



CONSEJO DE ESTADO
SECCIÓN TERCERA

Bogotá D.C., veintiséis (26) de noviembre de dos mil quince (2015)

Proceso número: 17001233-1000-2004-01014-01 (**37953**)
Demandantes: Ana Giselle Salazar Quesada
Demandado: Industria Licorera de Caldas
Acción: Reparación directa

Sin que se observe nulidad de lo actuado, procede la Sala a resolver los recursos de apelación presentados por la parte actora y accionada contra la sentencia del 27 de agosto de 2009, proferida por el Tribunal Administrativo de Caldas que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda (f. 175-202, c. ppal 2).

SÍNTESIS

Se demanda la responsabilidad extracontractual de la Industria Licorera de Caldas, por el uso indebido y explotación con fines comerciales de la imagen de la joven Ana Giselle Salazar Quesada, sin su consentimiento previo, imagen tomada por un contratista de la entidad.

I. ANTECEDENTES

1. PRETENSIONES

Mediante demanda presentada el 25 de agosto de 2004 (f. 24 vto., c. ppal 1), la joven Ana Giselle Salazar Quesada por intermedio de apoderado y en ejercicio de la acción de reparación directa en contra de la Empresa Industrial y Comercial del Estado Industria Licorera de Caldas, solicitó las siguientes pretensiones (f. 16, c. ppal 1):

Primero: Que se declare la responsabilidad patrimonial de carácter extracontractual de la Industria de Licores de Caldas.

Segundo: Que como consecuencia se le condene a la indemnización de perjuicios por razón de la vulneración del derecho a la imagen como derecho de la personalidad y del derecho a participar económicamente de la comercialización de la propia imagen y su valor publicitario contenido en el artículo 15 de la Carta Política y dada la explotación no autorizada de las fotografías en vallas publicitarias de dicha empresa, perjuicios que taso así:

A. LUCRO CESANTE: Constituido por los dineros dejados de ingresar al patrimonio de la demandante fruto de la comercialización de su imagen y en beneficio económico de la ILC, y que ante todo el tiempo transcurrido entre el inicio de la publicidad mediante vallas publicitarias y la fecha de presentación de esta demanda la estimo en cincuenta millones de pesos (\$50.000.000).

B. PERJUICIOS MORALES: Constituidos por la afectación que sufre una persona en sus sentimientos, mundo espiritual, emocional y síquico, por cuanto la demandante no estaba obligada a soportar por imperativo explícito del ordenamiento la lección (sic) de un derecho fundamental garantizado por la norma jurídica, para este caso la carta política como es el derecho a la intimidad evitando que la imagen se asocie a ideas, como producto o situaciones que rebajen el concepto que la sociedad tiene de la señorita Ana Yisel (sic), y que supone un atentado al honor, a la intimidad, al good will, de la persona, al buen nombre y que estimo en la suma de 1000 salarios mínimos legales vigentes mensuales o su equivalente en gramos oro.

1.1. Los hechos

Como fundamento fáctico de la acción, adujo la demandante los hechos que se resumen a continuación (f. 16-19, c. ppal 1):

1.1.1. En el año 2002 la joven Ana Giselle Salazar Quesada se encontraba cursando octavo semestre de bacteriología en la Universidad Católica de Manizales.

1.1.2. En dicho año y cuando se dirigía a una de sus clases en el claustro universitario, aproximadamente a las 4:30 de la tarde, fue abordada por el fotógrafo Jorge Eduardo Arango, quien se identificó como publicista de la Industria Licorera de Caldas para el Aguardiente Cristal, y quien le pidió el favor de dejarse tomar varias fotos para la nueva publicidad de aguardiente cristal.

- 1.1.3. La joven Ana Giselle Salazar aceptó tomarse las fotos cerca de la biblioteca de la universidad, con la condición de que las mismas no podían ser publicadas sin su consentimiento previo, y que las mismas en todo caso no serían objeto de ningún tipo de especulación, publicidad o negocio para lo cual se requeriría siempre su autorización por escrito. La joven le advirtió al fotógrafo que la publicación de sus fotografías quedaba prohibida sin su consentimiento.
- 1.1.4. Cerca de un año después de que le fueron tomadas las fotografías, una compañera de estudio de Ana Giselle la “felicito” por la valla publicitaria en la aparecía promocionando a la Industria Licorera de Caldas, valla que se ubicada en el camino que conduce al corregimiento de Neira en Caldas.
- 1.1.5. Además de la anterior valla, la joven fue informada por amigos que su fotografía también aparecía en otras vallas en los municipios de Salamina, la Dorada, Pereira, Buga y San Pedro promocionando el Aguardiente Cristal, siendo algunas vallas constatadas de su existencia por la misma la actora.
- 1.1.6. La Industria de Licores de Caldas, sin autorización alguna y sin consentimiento previo comercializó y explotó económicamente la imagen de la demandante, lo que vulneró sus derechos fundamentales, tales como el honor, la intimidad, la imagen, el derecho a la personalidad, el derecho a participar económicamente de la comercialización de su propia imagen. La actora por la acción de la demanda perdió el derecho a controlar el uso comercial de su propiedad intelectual y su imagen, su “right of publicity”, lo que le causó perjuicios que están enmarcados dentro de lo intangible y que deben ser tasados conforme el valor que tenga la explotación económica de su imagen.

Para la valoración de la explotación económica de su imagen, la parte actora solicitó se tuviera en cuenta el aumento del volumen de ventas y mayor mercado que la industria licorera de Caldas tuvo el ámbito nacional.

1.1.7. De igual manera, la actora solicitó se le indemnizara por los perjuicios “morales” que le fueron causados a ella y su familia por el uso de su imagen, toda vez que en lugar de ser asociada como una profesional, su imagen se vio asociada con el consumo del alcohol, lo que produjo desazón a ella y su grupo familiar.

2. POSICIÓN DE LA PARTE PASIVA DE LA LITIS

La Industria Licorera de Caldas contestó dentro de la oportunidad legal y se opuso a las pretensiones de la demanda al considerar que no le asistía responsabilidad en los hechos, los que no le constaban.

Refirió que el señor Jorge Eduardo Arango es un fotógrafo profesional que ejerce su actividad en forma independiente, y con el cual *“la empresa celebró un contrato de prestación de servicios mediante una orden de publicidad que no lo vincula ni lo ha vinculado laboralmente con la Industria Licorera de Caldas”*. La empresa realmente contrató a la firma “Harry Van Den Enden Publicidad Limitada” para el manejo publicitario de los productos de la licorera, el manejo de la imagen institucional y la producción de la totalidad de las piezas publicitarias (f. 100-103, c. ppal 1).

2.2 POSICIÓN DE LOS LLAMADOS EN GARANTÍA¹

2.2.1 Jorge Eduardo Arango Vélez

En escritos separados contestó tanto la demanda como el llamamiento en garantía, a los cuales se opuso (f. 108-110 y f. 123-125, c, ppal 1).

¹ Tanto en la contestación de la demanda, como en escrito aparte (f. 104-105, c. ppal 1), la Industria Licorera de Caldas llamó en garantía al señor Jorge Eduardo Arango, quien tomó las fotografías y, a las sociedades Harry Van Den Enden Publicidad Limitada y Vallas Panorama de Manizales S. A., toda vez con estas últimas sociedades se celebró los contratos publicitarios del 20 de junio de 2003 adicionado el 8 de mayo de 2003, y contrato publicitario No. 052-2002. En los cuales se hizo la publicidad por la cual la empresa es demandada.

El tribunal de primera instancia en auto del 1 de septiembre de 2005 aceptó el llamamiento en garantía de los anteriores (f. 112-115, c. ppal 1).



Frente a los hechos de la demanda, manifestó que la actora permitió que se le hicieran un total de 32 fotografías desde diferentes ángulos y distintos fondos, proceso que duró entre quince a veinte minutos, siendo la propia actora la que escogió la foto que debía publicarse.

Indicó que la demandante de ninguna manera advirtió que su imagen no podía ser publicada y que al contrario, aquella dio su consentimiento verbal para que las fotografías fueran tomadas y utilizadas en la publicidad de Aguardiente Cristal. La actora conocía que las fotos se destinarían a una campaña de aguardiente, razón por la cual no puede indicar que la misma atentaba contra su dignidad, ni mucho menos señalar que por las fotografías se le causó un perjuicio moral.

En cuanto al pago por la utilización de la imagen, refirió que es a la actora a la que le corresponde demostrar el valor de la utilización de su imagen, y que en todo caso, no se trata de una persona famosa, siendo esta el lema de la campaña en la que se buscó fotografiar personas del común. Resaltó que a todas las personas que aparecieron en la valla no se les hizo ningún pago.

Respecto del llamamiento en garantía, refirió que en el eventualísimo caso que se determinara la existencia de responsabilidad, la misma no debía recaer únicamente en los llamados en garantía, toda vez que estos fueron contratados por la Industria Licorera de Caldas, siendo esta la entidad beneficiada con la campaña publicitaria y sobre la cual recae una culpa *in eligendo e in vigilando*.

2.2.2 Sociedad Harry Van Den Enden Publicidad Ltda.

Se opuso tanto a las pretensiones de la demanda como al llamamiento en garantía (f. 120-122, c. ppal 1), en cuanto a la demanda indicó que la sociedad no participó en la escogencia de modelos, en las tomas de las fotografías de la campaña, ni mucho menos en la elaboración de la valla; el trabajo de la sociedad se limitó a la elaboración de las artes finales de las vallas con fundamento en las fotografías que le fueron suministradas y que luego sometió a la aprobación del

comité de Mercadeo de la Licorera. La sociedad de ninguna manera participó en la contratación del fotógrafo ni de la sociedad de Vallas Panorama S. A.

De igual manera, en cuanto a las pretensiones de la actora señaló que las mismas eran exageradas al no ser una modelo profesional; verbi gratia, para una campaña en la que se contrató a la modelo Claudia Bahamon Jaramillo como imagen del aguardiente sin azúcar de la Industria Licorera de Caldas, se pagó un total de honorarios la suma de \$70.000.000, mientras que la actora solicita un pago muy por encima de lo causado a una modelo profesional y reconocida.

En cuanto al llamamiento, indicó que la responsabilidad era de la Licorera de Caldas y no de los llamados en garantía, toda vez fue dicha empresa la beneficiada con la campaña publicitaria.

2.2.3 Sociedad Vallas Panorama de Manizales S. A.

Notificada la demanda a su representante legal en forma personal (f. 117, c. ppal 1) guardó silencio durante esta etapa procesal.

II. LA SENTENCIA IMPUGNADA

Mediante sentencia del 27 de agosto de 2009 (f. 175-202, c. ppal 2), el Tribunal Administrativo de Caldas – Sala de Decisión accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda y condenó a la Industria Licorera de Caldas de los perjuicios causados a la actora, así:

DECLÁRASE administrativamente responsable a la INDUSTRIA LICORERA DE CALDAS, por los perjuicios causados como consecuencia de la utilización no consentida de la imagen de la ciudadana ANA GISELLE SALAZAR QUESADA.

En consecuencia;

CONDÉNASE a la INDUSTRIA LICORERA DE CALDAS, a pagar por concepto de PERJUICIOS MORALES para la señora ANA GISELLE SALAZAR QUESADA la suma equivalente a veinticinco (25) salarios mínimos legales mensuales liquidos a la fecha de ejecutoria de esta sentencia.

NIÉGANSE las demás pretensiones de la demandante.

ABSUÉLVESE a los llamados en garantía JORGE EDUARDO ARANGO VELEZ, SOCIEDAD VAN DEN ENDEN PUBLICIDAD LIMITADA y VALLAS PANORAMA S. A.

A la sentencia se dará cumplimiento en los términos previstos en los artículos 176 y 177 del C. C. A., cuyas sumas líquidas devengarán intereses comerciales los primeros cuatro (4) meses, y moratorios después de este lapso.

SIN COSTAS

PUBLÍQUESE en la Gaceta “Foro de Astrea” de la Corporación.

