

11 de diciembre de 2020

ARTE Y DERECHO:
EL DERECHO A LA IMAGEN Y A USAR EL RETRATO DE UN ARTISTA

Cómo plantear mal una demanda posiblemente correcta.

Explicación para no argentinos: el nuestro es un país donde algunas figuras públicas —sin que importe el campo en el que actúan— alcanzan la estatura de los ídolos. Alberto Olmedo (1933-1988) es una de ellas. Fue un genial actor cómico que actuó tanto en el cine, el teatro y la televisión. No hay argentino que no lo conozca.

Basándose en esa característica, en 2013, una muy conocida empresa petrolera (YPF SA, que a su vez comparte varios de los caracteres icónicos del mismo Olmedo), desarrolló una campaña publicitaria en la que se hacía referencia a varios argentinos notorios. Uno de ellos fue, precisamente, el actor que hemos mencionado, cuya imagen fue tomada de una vieja película en la que desempeñaba el papel de “Capitán Piluso”, un personaje con el que saltó a la fama.

Sin embargo, un hijo y homónimo suyo se presentó ante la justicia argumentando que el uso de la imagen de su padre “fue realizado sin ninguna autorización de parte de las personas legitimadas para hacerlo” y reclamó una indemnización “por ese concepto y por el daño moral que ello le provocó”.

El juez de primera instancia dijo que como “el Capitán Piluso” había muerto en 1988,

el uso de su retrato en 2013 (pasados más de veinte años de su muerte) no requirió consentimiento alguno.

Ante el rechazo de la demanda Olmedo (hijo) apeló.

En su fallo¹, la Cámara de Apelaciones aclaró varios aspectos relevantes sobre el uso de imágenes. *Al mismo tiempo, implícitamente, reveló serios defectos en la forma en que la cuestión fue planteada por el demandante* (en rigor, por sus abogados).

Según resumió el tribunal, el hijo de Olmedo explicó que, cuando murió su padre, acordó con los restantes herederos el modo y las condiciones en las que se explotaría la imagen del actor o para reclamar por su uso cuando se lo efectuara sin la autorización correspondiente.

La Cámara especificó que la demanda fue planteada por el hijo de Olmedo basándose en la Ley de Propiedad Intelectual, que dice que “*el retrato fotográfico de una persona no puede ser puesto en el comercio sin el consentimiento expreso de la persona mis-*

¹ In re “Olmedo Herrera c. YPF SA”, CNCiv (M), exp. 115914-2013; 17 noviembre 2020. *ElDial.com* XXIII:5600, AAC0EC, 4 diciembre 2020.

ma y, muerta ésta, de su cónyuge e hijos o descendientes directos [...]

La ley agrega que ese consentimiento “no es necesario después de transcurridos veinte años de la muerte de la persona retratada”.

Al apelar, Olmedo (hijo) planteó ante la Cámara “que en el caso no resultaba aplicable el plazo de 20 años contados desde el fallecimiento de la persona retratada”, sino otro, más largo, de cincuenta años, que se aplica a las películas y que, según la ley, se cuenta “desde el fallecimiento del último de los colaboradores de la obra cinematográfica”.

El hijo de Olmedo también sostuvo ante la Cámara —basándose en el Código Civil y Comercial que entró a regir en 2015— que, como la publicidad de YPF resultaba *ofensiva*, el plazo de veinte años debía ser dejado de lado, por lo que la prohibición de usar la imagen de su padre continuaba vigente.

Al decidir este último punto, la Cámara puso en evidencia algunos “pequeños” detalles: los hechos (incluyendo la campaña publicitaria) habían ocurrido antes de 2015, cuando el Código Civil y Comercial aun no había entrado en vigencia.

Peor aún: al apelar, Olmedo (hijo) se olvidó de cuestionar el marco legal aplicado por el juez anterior (regido por la Ley de Propiedad Intelectual y no por el nuevo Código Civil y Comercial). Y la Cámara no podía enmendar esa omisión. Primer error grave.

Sobre la cuestión más relevante (esto es, el derecho a la imagen), la Cámara entró en más detalles.

En primer lugar, recordó que “el reconocimiento de un *derecho personalísimo* a

la imagen ha generado numerosas consideraciones y controversias en la doctrina y la jurisprudencia nacionales y extranjeras, partiendo de la discusión relativa a su autonomía con respecto a otros derechos subjetivos, continuando con la calificación de su naturaleza y la determinación de su contenido y concluyendo con los aspectos relativos a su disponibilidad, protección y explotación económica”.

Aclaremos que esas controversias se deben al hecho de que, a pesar de que el derecho a la imagen es un *derecho personalísimo* (esto es, “tiene su origen en la existencia del individuo mismo al que pertenecen, como la libertad, el honor, el cuerpo de la persona y la patria potestad”² y, por ende, *no puede ser objeto de contrato o negocio alguno*), se permite la celebración de ciertos contratos sobre el uso de la imagen.

Por eso, “a diferencia de otros derechos personalísimos (definidos por su rigurosa indisponibilidad), el derecho a la imagen ofrece a su titular amplias perspectivas de utilización y aprovechamiento económico, que llegan, inclusive, hasta la enajenación a favor de terceros de las facultades de su explotación comercial”.

