

Concretamente, las referencias de la testigo Della Bruna en cuanto a que era frecuente que las actoras acumularan varios meses sin retirar la mercadería, no conlleva a concluir que Indo S.A. siguió proveyendo de ropa y/o productos a las hermanas Pellizari hasta el mes de junio de 2007.

Tampoco colabora la imprecisa referencia de la testigo López en cuanto a la vigencia de la relación hasta “comienzo” del invierno de 2007 (dice mayo o junio). En todo caso, la ausencia de su consideración específica por parte del “a quo” no hace más que revelar una correcta selección del material probatorio, apoyado en el sistema de apreciación elegido por nuestro ordenamiento procesal (art. 384 del CPC), lo que lejos está de ser arbitraria o absurda como la califica el apelante.

b) tampoco es idóneo el embate que apunta a colocar como único elemento valorado por el juez para tener por probada la continuación del uso de la “imagen” de las actora a los cuadernos vendidos por la librería Lanci con posterioridad a enero de 2007. Contrariamente a ello, el a quo hizo referencia a revistas deportivas y publicaciones de Internet, donde la marca “Mohs” continúa utilizando la imagen de las hermanas Pellizari. De allí es que concluyo, al igual que mi colega, en la ausencia de una crítica concreta y razonada por parte de la demandada (art. 260 del CPC).

c) Respecto al monto de la retribución mensual justipreciada por el “a quo” (\$1000 cada una), se adecua al sistema establecido por el art. 165 “in fine” del CPC que habilita al magistrado a estimar el importe de los *“perjuicios reclamados, siempre que su existencia esté legalmente comprobada, aunque no resultare justificado su monto”* . Por otra parte, la disconformidad del apelante con la “presunción judicial” elaborada por el sentenciante, no se encuentra apoyada por elementos probatorios suficientes que permitan desplazar los indicios tenidos en cuenta por el juez.



De allí que el cuestionamiento aparezca como desprovisto de los caracteres exigidos por el art. 260 del CPC.

Respecto a la crítica formulada respecto a la procedencia del daño moral, sólo se apoya en la supuesta “falta de prueba”, pero –coincidiendo- con lo expuesto por la Dra. Zampini en el voto que antecede, en estos supuestos la violación por sí misma que implica el uso de la imagen sin consentimiento de las actoras (aunque su actividad profesional las exponga continuamente a su aparición en diversos medios) no excluye –a modo de daño “in re ipsa”- la reparación necesaria de los indiscutibles sinsabores o sentimientos displacenteros que el “uso” de algo tan propio se haya realizado sin contar con su aprobación. Por las mismas razones coincido con su justipreciación en el monto propuesto en el voto de la Dra. Zampini.

ASI LO VOTO.

A LA SEGUNDA CUESTION PLANTEADA LA SRA. JUEZ DRA. NELIDA I. ZAMPINI DIJO:

Corresponde: I) Confirmar la sentencia de Primera Instancia apelada por la demandada en cuanto a su responsabilidad y el monto por daño material. II) Modificar la sentencia en cuanto ha sido apelada por la actora en concepto de daño moral fijándose la suma de pesos cincuenta mil (\$50.000), es decir veinticinco mil pesos (\$25.000) para cada una de las accionantes. III) Imponer las costas de la alzada a la accionada (art. 68 del C.P.C.). IV) Diferir la regulación de honorarios para su oportunidad (art. 31 de la ley 8904).

ASI LO VOTO.

El Sr. Juez Dr. Rubén D. Gérez votó en igual sentido y por los mismos fundamentos.

En consecuencia se dicta la siguiente;

S E N T E N C I A

Por los fundamentos dados en el precedente acuerdo: I) Se confirma la sentencia de Primera Instancia apelada por la demandada en



cuanto a su responsabilidad y el monto por daño material. II) Se modifica la sentencia en cuanto ha sido apelada por la actora en concepto de daño moral fijándose la suma de pesos cincuenta mil (\$50.000), es decir veinticinco mil pesos (\$25.000) para cada una de las accionantes. III) Las costas de la alzada serán soportadas por la accionada (art. 68 del C.P.C.). IV) Se difiere la regulación de honorarios para su oportunidad (arts. 31 y 51 de la ley 8904). Notifíquese personalmente o por cédula (art. 135 del C.P.C). Devuélvase.

NELIDA I. ZAMPINI

RUBEN D. GÉREZ.

Marcelo M. Larralde
Auxiliar Letrado