EJECUTORIADA esta providencia, **LIQUÍDENSE** los gastos del proceso, **DEVUÉLVANSE** los remanentes si los hubiere, y **ARCHÍVENSE** las diligencias previas las anotaciones del caso en el Programa JUSTICIA SIGLO XX (sic).

Como argumentos de su decisión, el *a quo* manifestó que para que proceda la responsabilidad del Estado debe existir una lesión a un bien jurídico tutelado que la víctima no tiene el deber jurídico de soportar y que dicha lesión debe ser imputable a una autoridad pública.

En el caso bajo estudio, fue el derecho a la imagen el bien afectado, en tanto fue injustamente apropiado, publicado, expuesto, reproducido y comercializado, afectándose el derecho personalísimo.

El *a quo* indicó que el derecho de toda persona al manejo de su propia imagen es inherente a ella misma en cuanto constituye una expresión directa de su individualidad e identidad, siendo la imagen un derecho autónomo que puede ser lesionado en forma independiente o concurrente con los derechos a la intimidad, la honra y el buen nombre de su titular.

En el caso de autos, la parte accionada no demostró que estaba facultada para utilizar la imagen de la actora en una campaña publicitaria, y al utilizarse su imagen sin su consentimiento previo en una valla publicitaria de un producto comercializado por la demandada, se configuró un daño a su moral, en especial se tiene en cuenta que la publicidad era para la ingesta del licor.



Por su parte, en cuanto a la responsabilidad de los llamados en garantía, el tribunal refirió que conforme la Ley 678 de 2001 procede la repetición cuando existió una conducta dolosa o gravemente culposa por parte de los agentes del Estado, incluyéndose aquí a los contratistas y, en el caso de autos, no se demostró la existencia de tal conducta.

En efecto, en autos reposan los contratos suscritos entre la sociedad Vallas Panorama S. A. y la sociedad Harry Van Den Enden Publicidad Ltda. con la Industria Licorera de Caldas, de los que se observa que no existe responsabilidad de las llamadas en garantía. En el caso de la sociedad Vallas Panorama S. A. el contrato únicamente se refería al suministro de 12 vallas publicitarias sin que el contratista tuviera injerencia en el diseño de la campaña publicitaria y menos aún en la elección de los participantes, aspecto que sucede en forma similar con la sociedad Harry Van Den Enden, la que si bien se encargó de prestar asesoría publicitaria con la entidad demandada, en el contrato se dejó muy claro que la contratación de los fotógrafos estaría a cargo de la Licorera de Caldas, quien a través de su coordinadora de publicidad realizaría la interventoría del contrato, siendo una de sus funciones impartir instrucciones y órdenes al contratista sobre asuntos de responsabilidad.

De otro lado, en cuanto al fotógrafo Jorge Eduardo Arango indicó que no hay prueba dentro del plenario que demuestre que aquel actuó con dolo, culpa grave o lata, o que con su actuar coaccionó a la joven para lograr la fotografía. La Industria Licorera de Caldas de ninguna manera probó que la actividad realizada por el fotógrafo no se ajustó a lo pactado en la orden de prestación de servicios 090 del 22 de febrero de 2002, y en consecuencia, no era posible endilgarle responsabilidad al llamado en garantía.

Es a la Industria Licorera de Caldas a la única que le asiste responsabilidad, pues era su obligación acreditar que contaba con autorización expresa de la demandante para hacer uso de su imagen, la que debió solicitar al momento de seleccionar, a través de su departamento de publicidad, al personal que posaría en la campaña “que tienen en común”, pues de lo contrario, como ocurrió,



infringió un bien personalísimo de la actora, lo que le causó un daño que no estaba en el deber jurídico de soportar.

Por lo anterior, y dado que la accionante no tenía un reconocimiento social que en grado superlativo afectara su imagen, condenó a la accionada a pagar a la actora la suma de veinticinco salarios mínimos legales mensuales vigentes por daño moral; en cuanto a los perjuicios materiales, negó los mismos toda vez que no se demostró cuáles fueron los ingresos que debido a la campaña publicitaria la actora dejó de percibir, como tampoco se acreditó el monto obtenido como beneficio económico por la ILC al utilizar su imagen en las vallas publicitarias.

III. SEGUNDA INSTANCIA

1. RECURSOS DE APELACIÓN

Inconformes con la decisión adoptada en primera instancia, la demandante Ana Giselle Salazar Quesada y la Industria Licorera de Caldas, por intermedio de sus apoderados, presentaron (f. 206-207, c. ppal 2) y sustentaron dentro de la oportunidad legal (f. 209-213, f. 221-226 c. ppal 2 y f. 1-5, c. 6) sendos recursos de apelación contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Caldas.

1.1 Parte Actora

Manifestó su inconformidad respecto de la tasación de los perjuicios realizada por el *a quo*, los que solicitó en caso de los perjuicios morales se incrementaran, pues para su determinación, debe tenerse en cuenta la condición de afrodescendiente de la actora, y que por su raza no puede ser discriminada, ya que mientras la rubia Claudia Bahamon recibió de la industria licorera la suma de noventa millones de pesos “*la negrita de Buenaventura no podrá recibir ni la décima parte*”.

En cuanto a los perjuicios materiales, manifestó que fue la parte actora en la oportunidad legal solicitó una inspección judicial que fue negada por el tribunal,

la que buscaba como fin establecer los documentos con los que se establecieran los costos de impacto en el mercado que tuvo la campaña; en lugar de la inspección, el tribunal exhortó a la industria licorera a presentar los documentos de los cuales se puede colegir el valor del contrato de la campaña. *“Fue el tribunal quien omitió su deber de efectuar la liquidación de acuerdo a lo solicitado a la Industria Licorera de Caldas”*. Por tanto, con fundamento en las pruebas obrantes en el plenario, solicitó se accediera al reconocimiento y pago de los perjuicios materiales.

1.2 Industria Licorera de Caldas

Solicitó la revocatoria de la sentencia de primera instancia, toda vez no le asiste ni legitimación en la causa por pasiva, ni responsabilidad en los hechos; lo anterior, toda vez que la empresa celebró contratos con los señores Jorge Eduardo Arango y Harry Van Den Enden Publicidad Limitada en virtud de los cuales, correspondía a estos la publicidad de la empresa, sin que por medio existiera un vínculo laboral y por ende, fueron estos los que actuaron sin intermedio de la empresa y en forma independiente. La Industria Licorera de Caldas no tiene solidaridad, ni vigilancia con estos.

2. ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA²

2.1 Industria Licorera de Caldas

La entidad demandada presentó en forma oportuna sus alegatos, en los que solicitó nuevamente la revocatoria de la sentencia de primera instancia, toda vez que: i) La Industria Licorera de Caldas es una empresa descentralizada, industrial y comercial del Estado del orden departamental que para la época de los hechos de la demanda se regía por la Ley 80 de 1993 y sus decretos reglamentarios, ii) los contratos que celebraba la entidad debían registrarse por la

² El término para presentar los alegatos de conclusión en segunda instancia corrió del 17 de marzo de 2010 al 7 de abril de la misma anualidad (f. 250, c. ppal 1), mientras que la parte actora presentó sus alegatos el 26 de abril de 2010 (f. 252-256, c. ppal 1), esto es, de forma extemporánea, razón por la cual estos no serán tenidos en cuenta.

anterior normatividad, iii) la empresa no celebró ningún contrato con la señora Ana Giselle Salazar Quesada, los contratos fueron celebrados con el fotógrafo Jorge Eduardo Arango y las sociedades Harry Van Den Enden Publicidad Ltda. y Vallas Panorama S. A., quienes no tiene el carácter de servidores públicos, ni de particulares investidos de una función pública, iv) los contratistas eran autónomos para ejecutar los contratos aludidos, y no hay ninguna razón para que sus actuaciones comerciales, o de cualquier índole con la demandante vinculen a la industria licorera en acciones indemnizatorias, v) en todo caso, está demostrado que la actora sí dio su consentimiento con el fotógrafo para la captura de fotos e inclusive le manifestó cuál era la que mejor le parecía y vi) son los llamados en garantía los únicos responsables.

2.2 Ministerio Público

El agente del Ministerio Público rindió concepto en el que solicitó la confirmación de la sentencia de primera instancia.

Señaló que de conformidad con las pruebas legalmente allegadas al plenario, se tiene que la entidad demandada utilizó la imagen (concretamente una fotografía) de Ana Giselle Salazar Quesada para publicitar el Aguardiente Cristal, producto de la ILC, imagen que fue exhibida en vallas ubicadas en las entradas y salidas de las principales ciudades y/o municipios del eje cafetero y del Valle, sin que hubiese mediado la autorización escrita o el previo consentimiento de la actora.

Para el Ministerio Público, existe responsabilidad de la demandada, toda vez que en una campaña publicitaria para promocionar uno de sus productos, se valió de la utilización no consentida de la imagen de la actora, lo que es reprochable, pues correspondía al Departamento de Publicidad de la ILC dar las instrucciones pertinentes para que se contara previamente con la autorización. Al momento de aprobarse la fotografía para la campaña publicitaria, debía verificarse que la misma fuera idónea para su utilización y, al no cumplir con este requisito, la Industria Licorera de Caldas se apropió injustamente de la imagen de la actora.

Respecto a la indemnización por los daños causado a la demandante, el agente del ministerio público indicó que no está demostrado que la actora le fue causado un perjuicio moral, tanto así que en el interrogatorio de parte que le fue realizado, se limitó a indicar que su imagen como profesional de la salud podría verse afectada si le viese promocionando algo que es perjudicial; sin embargo, no explicó de manera concreta si efectivamente se vio afectada en su ámbito laboral, familiar o social.

Por su parte, en cuanto a los perjuicios materiales, refirió que está probado que la imagen de la demandante fue utilizada con fines eminentemente comerciales y sin embargo no recibió contraprestación alguna y, como quiera que Ana Giselle reclamó los dineros dejados de ingresar a su patrimonio por la comercialización de su imagen, los mismos deben serle reconocidos; sin embargo, como no obra en el plenario prueba que indica cuanto debe pagarse a una persona del común por la utilización de su imagen en una campaña publicitaria, ni existe regulación de tarifas, conceptuó que debía condenarse en abstracto.

En cuanto a los llamados en garantía indicó que solo le asistía responsabilidad al fotógrafo Jorge Eduardo Arango, quien si bien en la orden de servicios no se le indicó que debía obtener la autorización de la imagen de las personas retratadas, no lo es menos que se trata de un profesional que tiene por deber el que se cumplan las reglas que rigen la publicidad, entre otras, la de contar con la autorización para la publicación o exhibición de las fotografías que toma. Luego ante la falta de cuidado con el desarrollo de la actividad, existe una actuación culposa que lo hace responsable de asumir el 50% de la condena que se imponga a la demandada.

IV. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. PRESUPUESTOS PROCESALES

1.1. Jurisdicción, competencia y acción procedente

Comoquiera que dentro de la controversia se encuentra una entidad pública demandada, la Industria Licorera de Caldas³, (artículos 82 y 149 del Código Contencioso Administrativo), el conocimiento de la misma corresponde a esta jurisdicción, siendo esta Corporación la competente, toda vez que el numeral 1º del artículo 129 del Código Contencioso Administrativo, le asigna el conocimiento en segunda instancia, entre otros asuntos, de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por parte de los tribunales administrativos⁴.

De otro lado, el artículo 86 del Código Contencioso Administrativo⁵ prescribe que la acción de reparación directa constituye la vía procesal conducente para buscar la responsabilidad extracontractual de la Industria Licorera de Caldas, como consecuencia de los hechos descritos en la demanda.

1.2. La legitimación en la causa

Toda vez que la joven Ana Giselle Salazar Quesada acreditó ser una de las persona cuya imagen aparece en las vallas publicitarias de la Industria Licorera de Caldas (f. 4-5, c. ppal 1), se encuentra legitimada para reclamar los perjuicios que manifiesta se le causaron por la explotación no autorizada de su imagen.