Luego de varias consideraciones teóricas, la Cámara se ciñó al núcleo del debate, puesto que “en el caso no se encuentra debatida la naturaleza jurídica del derecho en virtud del cual [el hijo de Olmedo] pretende ser indemnizado, sino *el límite temporal* dentro del cual [aquél] podría hacer ejercicio de ese derecho”.

La Cámara dejó en claro que “no se encontraba *controvertido* que la solución de esta

² Vélez Sarsfield, D., nota al artículo 2312 del Código Civil Argentino.

controversia [sic] se encuentra en la Ley de Propiedad Intelectual”, pues, como se había decidido en la instancia anterior, “en el caso resultaba aplicable el plazo de 20 años establecido en la mencionada ley, cuyo cómputo se inicia con el fallecimiento de la persona retratada”; en el caso, Alberto Olmedo, ocurrido el 5 de marzo de 1988.

Por eso, “la publicidad realizada por la demandada en octubre de 2013 no necesitaba la autorización de los herederos del Sr. Alberto Olmedo”.

Sin embargo, el hijo del actor “cuestionó ese razonamiento ya que, a su criterio, [YPF y su agencia de publicidad] no utilizaron *un mero retrato de su padre*, sino el de uno de sus conocidos personajes, el “Capitán Piluso”, extraído de *una obra cinematográfica*, motivo por el cual no resultaba de aplicación el plazo de veinte años” sino otro, más largo.

Pero... *este argumento* (que no se trataba de una foto sino de una película) *no había sido planteado en primera instancia*. Eso sólo “justificaría *per se* el rechazo del recurso” (de apelación). En efecto, las partes no pueden introducir en la apelación argumentos no planteados en la instancia anterior. Como hemos dicho muchas veces, las apelaciones sirven para demostrar que el fallo anterior está equivocado o es absurdo, pero no para plantear cuestiones nuevas. Segundo error grave.

El tribunal señaló otro serio defecto en la posición del hijo de Olmedo (y para nosotros, el más grave): aun cuando el argumento de que se trataba de una película y no de una foto fuera aceptable, “lo cierto es que no acreditó de ningún modo la propiedad (suya o de su padre) de la obra cinematográfica reproducida en la publicidad”.

Es decir que *el hijo de Olmedo no podía quejarse de la violación de derechos intelectuales que no le pertenecían*. Obvio: según la ley, los derechos sobre un filme pertenecen al autor del argumento, al director y al productor. Tercer error grave.

Los derechos intelectuales, como regla general, son propiedad de los creadores de la obra de arte. Un actor *no crea una película*.

Para el tribunal “las expresiones utilizadas [por el hijo de Olmedo] tanto en su demanda como en su alegato tornan evidente que su reclamo se fundó en la utilización de la *imagen* de su padre” y no de una película.

La Cámara agregó que “tampoco pueden atenderse las quejas en las que [el hijo del actor] alegó que la publicidad resultaba ofensiva *porque las normas sobre las cuales fundó este capítulo de sus agravios aún no habían entrado en vigencia en el año 2013*”. Cuarto error.

Más aún: “en la publicidad no se hace más que recordar, con un claro tono de admiración, figuras de nuestro país consideradas como distinguidas en distintos ámbitos, tales como Olmedo y el Dr. René Favalaro³, entre otros”.

Como parece que el hijo de Olmedo se sintió ofendido porque fue YPF quien usara las imágenes de su padre en su publicidad, la Cámara aclaró que “no obstaba a lo dicho en el párrafo anterior el hecho de que el demandante considere a la publicidad ofensiva por cuestiones inherentes a la persona jurídica que la realizó o por su actividad, ya que esas afirmaciones constituyen inter-

³ Reconocido médico cardiocirujano argentino (1923-2000) que desarrolló el by-pass coronario.

pretaciones subjetivas y no encuentran ningún respaldo en las constancias [de la causa]”. En otras palabras, el carácter injurioso del uso de una imagen *hay que probarlo objetivamente y no puede basarse en meras opiniones personales*.

El tribunal decidió que, como “el reclamo perseguía el resarcimiento de los daños y perjuicios por la utilización del retrato de una persona que falleció el 5 de marzo de 1988 en una publicidad transmitida en octubre del año 2013, no cabía otra solución que confirmar [la sentencia anterior] ya que al momento de su publicación no era necesario contar con el consentimiento de los herederos del retratado”.

Aunque la conclusión anterior podría haber sido redactada de modo más claro, la sentencia, en nuestra opinión, es excelente.

Llaman la atención los abruptos cambios de posición del hijo de Olmedo, que comenzó reclamando por los supuestos daños causados por el uso injurioso y no autorizado de una foto de su padre y terminó reclamando por la difusión de fotogramas de un filme sobre el que no tenía derecho alguno.

Las sentencias resuelven las cuestiones que se someten a los tribunales; no pueden ir más allá. Habría sido interesante conocer cuál habría sido la suerte de la demanda si hubiera sido planteada por un fotógrafo sobre la base del uso no autorizado de su retrato de Olmedo: la ley argentina es confusa al respecto y una sentencia judicial podría haber clarificado la cuestión.

Otra vez será.

* * *

Esta nota ha sido preparada por Juan Javier Negri. Para más información sobre este tema pueden comunicarse con el teléfono (54-11) 5556-8000 o por correo electrónico a np@negri.com.ar.

**Este artículo es un servicio de Negri & Pueyrredon Abogados a sus clientes y amigos.
No tiene por objeto prestar asesoramiento legal sobre tema alguno.**