



Poder Judicial de la Nación
CAMARA CIVIL - SALA B

29352/2013

NACCACHE FIAMMA NERINA c/ EDITORIAL TELEVISA
ARGENTINA SA s/DAÑOS Y PERJUICIOS

//nos Aires, Capital de la República Argentina, a los 10 días del mes de Febrero de dos mil dieciséis, reunidos en Acuerdo los Señores Jueces de la Excm. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala "B", para conocer en los recursos interpuestos en los autos caratulados: "Naccache, Fiamma Nerina c/ Editorial Televisa Argentina S.A. s/ daños y perjuicios" respecto de la sentencia de fs. 272/278, el Tribunal estableció la siguiente cuestión a resolver:

¿Es ajustada a derecho la sentencia apelada?

Practicado el sorteo resultó que la votación debía efectuarse en el siguiente orden Señores Jueces Doctores: CLAUDIO RAMOS FEIJOO - ROBERTO PARRILLI - MAURICIO LUIS MIZRAHI -

A la cuestión planteada el Dr. Claudio Ramos Feijóo, dijo:

I.- La sentencia de fs. 272/278 hizo lugar a la demanda promovida por Fiamma Nerina Naccache contra Editorial Televisa Argentina S.A. por la suma de \$76.000 con más intereses y costas (ver f. 277vta.).

Dicho pronunciamiento fue apelado por las partes.

II. A fs. 301/304 la parte actora funda agravios. En primer lugar, se queja en cuanto interpreta que sólo se evaluó el resarcimiento para el tratamiento psicológico, condenando a la parte demandada a abonar la suma de \$6.000, pero no ha evaluado el grado de incapacidad del 25% y su correspondiente resarcimiento. Consecuentemente, solicita que se haga lugar a la suma de \$192.000 reclamada por dicho concepto (ver f. 302vta.).

En segundo término, se agravia del monto estipulado -\$70.000- por daño moral toda vez que no se ha tomado en cuenta el padecimiento sufrido producto de la indebida publicación de las fotos sin que se haya prestado consentimiento, siendo menor de edad y cursando el colegio secundario. En efecto, peticiona se eleve el presente rubro a la suma solicitada de \$155.000 (ver f. 303 vta.).

Dicha pieza recibió respuesta de la emplazada a fs. 319/322.

III. A fs. 231/234 la parte demandada expresa agravios. Centra su crítica en que la sentencia omitió considerar la conducta de la actora, que fue



quien engañó a la demandada al momento de la nota y fotografías objeto de autos, como en el intercambio de cartas documento, como al demandar y a lo largo del juicio (ver f. 314vta.).

Sostiene, por un lado, que la accionante consintió la captación de fotografías de su persona para ilustrar la entrevista publicada en la revista Maxim, e incluso ello fue consentido por su madre, y el reportaje contenido en la edición reproduce a grandes rasgos la conversación telefónica que mantuvieron la actora y el periodista de la editorial (ver f. 314vta.). Por el otro, arguye que la clasificación rígida que impone la sentencia (nulidad absoluta cuando faltaba cerca de un mes para que la actora cumpliera 18 años), debe ser revisada a la luz del art. 26 del Código Civil y Comercial en cuanto establece que a partir de los 16 años, el adolescente es considerado como un adulto para las decisiones atinentes al cuidado de su cuerpo, lo que debe considerarse la edad, las características psicofísicas, su madurez y su desarrollo, para ejercer sus derechos (ver f. 315 vta.).

Reclama que se le haya imputado a título de culpa que no se le requirió documento a la demandante para cerciorarse que era mayor de edad pues la actora prestó consentimiento y aceptó libre y voluntariamente participar en una producción fotográfica profesional propuesta por la revista Maxim sabiendo que las fotografías obtenidas luego serían allí publicadas (ver f. 315vta.).