³ Empresa Industrial y Comercial del Estado, del orden departamental, con personería jurídica, autonomía administrativa y financiera y capital independiente. Ordenanza 282 de diciembre de 1998 (f. 45-48, c. ppal 1).

⁴ La demanda fue presentada el 25 de agosto de 2004 (f. 24 vto., c. ppal 1), la sentencia de primera instancia fue notificada por edicto fijado el 4 de septiembre de 2009 y desfijado el 8 de septiembre del mismo año (f. 205, c. ppal 1), mientras que los recursos de apelación fueron presentados el 4 y 8 de septiembre de 2009 (f. 206-207, c. ppal 1).

Al momento de presentarse el recurso de apelación se encontraba en vigencia la Ley 446 de 1998 junto con el artículo 20 del Código de Procedimiento Civil, que preceptuaba entre otros, que para que un proceso de reparación directa tuviera doble instancia y fuera conocido en sede de apelación por el Consejo de Estado, la pretensión mayor al momento de la presentación de la demanda debía superar los 500 salarios mínimos legales mensuales vigentes. En el *sub lite*, la actora tasó la pretensión mayor en la suma de mil salarios mínimos legales por perjuicios morales a su favor.

⁵ *“La persona interesada podrá demandar directamente la reparación del daño cuando la causa sea un hecho, una omisión, una operación administrativa o la ocupación temporal o permanente de inmueble por causa de trabajos públicos o por cualquiera otra causa”.*

Sobre la legitimación en la causa por pasiva, la Industria Licorera de Caldas se encuentra legitimada, toda vez se acusa de haber utilizado la imagen de la demandante sin su autorización para promocionar uno de sus productos, hecho que de acuerdo con la demanda, causó un daño antijurídico a la demandante. La responsabilidad de la accionada será analizada de fondo.

1.3. La caducidad

Comoquiera que las vallas publicitarias en las que apareció la demandante estuvieron expuestas desde el 15 de enero de 2003 (f. 32, c. ppal 1) de conformidad con el memorando No. CAP. 121.1.2288 del 14 de diciembre de 2004 suscrito por la Coordinadora de Publicidad la Industria Licorera de Caldas, y la demanda fue presentada el 25 de agosto de 2004 (f. 24 vto., c. ppal 1), es claro que la acción se encuentra dentro de los dos años contados a partir del día siguiente del acaecimiento del hecho dañoso, en los términos del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo contenido en el Decreto 01 de 1984, normatividad aplicable al proceso.

2. CUESTIONES PRELIMINARES

2.1 En relación con los hechos de que trata el proceso, obran las pruebas aportadas por las partes y las allegadas por orden del *a quo*, sobre las que la Sala hace las siguientes precisiones:

2.2.1 Si bien en el expediente hay algunos documentos en copia simple, estos podrán ser valorados por cuanto estuvieron a disposición de las partes y no fueron tachados de falsos. Al respecto, la Sección Tercera de esta Corporación en reciente fallo de unificación de jurisprudencia⁶, consideró que las copias simples tendrán mérito probatorio, en virtud de los principios constitucionales de buena fe y lealtad procesal, en tanto se hayan surtido las etapas de contradicción y su veracidad no hubiere sido cuestionada a lo largo del proceso. Adujo la Sala, que

⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 28 de agosto de 2013, exp. 25022, M.P. Enrique Gil Botero.

una interpretación contraria implicaría afectar el acceso a la administración de justicia y la prevalencia del derecho sustancial sobre el procesal.

2.2.2 En el plenario reposan un conjunto de 32 fotografías de Ana Giselle Salazar Quesada que fueron reconocidas por ella en interrogatorio de parte realizado el 20 de junio de 2006 (f. 1-4, c. 5) como las que le fueron tomadas por el fotógrafo Arango Vélez en abril del año 2002. Las fotografías serán tenidas en cuenta como prueba en tanto guardan relación con los hechos aquí debatidos.

De igual manera se tendrá en cuenta como prueba las fotografías visibles en folios 3 a 5 y 28 del cuaderno principal que corresponde a una de las vallas publicitarias en las que aparece la joven Ana Giselle Salazar, y en cuyo respaldo, concretamente las fotografías del folio 28 hay una certificación del Notario Tercero de la ciudad de Tuluá del 14 de octubre de 2004 por el cual señala que *“certificó que las fotografías corresponden a la realidad del sitio ubicado en la carretera doble calzada Tuluá – Buga el cual tuve a la vista”*. Las fotografías fueron reconocidas por el testigo Germán Maldonado González⁷ en interrogatorio que le fuera formulado al interior del presente proceso, quien reconoció la valla y su rostro inmersos en las mismas⁸.

⁷ Concretamente el testigo al ser indagado por la fotografía No. 4, que corresponde a la valla publicitaria que fue fotografiada en diferentes oportunidades, refirió que (f. 1-4, c. 2): *PREGUNTADO: Manifieste al Despacho si reconoce su cara en la foto que le estoy poniendo de presente en el folio 4 del cuaderno principal. CONTESTÓ: Si la reconozco, soy el que se encuentra en el centro de la valla publicitaria.*

⁸ Esta Corporación en varias oportunidades ha señalado que la fotografía es un medio probatorio documental, cuya valoración depende de la posibilidad de establecer si la imagen representa los hechos que se le atribuyen, y si se tiene conocimiento de las condiciones de tiempo y lugar en las que fueron capturadas. En el *sublite*, un notario certificó la existencia del lugar y fecha donde la fotografía fue capturada. De igual forma, un testigo reconoció la valla publicitaria y su rostro inmerso en la misma. Sobre el valor probatorio de las fotografías se puede consultar, Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, Expediente No. 30892, Sentencia del 6 de mayo de 2015, M.P Olga Melida Valle de De la Hoz(E).

De igual manera, en sentencia del 26 de junio de 2015, Exp. 35752. M.P Stella Conto Díaz del Castillo, se indicó que la valoración de la fotografía también procede cuando la parte demandada no controvertió el documento probatorio presentado y existe convencimiento de la autenticidad de la prueba. En el caso bajo estudio, la ILC no cuestionó ninguna de las fotografías, por el contrario admitió la existencia de la valla fotografiada.

2.2.3. En el plenario obra el interrogatorio de parte realizado a la Gerente Encargada de la Industria Licorera de Caldas, el que tiene validez probatoria al no ser una entidad de cuya prohibición trata el artículo 199 del Código de Procedimiento Civil.⁹

3. PROBLEMA JURÍDICO

Conforme lo expuesto en la demanda y los recursos de apelación, corresponde a la Sala determinar si existe un daño antijurídico causado a la joven Ana Giselle Salazar Quesada por el uso publicitario de una imagen suya, caso en el cual, corresponde analizar si le asiste responsabilidad a la Industria Licorera de Caldas, beneficiaria de la campaña publicitaria, o si por el contrario, la responsabilidad recae únicamente en los llamados en garantía.

4. HECHOS PROBADOS

De conformidad con las pruebas válidamente aportadas al proceso, se encuentran probados los siguientes hechos relevantes:

4.1 Para el año 2002, la Empresa Industrial y Comercial del Estado a fin de promocionar varios productos de su portafolio suscribió diferentes contratos publicitarios, siendo uno de estos el contrato No. 079 del 20 de junio de 2002 suscrito con la sociedad Harry Van Den Enden Publicidad Ltda. el que tuvo por objeto la prestación de la asesoría publicitaria a la licorera para el manejo publicitario de varias marcas, incluida el Aguardiente Cristal (f. 53-55, c. ppal 1).

4.2 Una de las campañas para publicitar los productos de la empresa fue la denominada ¿Qué tienen en común?, por la cual se fotografiaban diferentes

⁹ La Corte Constitucional en Sentencia C-632 de 2012 al analizar la exequibilidad del mentado artículo, señaló que al momento de expedirse el Código de Procedimiento Civil ya en los artículos 6 y 8 del Decreto 1050 de 1968 se reconocía la existencia de las Industrias y Comerciales del Estado, las que por disposición del legislador y dada su naturaleza jurídica, organización, fines y régimen aplicable, aquel no quiso contemplarlas en el artículo 199 del C.P.C.



personas de la sociedad, para luego responder que tomaban el aguardiente cristal. La anterior campaña, se encontraba inmersa en la orden de publicidad No. 090 del 22 de febrero de 2002 y los contratos publicitarios No. 052 del 10 de mayo de 2002 y No. 079 del 20 de junio de 2002 (f. 53-55, 61-64, 65 c. ppal).

4.3 En la orden de publicidad No. 090 del 22 de febrero de 2002 se solicitó al contratista Jorge Eduardo Arango tomar 23 fotografías para la campaña mencionada (f. 65, c. ppal 1), de las cuales serían seleccionadas unas pocas fotografías que aparecerían en las doce vallas que fueron contratadas con la sociedad Vallas Panorama S. A. (contrato No. 052 del 10 de mayo de 2002, f. 61-64, c. ppal 1), vallas cuyo diseño correspondió a la firma Harry Van Den Enden Publicidad Ltda., de conformidad con el contrato No. 079 del 20 de junio de 2002 (f. 53-55, c. ppal 1).

4.4 En desarrollo de la orden No. 090 del 22 de febrero de 2002, a mediados de abril de 2002, el contratista Jorge Eduardo Arango tomó varias fotografías de la joven Ana Giselle Salazar Quesada, siendo una de dichas capturas la que apareció en las vallas que promocionaban el producto Cristal de la Industria Licorera de Caldas. La valla en cuestión donde apareció el rostro de la demandante, es de fondo blanco y tiene por encabezado el título “¿Qué tienen en común?” seguido de siete fotos de rostros cada uno en cuadro separado (siendo el de la actora el último), y al final de todas las fotografías la leyenda “que toman CRISTAL. El aguardiente de los Colombianos”. Seguido de una imagen en botella del aguardiente Cristal y al final la leyenda Industria Licorera de Caldas.

4.5 En oficio del 22 de abril de 2002, la Coordinadora de Publicidad de la Industria Licorera de Caldas certificó que “Jorge Eduardo Arango cumplió a satisfacción con la toma de 23 fotografías para la campaña “Que tienen en común” el mes de febrero de 2002, según orden de publicidad 090”. (f. 66, c. ppal 1).

4.6 La vallas publicitarias fueron ubicadas desde el 15 de enero de 2003, y por lo menos la ubicada en la calzada Tuluá – Buga aún persistía para el 14 de octubre de 2004 (memorando No. CAP.121.1.2288 del 14 de diciembre de 2004 suscrito por la Coordinadora de Publicidad de la Industria Licorera de Caldas f. 32, c. ppal¹⁰ y certificación del notario tercero de la ciudad de Tuluá f. 28, c. ppal 1).

4.7 Ninguna de las personas que apareció en las vallas publicitarias recibió contraprestación alguna (certificación del 18 de diciembre de 2006 suscrita por el Gerente General de la Industria Licorera de Caldas f. 9, 26, 29, c. 2).

4.8 Antes de presentar la demanda, la actora intentó una conciliación prejudicial con la ILC ante la Procuraduría Judicial ante el Tribunal Contencioso Administrativo de Manizales, que fue declarada fracasada por falta de ánimo conciliatorio (solicitud de conciliación prejudicial, f. 75-77, acta No. 3 del 4 de mayo de 2004 del comité de conciliación prejudicial f. 85-99, c. ppal 1, acta de audiencia de conciliación prejudicial f. 81-84, c. ppal 1).

Teniendo en cuenta lo anterior, debe precisarse que en esta instancia no es discutido por ninguno de los extremos procesales de la Litis que el rostro de la actora apareció en las vallas publicitarias que promocionaban uno de los productos de la ILC; pues lo que es materia de discusión es si aquella dio su consentimiento para la publicidad y en caso de no haberlo dado, si ello generó un daño antijurídico.

¹⁰ En este memorando se consignó que: *“Referente al período de duración de la campaña publicitaria denominada “QUE TIENEN EN COMÚN”, nos permitimos informarle que en días pasados envié a su oficina la copia del contrato nro. 175-2002 que reposaba en mi oficina y en la cual consta que el tiempo de duración de la ubicación de las vallas es la siguiente: La duración del presente contrato será de cuatro (4) meses y quince (15 días) para la instalación de las vallas, contados a partir de la legalización del contrato y cuatro (4) meses más contados a partir de la instalación de las mismas”, tiempo en la cual la Industria Licorera de Caldas autorizó la ubicación de dichas vallas.*

Legalización del contrato: El 30 de diciembre de 2002.

Días para ubicación de las vallas: Hasta el 15 de enero de 2003.

Empieza y termina contrato: El 15 de enero de 2003 hasta el 15 de mayo de 2003.

Para resolver el problema expuesto, la Sala considera necesario en forma previa, hacer un análisis sobre la “imagen” y los derechos que sobre ella se pueden derivan.

5. El derecho al manejo de la propia imagen y su protección en la legislación colombiana

La Corte Constitucional ya en varios pronunciamientos se ha referido a la propia imagen como un derecho o bien personalísimo que se encuentra amparado en el artículo 14 de la Constitución Política, esto es, hace parte del derecho de todo individuo al reconocimiento de su personalidad jurídica y a su identidad.

Ahora bien, por ser algo intrínseco de la persona¹¹, pues no puede ser escindida de esta, la disponibilidad de la propia imagen se traduce en una forma de autodeterminación del sujeto quien puede decidir sobre la apropiación, publicación, exposición, reproducción y comercialización de su imagen.

Sobre la protección que tiene la persona a disponer sobre su propia imagen, ya la Corte Constitucional ha tenido diversos pronunciamientos en los que refiere los alcances este derecho, el que puede ser protegido mediante acción de tutela.

Así, en sentencia T-090 de 1996¹² al referirse al derecho fundamental a la propia imagen, la Corte explicó su naturaleza y la forma en que este se exterioriza. Dijo el Alto Tribunal:

¹¹ Pues hace referencia a las características externas que conforman la fisionomía o impronta de una persona y que la identifican más que cualquier otro signo externo en su concreta individualidad.

¹² En esta sentencia con ponencia del magistrado Eduardo Cifuentes Muñoz, se analizó el caso de una mujer cuyo parto fue filmado con su consentimiento y posteriormente expuesto en un programa de T. V. en donde el parto fue expuesto en un programa diferente al que le fue explicado a la actora y para el cual aquella no había dado su consentimiento.

La accionante había dado su consentimiento para que la filmación de su parto apareciera en un programa de homenaje a la vida, en su lugar, las imágenes fueron expuestas en un programa en donde se presentaron las diferencias de los partos entre personas económicamente solventes y los que no tienen solvencia económica, mostrando el parto de la tutelante como un parto de una persona sumamente solvente. La Corte Constitucional señaló que su derecho a la

La imagen o representación externa del sujeto tiene su asiento necesario en la persona de la cual emana y, por tanto, su injusta apropiación, publicación, exposición, reproducción y comercialización, afecta lo que en estricto rigor constituye un derecho o bien personalísimo. Una consideración elemental de respeto a la persona y a su dignidad, impiden que las características externas que conforman su fisonomía o impronta y que lo identifican más que cualquiera otro signo externo en su concreta individualidad, puedan ser objeto de libre disposición y manipulación por terceros. De ahí que con las limitaciones legítimas deducibles de las exigencias de la sociabilidad humana, la búsqueda del conocimiento y demás intereses públicos superiores, se estime que toda persona tiene derecho a su propia imagen y que, sin su consentimiento, ésta no puede ser injustamente apropiada, publicada, expuesta, reproducida o comercializada por otro.

El derecho a la propia imagen por ser inseparable de la persona y emanación directa de ésta, queda dentro del ámbito de protección que determina el artículo 14 de la C.P. De otro lado, la relativa disponibilidad de la propia imagen, en cuanto se realice, traduce una forma de autodeterminación del sujeto, e igualmente podría entrar en la órbita del derecho al libre desarrollo de la personalidad.

La autonomía del derecho a la propia imagen - puede presentarse una lesión a este derecho, sin que por ello resulte comprometida la intimidad, el buen nombre o la honra de su titular -, permite concluir que en este caso también fue vulnerado. En efecto, las imágenes del parto se presentaron pretermitiendo la finalidad que se tuvo en cuenta por la actora para autorizar su exposición pública. Tanto la apropiación ilícita como la utilización no convenida de las imágenes propias, violan este derecho.

Lo antedicho fue reiterado en sentencia T-408 de 1998¹³, providencia en la cual se señaló que la vulneración al derecho a la propia imagen entendido como derecho autónomo, podía también estar relacionada con la vulneración al derecho a la personalidad, a la honra, al buen nombre¹⁴, y a la intimidad, e

propia imagen le fue vulnerado con la “utilización de las imágenes del parto en programas diferentes al producido por la sociedad demandada, se ha efectuado sin requerir el consentimiento de la actora y, aparentemente, desconociendo igualmente los derechos de aquélla, que tampoco ha impartido su autorización. Las consideraciones anteriores son suficientes para advertir que, en estas condiciones, se presenta una lesión plural de los derechos de la actora. Quienes han publicado sus imágenes y continúan haciéndolo sin su autorización, por ende, violan sus derechos a la intimidad, al libre desarrollo de su personalidad, a su identidad y a su propia imagen”.

¹³ Corte Constitucional, Sentencia T-408 de 1998. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

¹⁴ Respecto de la honra y el buen nombre, la Corte ocupó de estos derechos, entre otras en sentencia T-634 de 2013.

incluso a la dignidad y libertad de la persona¹⁵, cuando con la divulgación no autorizada de imágenes que conciernen al ámbito de la privacidad, se atenten dichos derechos. Se indicó:

El derecho fundamental a la propia imagen se encuentra implícito en las disposiciones del artículo 14 de la Constitución Política, el cual, al reconocer el derecho de todas las personas a la personalidad jurídica se constituye en una "cláusula general de protección de todos los atributos y derechos que emanan directamente de la persona y sin los cuáles ésta no podría jurídicamente estructurarse." Así mismo, la Corte considera que los aspectos dinámicos del derecho a la imagen, es decir, aquellas acciones de la persona dirigidas a disponer del mismo, constituyen una forma de autodeterminación del sujeto y, por ende, se enmarcan dentro del ámbito de protección que depara el derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad (C.P., artículo 16). Adicionalmente, si la imagen reproduce actos o sucesos propios de la intimidad de una persona, su difusión, en contra de su voluntad vulnera, en principio, el derecho fundamental a la intimidad (C.P. art. 15).

Posteriormente, en sentencia T-471 de 1999¹⁶, la Corte Constitucional ahondó aún más en el referido derecho, para explicar que si existió un contrato de explotación comercial de la imagen, una vez este culmine, el dueño de la imagen recupera de forma plena el derecho que tiene sobre esta, mientras que la persona que la difundía queda impedida a seguir haciendo uso de la imagen sin el consentimiento del afectado. Se Indicó:

El concepto de imagen incorpora, a juicio de la Sala, un conjunto de elementos relacionados con las peculiaridades del sujeto, que no pueden quedar expuestos, sin requisito alguno, a la libre explotación, ni en el campo audiovisual ni en el impreso.

Desde luego, la libertad en las relaciones contractuales permite que el titular del objeto protegido -la propia imagen- autorice a otros, inclusive con fines comerciales, para su uso y difusión, pero sin que pueda entenderse que la autorización así conferida implique la renuncia al derecho fundamental del que se trata.

¹⁵ Frente a la dignidad y la libertad de la persona puede consultarse las sentencias T -405 de 2007 y T-471 de 1999.

¹⁶ Corte Constitucional, Sentencia T-471 de 1999. M.P. José Gregorio Hernández Galindo. En esta sentencia se decidió el caso de la imagen de un menor cuya imagen apareció impresa en las etiquetas y propaganda de los productos de una empresa, sin el consentimiento manifiesto de sus representantes legales.

*En otras palabras, cuando en virtud de un contrato se permite la explotación comercial de la imagen o de la voz de una persona, en ejercicio de una actividad profesional (modelos, actores y locutores, por ejemplo), la utilización que se haga de aquéllas es lícita. Pero, una vez concluido el término del contrato y agotado el cometido del mismo, el dueño de la imagen o de la voz recupera su derecho a plenitud y, por tanto, quien la venía difundiendo queda impedido absolutamente para seguir haciéndolo, si no cuenta con el **consentimiento expreso** del afectado o renueva los términos de la convención pactada.*

Ahora bien, cualquier acto que desconozca este principio constituye ostensible abuso, contrario a los derechos fundamentales del titular de la imagen (...).

Las precedentes consideraciones resultan todavía de mayor importancia en el proceso de amparo cuando los derechos afectados en relación con la propia imagen no son los de personas mayores sino los de los niños, quienes, al tenor del artículo 44 de la Carta Política, no pueden ser sometidos a explotación en ningún sentido, menos todavía si ésta tiene efecto o propósito patrimonial. – Negrillas fuera de texto–.

Del anterior proveído se destaca que la Corte Constitucional cuando hace referencia al consentimiento que se debe obtener para la divulgación, publicación y comercialización de la imagen de una persona, refiere que aquel debe ser expreso¹⁷, lo que conlleva a señalar que no es válido referirse a un consentimiento tácito.

Sobre esto último, en sentencia T-634 de 2013¹⁸, el Alto Tribunal¹⁹ además de reiterar la naturaleza del derecho a la propia imagen, refirió que incluso no

¹⁷ En sentencia T-405 de 2007 M.P. Jaime Córdoba Triviño, al estudiarse el caso de una persona cuyas fotos íntimas habían sido guardadas en una carpeta personal de un computador de la empresa para la que laboraba, y que fueron sustraídas y posteriormente divulgadas, refirió que no se habla de consentimiento, por el mero hecho de que las fotografías estuvieran guardadas transitoriamente en un computador institucional.

¹⁸ Con ponencia de la doctora María Victoria Calle Correa, en esta oportunidad se decidió el caso de una mujer que había laborado como masajista para determinada empresa. Durante el contrato laboral, la mujer aceptó de manera general tomarse unas fotos publicitarias que fueron subidas por la empresa en la red social Facebook, sin embargo; cuando terminó el contrato la mujer solicitó a la empresa que sus fotos que también ya estaban circulando en otros medios publicitarios, fueran retiradas pues las mismas comprometían su vida íntima y social. La Corte ordenó a la empresa retirar las fotos de la accionante, pues las mismas presentaban una ambigüedad frente a la labor que la accionante hacía, y si bien aquella dio su consentimiento, no le fue informado la finalidad que las fotos tenían.

bastaba con el simple consentimiento de la utilización de la imagen para liberar de responsabilidad al que la usa, sino que dicho consentimiento debe ser informado, debe comprender tanto el uso de la propia imagen como su finalidad, advirtiendo que la autorización tiene unos alcances y unos límites.

Frente a los aspectos que abarcan el derecho a la imagen, en la sentencia referida se indicó que:

El derecho a la propia imagen, a partir de los diversos aspectos desarrollados por la jurisprudencia constitucional, (i) comprende la necesidad de consentimiento para su utilización, (ii) constituye una garantía para la propia imagen como expresión directa de la individualidad e identidad de las personas, (iii) constituye una garantía de protección de raigambre constitucional para que las características externas que conforman las manifestaciones y expresiones externas de la individualidad corporal no puedan ser objeto de libre e injustificada disposición y manipulación de terceros, (iv) es un derecho autónomo que puede ser lesionado junto con los derechos a la intimidad, a la honra, al buen nombre de su titular, y cuyo ejercicio está estrechamente vinculado a la dignidad y libertad de la persona, (v) implica la garantía del manejo sobre la propia imagen cuyo ejercicio se traduce en una manifestación de la autodeterminación de las personas, y (vi) exige que las autorizaciones otorgadas para el uso de la propia imagen en el marco de la libertad en las relaciones contractuales no sean entendidas como una renuncia al derecho mismo.