Aduce que las fotos de la actora no revestían el carácter de íntimas toda vez que fueron obtenidas por un fotógrafo durante una producción fotográfica profesional en un taller mecánico contratado al efecto con por lo menos otras seis personas que participaron en todo momento de la producción, incluyendo al novio y la madre de la actora, el dueño del taller mecánico, el dueño de la agencia, el fotógrafo y una asistente (ver fs. 315vta./316).

Advierte que resulta absolutamente injustificado el castigo a Editorial Televisa por no haber pedido el documento de la actora. Alega que no existió responsabilidad de la demandada y que en su caso no se la puede imputar como exclusiva (ver f. 316vta.).

Por otra parte, se agravia de los injustificados montos de condena en el daño psíquico y en el daño moral (ver f. 317).

En cuanto al primero, señala que si la actora prestó conformidad con las fotografías y su difusión, y con el reportaje ninguna cifra corresponde atribuir al daño psíquico inexistente (ver f. 317).

En relación al segundo, insiste en que la divulgación de las fotografías no consistieron en un hecho traumático ni imprevisto por la actora y que no ha habido captación o utilización indebida de la imagen por lo que la indemnización otorgada resulta injustificada (ver f. 317vta.).





Poder Judicial de la Nación
CAMARA CIVIL - SALA B

Por último, se agravia de la tasa de interés aplicada solicitando que se aplique una tasa mínima hasta la fecha de la sentencia y en todo caso, recién frente al incumplimiento de ésta, la tasa activa (ver f. 317vta.).

Tal pieza no recibió respuesta.

IV. a) Corresponde entrar a resolver la cuestión de fondo.

El contenido del fallo de primera instancia y de los respectivos escritos de expresión de agravios revela la existencia de diversos hechos sobre los cuales no media actualmente discrepancia. En lo sustancial, que:

1) La pretensión de la actora de que se indemnicen los daños y perjuicios ocasionados a su persona, se centró en el uso indebido de su imagen, la lesión a su honor y la vulneración del derecho a la intimidad, producidos en razón de la publicación de fotografías de su imagen destinadas a ilustrar la transcripción de un reportaje que le efectuara la demandada, sin que hubiere prestado su autorización o consentimiento.

2) Al tiempo de realizarse la sesión fotográfica y concretarse la entrevista en cuestión y al momento de la publicación cuestionada, la demandada contaba con 17 años de edad, tratándose entonces de una menor adulta.

3) La captación y divulgación de las imágenes de la actora se realizó por la intermediación de la agencia "Freelance Models", cuyo staff integraba la actora, con "Editorial Televisiva Argentina S.A.", aquí demandada, quien producía la revista "Maxim", de contenido erótico y destinada al público masculino adulto.

4) Las fotografías, que exhibían imágenes de la cara y del cuerpo -vestido y desnudo- de la actora, de claro contenido erótico ("obsceno"), se realizaron a efectos su inclusión en una publicación pornográfica y para ilustrar un reportaje por cierto impúdico.

5) En los términos del pronunciamiento recurrido, el contenido de los soportes magnéticos que tienen grabados los retratos de Naccache y el audio de la entrevista, son suficientemente reveladores de que la actora, y también su madre –que estuvo presente, juntamente con otras personas, en la sesión fotográfica-, consintieron la captación de las fotografías de su persona con la expresada finalidad de publicación en la revista "Maxim".

IV. b) Ha sido en virtud de las expresadas circunstancias que en el fallo se juzgara probado que la accionante –se insiste, menor de edad a las época de los hechos- y su progenitora, consintieron la captación y reproducción de las imágenes obtenidas y la publicación de la entrevista ilustradas con tales fotografías.



En tal virtud, el principal desarrollo argumental efectuado en la expresión de agravios de la demandada, enderezado a justificar que lo actuado contó con consentimiento de la menor y su madre, resulta claramente insustancial a efectos de desvirtuar la responsabilidad que se le atribuyera.