Por su parte, tratándose de los alcances de la autorización para el uso de la propia imagen, se explicó:

5.1. La jurisprudencia de esta Corporación ha sostenido que la falta de autorización para el uso de la propia imagen implica en principio una vulneración del derecho a la imagen. Sin embargo, de lo anterior no puede interpretarse que en todos los casos en que haya autorización se excluya la posibilidad de una vulneración al derecho fundamental a la propia imagen (...).

Sobre el derecho a la propia imagen es posible precisar las siguientes delimitaciones del alcance de la autorización del uso de la misma, las cuales se derivan directamente de la Constitución: (i) la autorización para el uso de la propia imagen no puede implicar la renuncia definitiva del mismo; (ii) la autorización comprende el consentimiento informado no solo acerca del uso de la propia imagen sino sobre las finalidades de éste; (iii) la autorización de uso de la propia imagen no puede constituir un límite absoluto al carácter

¹⁹ Ya en sentencia T-260 de 2012, la Corte Constitucional se había ocupado, de este derecho en las redes sociales tales como Facebook.

necesariamente dinámico y cambiante de la autodeterminación de las personas o a su libre desarrollo de la personalidad; y (iv) la autorización de uso de la propia imagen, como expresión de un acuerdo de voluntades y de la libertad contractual en general, encuentra un límite constitucional en el respeto a los derechos fundamentales. Procede la Sala a explicar cada uno de estos aspectos.

5.2.1. La autorización para el uso de la propia imagen no puede implicar la renuncia definitiva del mismo (...) un requisito, necesario para que un tercero haga uso de la propia imagen consiste en la existencia de una autorización. Sin embargo, debe precisarse que la misma de por sí no puede entenderse como de carácter absoluto y con un alcance tal que implique una renuncia indefinida a la disposición de la propia imagen. Hay un contenido conceptual básico de los derechos fundamentales que es irrenunciable frente a terceros. Así, las autorizaciones de publicación de la propia imagen no facultan a terceros para que en desarrollo de la facultad para usar la propia imagen pongan al titular de ésta en una situación en la que se vea avocado a renunciar de manera absoluta a la posibilidad de disponer de ella.

Así por ejemplo, en casos en los que la autorización para el uso de la propia imagen haya sido otorgada en el marco de una relación contractual o como resultado de un acuerdo de voluntades de duración indeterminada, como en el caso bajo estudio, resulta desproporcionado imponer a la persona, cuyas imágenes están siendo usadas, la imposibilidad absoluta de recobrarlas por el solo hecho de que existe una autorización indeterminada de uso (...).

5.2.2. La autorización comprende el consentimiento informado no solo acerca del uso de la propia imagen sino sobre su finalidad. La definición de los usos de la propia imagen y sus finalidades es un ámbito protegido a través de la cláusula general de libertad. Esto implica que cuando una persona autoriza el uso de su propia imagen, el grado de autonomía reconocido en dicho ámbito exige que el individuo determine y consienta no sólo sobre la índole del uso de su imagen sino también sobre las finalidades de éste uso. Por ende resultarán contrarios a los derechos fundamentales de la persona aquellos usos de su imagen así como las finalidades de este uso que no correspondan a los que fueron objeto de autorización. (...).

5.2.3. La autorización de uso de la propia imagen no puede constituir un límite absoluto al carácter necesariamente dinámico y cambiante de la autodeterminación de las personas y su libre desarrollo de la personalidad. La disponibilidad de la propia imagen exige la posibilidad de decidir sobre su cambio o modificación, lo cual constituye a su vez un presupuesto ineludible del ejercicio del libre desarrollo de la personalidad. Así, la protección constitucional a la propia imagen, es importante resaltarlo, no puede entenderse como un amparo a la identidad del sujeto concebida en términos estáticos. Una interpretación de este tipo no solo desconocería el carácter necesariamente dinámico que implica la posibilidad de disponer de la propia imagen sino que impondría a las personas una carga imposible, a saber no cambiar. (...)

5.2.4. La autorización de uso de la propia imagen, como expresión de un acuerdo de voluntades y de la libertad contractual en general, encuentra un límite constitucional en el respeto a los derechos fundamentales. La Constitución reconoce la libertad contractual y la autonomía privada en materia de contratación. De conformidad con lo anterior, el artículo 333 C.P. indica que la actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Las anteriores cláusulas constitucionales deben ser interpretadas sistemáticamente con el conjunto de la Constitución, lo cual permite evidenciar que la iniciativa privada está sujeta igualmente a la protección de los derechos fundamentales.

Así las cosas, para que la imagen de una persona pueda ser publicada²⁰ y comercializada con fines de ánimo de lucro, debe contarse con su consentimiento informado y expreso.

En materia de protección al derecho a la propia imagen, en el marco internacional son varias las legislaciones que se han ocupado en extenso del tema²¹; verbi gratia, en Chile el derecho a la imagen se encuentra inmerso en el derecho a la propiedad y sobre el cual la persona tiene control. La Corte Suprema de Justicia en Chile ha referido que el derecho a la imagen abarca dos dimensiones, y que cuando se utiliza la imagen del titular sin su consentimiento se afecta el derecho a la propiedad de aquel. En sentencia 2506 de 2009²² indicó:

²⁰ Es diferente cuando se trata de publicaciones de imágenes de un personaje público o tomadas en un espacio público, caso en el cual la autorización se considera a circunstancias distintas respecto de las condiciones y contexto. Al respecto, se puede consultar la sentencia T-1233 de 2001 en donde se analizó el caso de una persona que fue fotografiada cuando transitaba por una vía pública y su imagen fue exhibida sin su consentimiento. En tal oportunidad la Corte señaló que no hubo vulneración al derecho a la propia imagen.

²¹ En varias legislaciones del mundo se protege el derecho a la propia imagen, indicando en forma expresa que el uso de la imagen sin autorización de la titular da lugar a una indemnización, muestra de ellos se encuentra en Argentina. El artículo 31 de la Ley 11.723 indica que el retrato fotográfico de una persona no puede ser puesto en el comercio sin el consentimiento expreso de la persona misma, y si esa muerte, tiene que obtenerse el consentimiento de su cónyuge e hijos o descendientes directo. Por su parte, el artículo 1071 bis del Código Civil argentino refiere que el que arbitrariamente publique retratos de una persona será obligado a pagar una indemnización que fijará equitativamente el juez, de acuerdo a las circunstancias del caso.

²² Corte Suprema de Justicia de Chile. Tercera Sala. Sentencia 2506-2009. 9 de junio de 2009.

Del derecho a la propia imagen se ha dicho que constituye uno de los atributos más característicos y propios de la persona que, por configurar su exterioridad física visible, obra como signo de identidad natural de la misma; y en cuya virtud "cada persona dispone de la facultad exclusiva de determinar cuándo, cómo, por quién y en qué forma se capten, reproduzcan o publiquen sus rasgos fisonómicos, controlando el uso de dicha imagen por terceros, impidiendo así su captación, reproducción y publicación por cualquier procedimiento mecánico o tecnológico, sin su consentimiento expreso" (Humberto Nogueira Alcalá. "El derecho a la propia imagen como derecho implícito. Fundamentación y caracterización". Revista Jurídica "Ius Et Praxis". Año 13 N° 2 página 261);

Del enunciado precedente es dable distinguir en el derecho a la propia imagen dos aspectos o dimensiones que interesan a la cuestión planteada en el recurso de autos: uno, de orden positivo, en virtud del cual, su titular se encuentra facultado para obtener, reproducir y publicar su propia imagen, adscribiéndola a cualquier objeto lícito; y otro, de carácter negativo, expresado en su derecho a impedir que terceros, sin su debida autorización, capten, reproduzcan o difundan esa imagen, cualquiera sea la finalidad tenida en consideración para ello;

Ambas facetas del derecho a la propia imagen, a que se viene de hacer alusión, resultan patentes en el caso que aquí se trata, pues, de una parte, consta que el actor [xx] hizo uso de la facultad de captar la imagen de su persona plasmándola en una fotografía y luego la reprodujo, publicándola en su sitio de internet; y, por la otra, ante el hecho de haberse utilizado sin su consentimiento esa misma fotografía por la empresa recurrida en la comercialización de productos electrónicos, se opuso a dicha difusión no autorizada, requiriendo la protección de su derecho en sede jurisdiccional (...)

La empresa (...) incurrió en un comportamiento ilegal, al reproducir, sin autorización del actor [xx], una imagen fotográfica de éste, como elemento de propaganda en la comercialización de audífonos.

Por otra parte, semejante conducta antijurídica vulneró el derecho de propiedad, garantizado por la precitada disposición constitucional, por cuanto en ella se privó a su titular de la posibilidad de obtener un legítimo aprovechamiento derivado del empleo de su propia imagen con fines de publicidad o de cualquier otro uso lícito que pudiese reportarle algún beneficio económico (...).

Por su parte, el legislador colombiano no es ajeno al campo de la protección del derecho a la imagen, y en la Ley 23 de 1982 sobre derechos de autor, indicó que

En este proveído se estudió el caso de una persona en el cual aparecía publicitando unos audífonos, sin el consentimiento de aquel.

La providencia puede ser consultada en el sitio web de la entidad <http://basejurisprudencial.poderjudicial.cl/>

cuando se retratara a una persona o se hiciera uso de su busto, aquella tendría derecho a impedir que tal retrato se expusiera en el comercio, así lo refieren los artículos 36, 87, 88 de la mencionada ley que indican:

Artículo 36º.- La publicación del retrato es libre cuando se relaciona con fines científicos, didácticos o culturales en general o con hechos o acontecimientos de interés público o que se hubieren desarrollado en público.

Artículo 87º.- Toda persona tiene derecho a impedir, con las limitaciones que se establecen en el artículo 36 de la presente Ley, que su busto o retrato se exhiba o exponga en el comercio sin su consentimiento expreso, o habiendo fallecido ella, de las personas mencionadas en el artículo 83²³ de esta Ley. La persona que haya dado su consentimiento podrá revocarlo con la correspondiente indemnización de perjuicios.

Artículo 88º.- Cuando sean varias las personas cuyo consentimiento sea necesario para poner en el comercio o exhibir el busto o retrato de un individuo y haya desacuerdo entre ellas, resolverá la autoridad competente.

Revisando las anteriores normas junto con la jurisprudencia constitucional, es evidente que en nuestra legislación las personas tienen la facultad para disponer de su propia imagen y restringir a los demás su utilización cuando no hay la debida autorización expresa. Cuando la imagen de una persona ha sido capturada sin su consentimiento, quien capturó la foto no puede indicar que sobre la imagen tiene derechos de autor, pues realmente existe un uso y divulgación no autorizada de la imagen que da lugar a que esta sea indemnizada.

Ahora bien, teniendo en cuenta lo expresado, la Sala observa que en el sub lite, no hubo consentimiento de la actora para que su imagen fuera publicada

²³ *Artículo 83º.- El director de una obra colectiva es el titular de derechos de autor sobre ella cuando se cumplen las condiciones del artículo 19 de esta Ley.*

Artículo 19º.- El Director de una compilación es titular de los derechos de autor sobre ella y no tiene, respecto de sus colaboradores, sino las obligaciones que haya contraído para con éstos en el respectivo contrato en el cual puede estipularse libremente las condiciones // El colaborador que no se haya reservado, por estipulación expresa, algún derecho de autor, sólo podrá reclamar el precio convenido, y el director de la compilación a que da su nombre será considerado como autor ante la Ley. No obstante, el colaborador continuará con el goce pleno de su derecho moral.



promocionando un producto de la ILC., tal y como pasa a explicarse a continuación.

6. Caso concreto

En el recurso de apelación, la Industria Licorera de Caldas refirió que la actora dio su consentimiento para que su imagen apareciera en la publicidad de uno de los productos de la entidad.

Sobre el particular, como fue expuesto anteriormente, para que se diga que la actora realmente dio su consentimiento, este no solo debió ser expreso sino informado, esto es, Ana Giselle Salazar Quesada debía saber el uso y el destino que a su fotografía se le daría.

En la demanda la actora fue enfática en señalar que si bien aceptó posar para un fotógrafo que se identificó como perteneciente a la ILC, no “firmó” ningún consentimiento para que su fotografía fuera utilizada, hecho este que reiteró en el interrogatorio de parte que le fuera practicado al interior del presente proceso y en el que expresó (f. 1-4, c. 5):

PREGUNTADO: Sírvase informar las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que conoció al señor Jorge Eduardo Arango Vélez. CONTESTÓ: En abril de 2002 más o menos, a las cuatro y quince, salía de mi casa en el Barrio la Estrella en compañía de un amigo que iba hacia la misma parte donde yo iba, la Universidad, llegando al garaje de la Universidad me abordó el señor Jorge, identificandose como fotógrafo de la Industria Licorera de Caldas, me mostró una tarjeta, tenía la foto de él y el nombre, no recuerdo muy bien; luego dijo que me vio pasar y me dijo que era muy simpática y me preguntó si me podía tomar unas fotos para participar en una campaña publicitaria de la Industria antes mencionada, a lo que le contesté que iba de afán porque a las cuatro y media ingresaba a una clase, pero él insistió para que le colaborara dejándome tomar las fotos y yo estaba indecisa, yo seguía caminando con él y mi amigo, Felipe Guzmán, y me encontré con una compañera Maber Orobio que me informó que la profesora tardaba media hora más en llegar, en ese momento accedí a tomarme la foto en compañía de mi amigo y le dije que tenía que ser en la Universidad, porque no me podía retrasar lejos, por lo de la clase, escogimos el lugar que es donde hay una especie de pozo o caseta y ahí nos tomamos las fotos; al finalizar me mostró las fotos, tenía una cámara digital, me preguntó

cuál me gustaba y le contesté pero me sugirió otra, porque ese perfil a él le parecía mejor el rostro; también agregó que no era nada seguro que era una especie de tomar fotos y si salía elegida para la campaña me estarían llamando, entonces el copió mi teléfono fijo y celular. PREGUNTADO: Que contraprestación si la hubo, le ofreció el señor Arango Vélez por participar en la campaña publicitaria en mención CONTESTÓ: No fue algo fijo, no dimos por hecho que yo iba a salir en la valla, solamente era una preselección y si me seleccionaban entrarían a llamarme, pero nunca ocurrió eso. No me ofreció nada. PREGUNTADO: De estas 32 fotos indíquenos cual seleccionó usted para que hiciera parte de la valla publicitaria²⁴? Se le ponen de presente las 32 fotografías CONTESTÓ: No recuerdo exactamente, es que en la cámara digital no es igual a la impresión. PREGUNTADO: Usted asiste a reuniones sociales. CONTESTÓ: Sí, reuniones familiares, de la empresa, de amistades. PREGUNTADO: Usted ingiere algún tipo de licor CONTESTÓ: No, solo cuando hay eventos o celebraciones especiales como el día del padre, madre o navidad pero en poca cantidad. PREGUNTADO: Después que su rostro formara parte de la campaña publicitaria de la Industria Licorera de Caldas, a recibido alguna propuesta de carácter laboral para que sirva de imagen a otras campañas publicitarias CONTESTÓ: No, nunca me han hecho ninguna propuesta PREGUNTADO: Después de que su rostro formara parte de la campaña publicitaria de la Industria Licorera de Caldas, ha dejado de obtener algún empleo por esa circunstancia CONTESTÓ: No. PREGUNTADO: De qué manera podrá haberle afectado o beneficiado la aparición de su rostro en la mencionada campaña publicitaria CONTESTO: Beneficiado de ninguna manera, y afectado en cuanto me desempeño como personal de salud y no es bien visto que aparezca en valla publicitaria promocionando algo que es perjudicial para la salud. PREGUNTADO: En qué momento usted se hizo esta última reflexión, antes o después de aparecer en la multicitada campaña publicitaria CONTESTÓ. Antes de aparecer en la campaña PREGUNTADO: Conocedora de que el alcohol es perjudicial para la salud, porque aceptó que le tomaran unas fotos que probablemente serían utilizadas para una campaña de una empresa productora de licores, como su nombre lo indica COTNESTÓ: Yo permití que me tomaran las fotos, para colaborarle al señor por la insistencia de él, más no autoricé ni firme algún papel donde aceptara su publicación. No imaginé que fuera a salir en esa valla, porque esas empresas son acostumbradas a contratar personas públicas, no pensé que saliera en esa valla publicitaria.

Del interrogatorio de parte realizado a la actora, se tiene que aquella afirma que:

i) aceptó posar para el fotógrafo, ii) que se le indicó que era una preselección para una publicidad, sin que se le especificara en forma concreta cual era, iii) que se le dijo que una vez saliera preseleccionada, sería informada, y iv) que

²⁴ Las fotografías que se hacen referencia se encuentran en un sobre de manila en el folio 107 del cuaderno principal, en todas las cuales aparece la imagen, concretamente el rostro de la demandante desde diferentes ángulos.



nunca firmó ni dio su consentimiento para que su fotografía apareciera en una publicidad determinada.

La entidad demandada refirió que por el solo hecho de posar para el fotógrafo, la aquí actora implícitamente dio su consentimiento para la foto, pues el consentimiento por escrito nunca fue dado.

Al respecto, se tiene que el consentimiento que aduce la accionada se produjo, no tiene cabida en este caso al no ser informado, en efecto, la demandante aunque aceptó posar para el fotógrafo, manifestó desconocer el fin que se le darían a sus fotos, pues señaló que aceptó tomárselas bajo el supuesto de que era una preselección, sin que le fuera informado que una de las fotografías sería utilizada en una campaña publicitaria, concretamente en las vallas de las cuales, por la publicidad utilizada se tiene que la actora es consumidora del aguardiente cristal, esto es, que utiliza uno de los productos que produce la Industria Licorera de Caldas.

Luego entonces, se avista que al no mediar el consentimiento expreso e informado de la persona titular de la imagen utilizada, y no tener la misma fines científicos, didácticos, culturales, o provenir de hechos o acontecimientos públicos o de interés público²⁵, se transgredió su derecho a la propia imagen, aun cuando la foto en cuestión no afectó la dignidad, ni el derecho a la honra ni el buen nombre de la demandante en la magnitud de otros eventos en las que las imágenes de las personas (entendiendo no solo sus registros en fotos sino también filmaciones de sus rostros) han sido utilizadas no para promocionar un producto, sino que son presentadas como verdaderos “delincuentes” cuando ello no es verdad²⁶.

²⁵ Recuérdese que el artículo 36 de la Ley 23 de 1982 refiere que la publicación de un retrato para fines didácticos, culturales, científicos o de hechos que se hubieren desarrollado en actos públicos o de interés público, son libres.

²⁶ El Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, en sentencia del 13 de febrero de 2015 Exp. No. 32422, condenó al hoy extinto DAS a pagar a una persona la suma de cincuenta salarios mínimos legales mensuales vigentes por la vulneración de sus derechos constitucionalmente protegidos, y veinte por perjuicios morales, toda vez su imagen fue exhibida públicamente a la sociedad a través de los medios de comunicación, como si fuera el

Así pues, establecido el daño antijurídico, esto es, la transgresión del derecho a la propia imagen sin el consentimiento de la demandante, corresponde a la Sala determinar si le asiste responsabilidad a la accionada por los hechos, o como si lo aduce en el recurso de apelación, esta recae en los llamados en garantía.

Frente a la Industria Licorera de Caldas, para la Sala no hay duda que le asiste responsabilidad en los hechos, máxime si se considera que es la entidad dueña de la publicidad en donde se utilizó la imagen de la Ana Giselle Salazar, y que correspondía al comité de mercadeo de la licorera el estudio y recomendación de las propuestas de publicidad que se pretendieran realizar por la licorera.

En efecto, en acta No. 3 del 4 de mayo de 2004 (f. 85-99, c. ppal 1) por la cual se reunió el comité de conciliación de la Industria Licorera de Caldas, se dejó consignado que *“la Coordinadora de Publicidad manifiesta que la Agencia de Publicidad trae a la Industria Licorera de Caldas los modelos propuestas y el Comité de Mercadeo las selecciona”*.

Lo consignado en el acta referida, también se encuentra señalado en las consideraciones del contrato publicitario No. 052 del 10 de mayo de 2002 y en el que se dijo que el comité de mercadeo la ILC era el encargado de estudiar y recomendar todas y cada una de las propuestas en el campo de mercadeo y publicidad que la empresa pretendiera realizar, así:

*Consideraciones: a) Mediante acuerdo 18 del 26 de mayo de 1999, expedido por el Consejo Directivo de LA LICORERA, se creó y reglamentó el **Comité de Mercadeo de LA LICORERA** y se establecieron sus funciones. Este acto administrativo fue modificado por los acuerdos 6 del 14 de junio y 13 del 31 de octubre de 2001, b) Conforme el citado acuerdo **este comité será el encargado de estudiar y recomendar a la Gerencia todas y cada una de las propuestas que en el campo de mercadeo en general y publicidad en particular pretenda realizar la Empresa**, c) El auxiliar Administrativo de la Subgerencia Comercial de LA LICORERA presentó el día 18 de diciembre de 2001 los estudios previos para el suministro de 12 vallas publicitarias de 12 * 4*

mts y el arrendamiento de 12 espacios para su ubicación, (...) – Negrillas fuera de texto-

Luego entonces, la decisión de indicar como debe ser la publicidad y el contenido de la misma, corresponde al Comité de Mercadeo de la ILC quien recomienda las propuestas de publicidad.

Ahora bien, en el caso de la campaña “Qué tienen en común”, mediante memorando del 26 de septiembre de 2006 (f. 7-9, c. 4), la Coordinadora de Publicidad de la Industria Licorera de Caldas refirió que esta se limitó a la publicación de los “modelos” en doce vallas publicitarias, y que no se hicieron estudios de mercadeo. Se indicó:

2. Reporte del estudio socio económico y del mercado para la campaña antes mencionada (Que tienen en común)

Para esta campaña no se hizo ningún estudio de mercadeo y además solo se trataba de una campaña donde en la fase inicial solo estaría apoyada por vallas publicitarias.

Vale la pena aclarar que no se hicieron otro tipo de piezas con los modelos utilizados en las vallas (...) lo que pretendíamos con esta comunicación era utilizar gente común y corriente para dar a entender que Cristal lo toma todo el tipo de gente sin importar su profesión, su clase social, su religión, su raza, su ubicación geográfica, teniendo como base estos puntos se propuso que fuera gente común que pudiera encontrarse en la calle, por esto no era necesario realizar un casting preliminar.

3. Documentos que dan cuenta de la eficacia y valoración de la campaña publicitaria referida con respecto al mercado.

Para esta campaña no hubo indicadores específicos de la eficacia de la campaña ya que era más puntual que estratégica, lo que se pretendía era tener una mayor cobertura de distribución (...).

Esta campaña (Vallas que tienen en común) en su fase inicial no se realizó en todos los medios como habitualmente se hace en las campañas, solo contó esta publicidad en su momento con vallas publicitarias.

4. Sitios o lugares donde fue explotada la campaña.

Se contrató la toma de fotografías publicitarias a través de la orden de publicidad donde está incluida la foto de la señorita Ana Giselle Salazar Quesada y cuya orden es la 090-02 y realizada con el señor Jorge Eduardo



Arango, cuyo objeto fue la toma de 23 para la campaña que tienen en común (...).

Así las cosas, le asiste responsabilidad a la ILC por la apropiación y explotación económica sin la autorización debida, de la imagen de Ana Giselle Salazar Quesada.

6.1 Llamados en garantía

El llamamiento en garantía procede cuando entre el llamado y llamante existe una relación de orden legal o contractual, de la cual surge la obligación a cargo de aquél, de resarcir un perjuicio o de efectuar un pago que pudiera ser impuesto en la sentencia que decida el respectivo proceso²⁷.