Ello así pues, dando por justificada la existencia de un tácito consentimiento, el aspecto medular del fallo quedó focalizado en la validez de dicho consentimiento, que el Magistrado juzgó viciado de nulidad absoluta de modo categórico, con base en la interpretación que efectuó de la normativa constitucional y *supra* legal que consideró aplicable a la situación, transcribiendo con precisión los aspectos inherentes, que refirieron a:

a. La protección de los menores de 18 años en las relaciones laborales que puedan implicar explotación económica o entorpecimiento de su educación o resultar peligrosas o nocivas para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral o social (Convención de los Derechos del Niño, aprobada por Ley 23.849, arts. 1 y 32.1; Pacto Internacional de Derechos Económico, Sociales y Culturales, aprobado por ley 23.313, art. 10; Convenio N° 138 de la OIT sobre Edad Mínima de Admisión de Empleo, aprobado por ley 24.650, art. 3);

b. La protección por el Estado, la Sociedad y la Familia del Niño expuesto a situaciones de prostitución y pornografía, entendida esta última como toda representación, por cualquier medio, de un niño dedicado a actividades sexuales explícitas, reales o simuladas, o toda representación de las partes genitales de un niño con fines primordialmente sexuales (Convención Americana sobre Derechos Humanos, aprobada por ley 23.054, art. 19; Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de Niños la Prostitución Infantil y la utilización de Niños en la Pornografía, aprobado por ley 25.763).

Ello así, elocuente ha sido el silencio guardado por la demandada recurrente sobre el sustento normativo que impuso juzgar viciado el consentimiento, en tanto se lo advierte absolutamente soslayado; deviniendo por ello dogmático el argumento relativo a que la nulidad declarada no procede porque medió consentimiento de la menor sin controvertir el fundamento en que justamente se basó la nulidad.

En concreto, no se observa, en relación a los fundamentos expresados por el primer sentenciador un cuestionamiento preciso y razonado que pueda estimarse como válida crítica del aspecto sustancial del





Poder Judicial de la Nación
CAMARA CIVIL - SALA B

pronunciamiento recurrido, lo cual impone juzgar inconvencible lo sentenciado sobre la nulidad del consentimiento y la consecuente atribución de responsabilidad a la accionada por los perjuicios que la publicación efectuada ha ocasionado a la demandante.

Por otra parte, la invocada "clasificación rígida" que la sociedad recurrente endilga al fallo por categorizar de absoluta la nulidad del consentimiento -fundamento no rebatido mínimamente, reitero- más que cuestionable es plausible, y debe prevalecer sobre cualquier flexible interpretación cuando, como aquí acontece, lo que se está evaluando son los eventuales perjuicios que a la dignidad de un menor –bien jurídico tutelado por la normativa respectiva, como bien advirtió el Juez que sentenció- pueden ocasionar actividades impúdicas, aptas por lo demás de expandir socialmente sus perniciosos efectos.

No está de más advertir que la inaplicabilidad de la invocada norma del art. 26 del Código Civil y Comercial en cuanto establece que la persona partir de los 16 años debe considerarse como adulto para las decisiones atinentes al cuidado de su cuerpo, se aprecia evidente por no referir a vínculos comerciales o laborales, como el aquí considerado, en lo que rige la normativa pertinente según lo expresado.

Que el régimen admita la competencia o aptitud del adolescente para la toma de decisiones frente a actos y/o tratamientos médicos, no importa consagrar su capacidad para la celebración del contrato médico; el primer aspecto refiere al ejercicio de un derecho personalísimo, en tanto el segundo es un acto jurídico patrimonial que exige la consecuente capacidad; claramente, el adolescente carece de capacidad para el segundo, pero no necesariamente para el primero (Fernández Silvia, autora del comentario art. 26, en Herrera-Caramelo-Picasso, *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, Título Preliminar y Libro Primero, Artículos 1 a 400*, Infojus, Buenos Aires, 2015, pág. 72).