Las relaciones que surgen entre el llamante con el llamado pueden ser diversas y por ello, no necesariamente siempre que el llamante resulte condenado, el llamado en garantía está obligado a indemnizar o reembolsar la suma que el condenado debe pagar como consecuencia de la condena impuesta, pues puede surgir que no existe una obligación de por medio.

Ahora bien, en el sublite, para que procediera el llamamiento en garantía debía cumplirse los requisitos formales y sustanciales de los artículos 54 a 57 del Código de Procedimiento Civil, en especial, el que se allegara una prueba sumaria demostrativa de la existencia del vínculo jurídico sustancial entre la ILC y los llamados en garantía.

Sobre el particular, la Sala encuentra que todos los llamados en garantía son contratistas de la ILC, a quien les cabe el llamamiento, puesto que existe un vínculo jurídico entre estos y la entidad; lo anterior, toda vez en el plenario reposan los contratos²⁸ que la ILC celebró con cada uno de los llamados, esto

²⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 3 de febrero de 2010, Exp. No. 17500, M.P. Myriam Guerrero de Escobar

²⁸ Visibles en folios 61-64, c. ppal 1, f. 53-57, c. ppal 1, 10-12, 34-36, c. 2; 58-60, c. ppal 1.



es, las sociedades Vallas Panorama S. A y Harry Van Den Enden Publicidad Ltda, así como el señor Jorge Eduardo Arango.

Así las cosas, probado el vínculo contractual entre la ILC y los llamados en garantía, la Sala encuentra que respecto de las sociedades Vallas Panorama S. A y Harry Van Den Enden Publicidad Ltda, no les asiste responsabilidad en los hechos.

En efecto, de conformidad con el contrato publicitario No. 052 del 10 de mayo de 2002 (f. 61-64, c. ppal 1) suscrito entre la ILC y la sociedad Vallas Panorama S. A., a la sociedad únicamente le correspondía por obligación el suministro y arrendamiento de 12 vallas publicitarias, sin que tuviera alguna inferencia en el contenido e imagen que sería expuesto en las vallas en cuestión. Dicen las cláusulas del contrato en cuestión:

*LAS CLÁUSULAS QUE REGISTRARÁN EL CONTRATO SERÁN LAS SIGUIENTES. PRIMERA. OBJETO: Es el suministro de 12 vallas publicitarias de 12 * 4 mts y el arrendamiento de 12 espacios para su ubicación. SEGUNDA: CONTRAPRESTACIÓN A CARGO DEL CONTRATISTA: EL CONTRATISTA efectuará como contraprestación los siguientes: a) Suministro de 12 vallas en lámina galvanizada, calibre 24, estructura en ángulo de 11-1/2x1/8, decorada en material sintético de primera calidad, especial para intemperie. B) Producción 100% foto en foto afiche, full color de 48 mts por valla, c) Arrendamiento de espacios para las 12 vallas de 12*4 mts, durante 6 meses, ubicadas en entradas y salidas de las ciudades principales y/o municipio del eje cafetero y Valle, lugares previamente acordados con el distribuidor de cada zona, d) Mantenimiento periódico de las vallas) e) retoques de pintura y afiche cuando se requiera, f) Arreglo de daños estructurales y reposición de la valla en caso de pérdida total o robo g) cancelación del canon de arrendamiento de los sitios de instalación , h) cancelación de los impuestos Ley 140 de 1994 del municipio que los facture TERCERA. VALOR Y FORMA DE PAGO: LA LICORERA pagará a EL CONTRATISTA por el presente contrato, la suma de NOVENTA Y UN MILLONES SETECIENTOS CUATRO MIL NOVECIENTOS SESENTA PESOS (\$91.704.960) incluido IVA (...) CUARTA DURACIÓN: La duración del presente contrato será de siete (7) meses contados a partir de la legalización del mismo, así, treinta (30) días para la instalación de las vallas, contados a partir de la legalización del contrato y 180 días más contados a partir de la instalación de las mismas. QUINTA. VIGILANCIA E INTERVENTORÍA: Ejercerán la Interventoría del presente contrato, el subgerente general comercial y la coordinadora de publicidad de la licorera (...). – Negrillas fuera de texto-*

De otro lado, en cuanto a la sociedad Harry Van Den Enden Publicidad Ltda, una revisión al contrato No. 079 del 20 de junio de 2002²⁹, da cuenta que aquella solo se encargaba de diseñar la publicidad de la ILC y asesorar a la empresa en materia de publicidad, pero en ninguna de las cláusulas del contrato se indicó que la obtención de las fotos correspondía a la sociedad, y por el contrario, se estipulo que los fotógrafos serían contratados directamente por la Industria Licorera de Caldas³⁰. Se indicó (f. 53-55, c. ppal 1):

*Las cláusulas que regirán el presente contrato serán las siguientes: PRIMERA: OBJETO: EL CONTRATISTA cumplirá con el siguiente objeto: Prestar la Asesoría publicitaria a la licorera la cual incluye el manejo publicitario de las marcas AGUARDIENTE CRISTAL, AGUARDIENTE CRISTAL SIN AZÚCAR, RON JOVEN DE CALDAS, RON VIEJO DE CALDAS, APERITIVO CRISTAL y el manejo de la imagen institucional; además incluye la producción de la totalidad de las piezas publicitarias, la asesoría de la creación de proveedores, el control de calidad en la impresión o elaboración de trabajos, la creación de guiones o textos para los diferentes medios audiovisuales, asesoría en todas las áreas de LA LICORERA, que requieran de servicios publicitarios, asesoría, control y ordenación de las pautas en los medios de comunicación masivos, objeto de convocatorias hechas por LA LICORERA. PARÁGRAFO PRIMERO: **La contratación de fotógrafos**, productores cinematográficos, jingleros, modelos, valleros, impresores etc, EL CONTRATISTA prestará asesoría en la consecución y calidad pero **LA LICORERA contratará directamente a estos proveedores**. (...) SEGUNDA. VALOR Y FOMRA DE PAGO: LA LICORERA pagará a EL CONTRATISTA por el presente contrato, la suma de TREINTA Y OCHO MILLONES DE PESOS (\$38.000.000), incluido el IVA. Se pagará a EL CONTRATISTA doce (12) cuotas mensuales iguales vencidas, previa presentación de factura o cuenta de cobro por EL CONTRATISTA y certificación del cumplimiento de las obligaciones por parte del Interventor. (...) ÚNDECIMA. VINCULACIÓN LABORAL: LA LICORERA no tendrá ninguna vinculación laboral con EL CONTRATISTA, ni con el personal que este contrate para la ejecución del objeto de este contrato. (...) DÉCIMA NOVENA. INTERVENTORÍA: Ejercerá la interventoría de este contrato la COORDINADORA DE PUBLICIDAD, quien cumplirá las siguientes funciones: a) Vigilar y constatar la ejecución y cumplimiento de las obligaciones a cargo de EL CONTRATISTA, b) Certificar ante LA LICORERA que lo realizado por el contratista se ajusta a las obligaciones pactadas en el contrato, previamente el pago, c) Impartir instrucciones y órdenes al contratista sobre asuntos de su*

²⁹ Dicho contrato fue adicionado el 8 de mayo de 2003 (f. 56-67, c. ppal 1) en cuanto al tiempo y valor.

³⁰ Frente a los contratos vale indicar que en el plenario obra el interrogatorio de parte realizado a la gerente encargada de ILC, quien manifestó no conocer muy bien los procedimientos para los contratos, toda vez no era la gerente para la época de los hechos (f. 3-5, c. 4).

responsabilidad, d) Exigirle a EL CONTRATISTA las informaciones que estime pertinentes para el buen cumplimiento de sus obligaciones e) Formular a El CONTRATISTA las observaciones que estime pertinentes para mejorar resultados en la ejecución del contrato, f) Gestionar ante LA LICORERA las autorizaciones que sean requeridas para la cabal ejecución del contrato, g) Informar por escrito a la Subgerencia General Comercial, con copia a la Oficina Asesora Jurídica, cualquier anomalía en que incurra EL CONTRATISTA en la ejecución del contrato, h) Verificar que el contratista presente a LA LICORERA las facturas de cobro respectivas dentro del término pactado en el contrato y supervisar que LA LICORERA le de trámite a la misma y realice el pago dentro del término fijado en la cláusula respectiva, para efectos de que la entidad no incurra en pagos de sanciones moratorias. – Negrillas fuera de texto-.

Luego entonces, ninguna de las sociedades llamadas en garantía tiene responsabilidad en los de los hechos aquí demandados.

Por su parte, en cuanto a la responsabilidad que le asiste a Jorge Eduardo Arango, quien capturó las fotos de la demandante, la Sala analizará su conducta de conformidad con el artículo 63 del Código Civil, y así definir si su conducta fue grave o dolosa³¹ y con ello, si le asiste responsabilidad, tal como lo exige el artículo 77 de C.C.A.³².

³¹ Art. 63, Código Civil: “La ley distingue tres especies de culpa o descuido.

“Culpa grave, negligencia grave, culpa lata, es la que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aun las personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios. Esta culpa en materias civiles equivale al dolo.

“Culpa leve, descuido leve, descuido ligero, es la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios. Culpa o descuido, sin otra calificación, significa culpa o descuido leve. Esta especie de culpa se opone a la diligencia o cuidado ordinario o mediano.

“El que debe administrar un negocio como un buen padre de familia, es responsable de esta especie de culpa.

“Culpa o descuido levísimo es la falta de aquella esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes. Esta especie de culpa se opone a la suma diligencia o cuidado.

“El dolo consiste en la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro.”

³² Esta norma refiere que “sin perjuicio de la responsabilidad que corresponda a la Nación y a las entidades territoriales o descentralizadas, o a las privadas que cumplan funciones públicas, los funcionarios serán responsables de los daños que causen por culpa grave o dolo en el ejercicio de sus funciones”

Sobre este artículo, cabe indicar que también es extensible a las empresas industriales y comerciales del estado.

Por su parte, frente al hecho de que el llamamiento procede contra los “contratistas” del Estado y no únicamente a los funcionarios, puede consultarse la sentencia Consejo de Estado, Sección

Al respecto, la Sala encuentra que el llamado en garantía es un fotógrafo profesional, pues así es referido por el testigo German Maldonado González, quien también participó en la campaña dando su consentimiento y aparece en la valla publicitaria junto con la imagen de la aquí actora, y quien señaló respecto del llamado que (f. 1-4, c. 2):

Yo trabajaba en ese entonces en Departamento de mercadeo de Casa Lucker, estando en mi oficina me llamó el fotógrafo Jorge Eduardo Arango y me invitó porque a su vez tomaba fotos para casa Lucker y me invitó para hacer parte de unas fotos de la Industria Licorera, como no soy modelo solamente le dije que contara conmigo, así quedó, las fotos fueron hechas en mi oficina, no tenía que cambiarme ni posar para las fotos. Recuerdo que me dijo que era para la licorera, no recuerdo el producto, asumí que era para aguardiente o ron, se organizó para x día la foto y tenía que estar de corbata asumiendo que era un ejecutivo y así fue y luego de las fotos alguien me dijo que me vieron en una valla a la salida de Manizales y hasta hoy no volvía a saber mayor cosa ni de la valla ni de la publicidad; tampoco recuerdo si fueron más fotos, sé que fueron varias para proponer una definitiva y nada más (...) PREGUNTADO: No volvió a tener contacto con el fotógrafo CONTESTÓ: Sí, como él es fotógrafo de alimentos, en Súper de Alimentos tomó unas fotos (...) PREGUNTADO: Ya que usted ha mencionado que ha trabajado en mercadeo en varias empresas de Manizales, puede manifestar cómo se hacen las relaciones publicitarias de los productos en términos generales CONTESTÓ: Una empresa que tiene un producto tangible o intangible cuando quiere hacerle mercadeo a sus productos contrata a una agencia de publicidad para hacer mercadeo ya sea de impresión, fotografía, filmación, previamente se establecen las reglas ya sea de lugares, fotografías, compra o impresiones, por ejemplo: Si se quiere tomar la foto de una cancha de fútbol de un colegio y se tiene conocimiento del sitio se pide la autorización para ello, todo eso es buscando los lugares ideales, no se genera contraprestación ni vínculos contractuales PREGUNTADO POR EL SEÑOR PROCURADOR: Manifieste al Despacho si el fotógrafo o algún integrante del equipo publicitario le explicó con precisión en qué forma y para que iba a ser utilizada la imagen que en condición de ejecutivo habían capturado en la foto CONTESTÓ: El fotógrafo sí manifestó que era una foto para la Industria Licorera de Caldas, no recuerdo el producto y viendo la valla no valla no tiene claro que haya sido para un producto específico y que la foto sería utilizada en una valla. PREGUNTADO: La publicidad tiene un interrogante de qué tienen en común, con la respuesta de que toman Cristal. Díganos si en las espontáneas fotografías que dice usted fueron aportadas al fotógrafo, le explicaron con claridad que se trataba de una publicidad en la cual usted consumía licor. CONTESTÓ: Sí, efectivamente sabía que la valla sería con otras personas porque en la empresa creo que a otra persona le dijeron, no recuerdo el



nombre, lo que no sabía era con cuántas más iba a estar en la valla y si era alusiva a que quienes salían en la valla eran consumidores de licor (...).

El testigo refiere haber laborado en el departamento de mercadeo de casa Lucker y en virtud de su trabajo, haber conocido al señor Jorge Eduardo Arango, a quien identificó como fotógrafo que prestaba sus servicios para varias empresas como la ILC, casa Lucker y Súper de Alimentos.

También es importante resaltar que el testigo señala que para la toma de fotografías de lugares se debe contar con autorización.

Ahora bien, teniendo en cuenta que el señor Jorge Eduardo Arango es un fotógrafo profesional, respecto de la ILC, la Sala encuentra que su contrato se encuentra en la orden de publicidad No. 090 del 22 de febrero de 2002, que refiere (f. 65, c. ppal 1):

OBJETO: Toma de 23 fotografías para la campaña “Qué tienen en Común”.

CONTRAPRESTACIÓN: Toma de 23 fotografías para campaña “Qué tienen en común”.

VALOR TOTAL: \$4.600.000 incluido IVA

VALOR EN LETRAS: CUATRO MILLONES SEISCIENTOS MIL PESOS.

FORMA DE PAGO: Una vez cumplido el objeto de esta orden, previa presentación de factura o cuenta de cobro, certificación de la Agencia de Publicidad por 23 tomas fotográficas, certificado de la Coordinadora de Publicidad y Subgerente Comercial de la ILC

DURACIÓN: Febrero de 2002.

Suscriben la orden de publicidad el gerente general, el subgerente comercial, la coordinadora de Publicidad de ILC y el contratista.

Frente a la orden de publicidad transcrita, la Sala observa que si bien al contratista no le fue especificado la forma en que debía llevarse a cabo la toma de fotografías, no es menos cierto que se trataba de un fotógrafo profesional, a quien le es exigible conocer lo concerniente a los temas de derechos de autor –

pues es algo intrínseco a su actividad profesional-, y en especial, el que se debe obtener el consentimiento previo para la publicación de las fotos.

En el caso del señor Germán Maldonado, aquel manifestó que el fotógrafo le explico con claridad que su imagen sería utilizada para determinada campaña publicitaria y que aparecería en unas vallas, no así en el caso de la demandante, como ya fue expuesto en apartes anteriores.

Del testimonio del señor Germán Maldonado se concluye que el fotógrafo si tenía conocimiento del uso que se le darían a las imágenes por el capturadas y como quiera que sabía que para la publicación de las fotografías le debía asistir el consentimiento informado de la persona retratada, le asiste responsabilidad en los hechos al no obtenerlo de la aquí actora.

La Sala descarta que la omisión del Contratista –en no obtener el consentimiento para las fotografías, fue producto de una intención dolosa; sin embargo, dicho incumplimiento le genera una culpa grave, como quiera, que la obtención del consentimiento fue manejado con negligencia y poco cuidado.

La responsabilidad que le asiste al llamado en garantía no exonera a la ILC, pues compartiendo el concepto dado por el Agente del Ministerio Público, la ILC por ser la contratista y entidad encargada de evaluar las propuestas que le allegaran, debía verificar que las fotografías a utilizar cumplieran los requisitos para su publicación, la Sala considera que la responsabilidad entre ambos es compartida y por ende condenara a la entidad a pagar los perjuicios causados a la accionante, debiendo el llamado en garantía reembolsarle al ILC el cincuenta por ciento del pago que realice a la demandante Ana Giselle Salazar Quesada, por concepto de la indemnización aquí reconocida.

7. Indemnización de perjuicios

El tribunal de primera instancia concedió por concepto de perjuicios morales a la actora la suma de veinticinco salarios mínimos legales mensuales vigentes y negó el reconocimiento de perjuicios materiales.

Ambas partes impugnaron la decisión, por lo que la Sala tiene competencia plena para decidir sobre este asunto.

7.1 Perjuicios morales

En relación con los perjuicios morales se ha dicho que lo constituyen el dolor, la aflicción y en general los sentimientos de desesperación, congoja, desasosiego, temor, zozobra, etc., que invaden a la víctima directa o indirecta de un daño antijurídico, individual o colectivo.

En cuanto a estos perjuicios, la Sala encuentra que en interrogatorio de parte realizado a la actora y transcrito en sus apartes más importantes, aquella manifestó que la publicidad a su imagen no la había *“beneficiado de ninguna manera, y afectado en cuanto me desempeño como personal de salud y no es bien visto que aparezca en valla publicitaria promocionando algo que es perjudicial para la salud”*.

Contrario a lo manifestado por el agente del Ministerio Público, la Sala considera que la manifestación de la actora evidencia el disgusto que siente porque su imagen aparezca relacionada promocionando un producto perjudicial para la salud, es decir, que al ver su imagen utilizada sin autorización, le generó molestia, una sensación negativa, desagradable que no tenía por qué sufrir, mucho menos cuando no dio su consentimiento para que su imagen apareciera promocionando un producto en vallas que fueron expuestas a lo largo del departamento de Caldas.

La Sala considera que la tasación realizada por el a quo es ajustada, y por ende confirmará la condena de veinticinco salarios mínimos legales mensuales vigentes que realizó el a quo.



7.2 Perjuicios materiales

En cuanto al perjuicio material cuyo reconocimiento reclama la parte actora, la Sala encuentra que le asiste razón aquella que el mismo se encuentra demostrado en el expediente.

En efecto, no hay duda que la imagen de la actora fue publicitada y comercializada para promocionar un producto de la ILC, sin que recibiera contraprestación alguna por el uso de su imagen, siendo la falta de dicha contraprestación, que reclama la actora, un lucro cesante.

En el plenario reposan el contrato del 26 de mayo de 2003 que la ILC celebró con la sociedad Stock Models I.V.T. Producciones Ltda. por los servicios que la modelo presentadora Claudia María Bahamon Jaramillo prestó a la ILC, a cambio de ser la imagen de promoción del aguardiente cristal sin Azúcar, contrato por valor de \$89.859.400 (certificación de la existencia del contrato f. 7-8, 27-28, 30-31, c. 2; contrato No. 020 del 26 de mayo de 2003, f. 10-12, 34-36, c. 2, junto con su acta de iniciación f. 15-16, c. 2, f. 22-23, c. 2, modificación f. 13-14, 32-33, c. 2 e informe de interventoría d. 17-18, c. 2 y f. 24-25, c. 2).

Aunque para la Sala no deja de ser desconocido que existe una diferencia entre una modelo profesional y una persona que no lo es, el que una persona no sea modelo profesional no implica que su imagen no tenga ningún valor cuando es utilizada para fines comerciales y lucrativos.

En el sub lite, aunque no se pudo determinar cuál fue el valor comercial de la imagen utilizada en las vallas publicitarias ¿Qué tienen en común? ello no significa que la actora no deba recibir una contraprestación por el uso de su imagen.



En consecuencia, se condenará en abstracto para que por medio de incidente de regulación de perjuicios se determine el valor comercial de la imagen utilizada por la actora en el la época de los hechos, y dicho valor sea actualizado.

En el incidente se podrá designar un perito experto en temas de publicidad, que luego de consultar en diversas agencias de modelaje y publicidad ampliamente reconocidas, determine cuanto era el valor a pagar a una modelo no profesional como la actora en una campaña empresarial expuesta en doce vallas publicitarias ubicadas a la entrada y salida de los principales municipios del departamento de Caldas.

8. COSTAS PROCESALES

El artículo 55 de la Ley 446 de 1998 establece que se condenará en costas a la parte que hubiere actuado en forma temeraria. En el presente caso la Sala no observa comportamiento temerario en las actuaciones procesales de los intervinientes dentro del presente trámite, razón por la cual no se condenará en costas.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección “B”, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

F A L L A

PRIMERO: MODIFICAR la sentencia del 27 de agosto de 2009, proferida por el Tribunal Administrativo de Caldas – Sala de Decisión- que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda, la cual quedará así:

PRIMERO: DECLÁRASE administrativamente responsable a la INDUSTRIA LICORERA DE CALDAS, por los perjuicios causados como consecuencia de la utilización no consentida de la imagen de la ciudadana ANA GISELLE SALAZAR QUESADA.

SEGUNDO: En consecuencia de lo anterior; CONDÉNASE a la INDUSTRIA LICORERA DE CALDAS, a pagar por concepto de PERJUICIOS MORALES

para la señora ANA GISELLE SALAZAR QUESADA la suma equivalente a veinticinco (25) salarios mínimos legales mensuales liquidados a la fecha de ejecutoria de la sentencia de segunda instancia.

TERCERO: CONDÉNASE a la INDUSTRIA LICORERA DE CALDAS a pagar a la señora ANA GISELLE SALAZAR QUESADA los perjuicios sufridos en la modalidad de lucro cesante, el cual será liquidado de conformidad con los parámetros expuestos en la parte motiva de esta sentencia.

El incidente de liquidación de perjuicios deberá ser incoado dentro de sesenta (60) días siguientes a la notificación del auto del a-quo, que ordene estarse a lo dispuesto en esta providencia.

CUARTO: NIÉGANSE las demás pretensiones de la demandante.

QUINTO: CONDENESE al llamado en garantía JORGE EDUARDO ARANGO VÉLEZ a pagar a la INDUSTRIA LICORERA DE CALDAS el cincuenta por ciento de la suma a la que la empresa fue condenada, conforme lo expuesto en este proveído.

SEXTO: ABSUÉLVESE a los llamados en garantía SOCIEDAD VAN DEN ENDEN PUBLICIDAD LIMITADA y VALLAS PANORAMA S. A.

SEPTIMO: Sin costas

OCTAVO: A la sentencia se dará cumplimiento en los términos previstos en los artículos 176 y 177 del C. C. A., cuyas sumas líquidas devengarán intereses comerciales los primeros cuatro (4) meses, y moratorios después de este lapso.

NOVENO: PUBLÍQUESE en la Gaceta “Foro de Astrea” de la Corporación.

DECIMO: EJECUTORIADA esta providencia, **LIQUÍDENSE** los gastos del proceso, **DEVUÉLVANSE** los remanentes si los hubiere, y **ARCHÍVENSE** las diligencias previas las anotaciones del caso en el Programa JUSTICIA SIGLO XX (sic).

SEGUNDO: ABSTIÉNESE de condenar en costas en esta instancia.

TERCERO: Ejecutoriada esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



STELLA CONTO DIAZ DEL CASTILLO
Presidente de la Subsección

DANILO ROJAS BETANCOURTH
Magistrado

RAMIRO PAZOS GUERRERO
Magistrado

Ypvs/7c