Por otro lado, no se pasa inadvertido que en la cuestión que se examina pueda tener relevancia: la edad de la menor, quien estaba muy próxima a cumplir la mayoría de edad; su aptitud psicofísica, su madurez y desarrollo, que por razones de especialidad científica corresponde someter a la consideración y dictamen de profesionales en la materia; y, experiencia o trayectoria de la actora en la actividad cumplida. Pero esa trascendencia no resulta relevante a la hora de asignar responsabilidad por el obrar ilícito, aunque si pueda considerársela adecuadamente al tiempo de juzgar sobre los daños producidos y su entidad, lo cual será considerado más adelante.

El agravio relativo a una supuesta omisión de la sentencia de valorar la conducta de la actora con la que se habría engañado a la sociedad



demandada al ocultar su edad o mentir sobre ella, se aprecia significativamente insostenible y reprobable.

En primer término, porque de frente al acto ilícito determinante de la nulidad ha devenido irrelevante cualquier consentimiento que se hubiere prestado u obtenido –quizás, con prestación económica mediante-.

En segundo lugar, pues si el engaño de la actora a la demandada que se invoca en la expresión de agravios (f. 314vta.) hubiera tenido lugar, éste se habría producido por una exclusiva y mayúscula torpeza de la sociedad al no cerciorarse de la edad de la persona. Y ello, de modo injustificado –sino intencional-se obvió, no obstante imponérselo su condición de empresaria profesional especializada en una actividad no habilitada para sujetos incapaces. Juega en esto la normativa que obliga extremar el rigor en la apreciación de los hechos para asignar responsabilidad a quien debe obrar con mayor cuidado y previsión en razón de su carácter profesional (art. 902 Código Civil).

Resultó, en consecuencia, ajustado a derecho condenar a la demandada a indemnizar los perjuicios ocasionados.

V. Convalidada la atribución de responsabilidad decidida por el juez *a quo* corresponde abocarse al tratamiento de los agravios vertidos por las partes relativos a la entidad de los rubros indemnizatorios: daño psíquico y daño moral; y a la tasa de interés aplicada.

En la sentencia se condenó a la demandada a resarcir a la actora por daño psíquico la suma de \$ 6.000 y por daño moral \$ 70.000.

1) Daño Psíquico:

El agravio de la de la demandante relativo a una supuesta omisión de valorar la propagación de su imagen y el daño psicológico dictaminado por el perito psicólogo no puede receptarse, en tanto el Juez de la anterior instancia ha referido reiteradamente lo relativo a ambos extremos y evaluado que de conformidad a las circunstancias peculiares de la causa y, en particular, con sustento en lo dictaminado por la perito en psicología, ha concluido que la afectación de la actora en su faz psíquica podrá solucionarse a partir del tratamiento propuesto, reconociendo la indemnización pertinente.

A ese respecto cabe advertir, por un lado, que el originario resarcimiento por la publicación no se observa frontalmente concretado en el escrito de agravios y que las expresadas posibilidades de superar el cuadro psicológico que afecta a la actora no ha sido objeto de crítica en tanto ni siguiera se lo menciona en dicha pieza.





Poder Judicial de la Nación
CAMARA CIVIL - SALA B

En el marco referenciado, entiendo que corresponde rechazar los agravios aquí planteados y confirmar el monto indemnizatorio (\$6.000) otorgado en concepto de daño psíquico (arts. 163 incs. 5, 6, 165, 386 y 477 del CPCCN y art. 1083 del Código Civil).

2) Daño Moral:

Ambas partes se agravian en lo concerniente al daño moral reconocido. La accionante por estimar exigua la suma reconocida y la accionada por considerarlo improcedente y desmesurado el importe fijado.

Una evaluación integral de los diversos aspectos de la contienda y de ciertas circunstancias personales de la demandante me llevan a considerar que el grado de afectación moral de Naccache debió resultar bastante menor que al apreciado por el primer sentenciador.

Refiero para ello, en especial, que los hechos acontecieron apenas dos meses antes de cumplir la actora sus dieciocho años; que ella era conciente -más allá de su circunstancial incapacidad- de que el reportaje y las fotografías se realizaron con la intención de ser publicadas en la revista en que se lo hizo; que la madre –y además su novio- apañaron y la acompañaron en ese cometido lo que hace suponer disminuido su previsible grado de inconsciencia; que el contenido de la entrevista grabada resulta que la actora ya venía desenvolviéndose en actividades de cierta afinidad con la prestada para la accionada.

En concreto, todo ello es suficientemente revelador de que el hecho dañoso no debió resultar demasiado imprevisto para la actora y que por ello no pudo tener el nivel traumático que exhibe el reconocimiento de tan elevada indemnización.

En tal virtud, y en la inteligencia de que el resarcimiento del daño no puede constituirse en fuente de lucro para quien lo padece, estimo prudente reducir la indemnización reconocida por daño moral a la suma de \$ 10.000 (art. 1078 del Código Civil, y arts. 163 inc. 5 y 386 del CPCCN).

3) Intereses:

Con relación a las quejas vertidas en materia de intereses, atento la doctrina plenaria en autos “Samudio de Martinez, L. c/ Transportes Doscientos Setenta S.A.” s/ daños y perjuicios”, los intereses deben aplicarse a la tasa activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina desde el momento del hecho y hasta el efectivo pago (art. 303 del CPCCN). Por otra parte, cabe destacar que en el caso se impone la vigencia del art. 303 del ritual, precepto que considero vigente en su



redacción originaria conforme lo decidido por esta Sala (R. 621.758, del 30/08/2013, "Perez Horacio Luis c/ Banco Saez S.A s/ ejecución de honorarios).

El mentado plenario admite una solución diversa cuando acontezca "una alteración del significado económico del capital de condena que configure un enriquecimiento indebido". Pero esa singular especie comporta una situación harto excepcional, que se aparta de la regla general, y que -para que pueda tener lugar- debe ser acreditada fehacientemente y sin el menor asomo de duda en el marco del proceso. A mi juicio no obran en la causa constancias que certifiquen que, con la aplicación de la tasa activa desde el día del evento, se configuraría el mentado "enriquecimiento indebido"; como tampoco existen elementos que siquiera lo hagan presumir.

En función de lo expuesto, he de proponer al Acuerdo que se rechacen las críticas vertidas en materia de intereses, confirmándose la adición al capital de condena de los intereses a la tasa mencionada, los que se computarán desde la fecha del hecho y hasta el momento del efectivo pago.

VI. Por lo hasta aquí expuesto propongo al acuerdo modificar parcialmente la sentencia apelada reduciendo el monto establecido por daño moral a \$ 10.000; y confirmar todo lo demás que fue materia de agravios, con costas de alzada al demandado por resultar sustancialmente vencido (arts. 68, 163 inc. 8 CPCCN). Así lo voto.

Los Dres. Parrilli y Mizrahi, por análogas razones a las aducidas por el Dr. Ramos Feijóo, votaron en el mismo sentido a la cuestión propuesta.

Con lo que terminó el acto: CLAUDIO RAMOS FEIJOO -
ROBERTO PARRILLI - MAURICIO LUIS MIZRAHI -

Es fiel del Acuerdo.-

Buenos Aires, Febrero de 2016.-

Y VISTOS: Por lo que resulta de la votación que instruye el Acuerdo que antecede, se modifica parcialmente la sentencia apelada





Poder Judicial de la Nación
CAMARA CIVIL - SALA B

reduciéndose el monto establecido por daño moral a \$ 10.000; y se confirma todo lo demás que fue materia de agravios. Las costas de alzada se imponen al demandado por resultar sustancialmente vencido.

Teniendo en cuenta como se decide en esta instancia, se difiere la adecuación dispuesta por el art. 279 del Código Procesal respecto de las regulaciones practicadas a fs. 278, así como la determinación de los honorarios correspondientes a la tarea desplegada en la Alzada, hasta tanto exista liquidación definitiva aprobada.

Regístrese, protocolícese y notifíquese. Oportunamente publíquese (conf. C.S.J.N. Acordada 24/2013). Fecho, devuélvase.

6

5

4

