



Poder Judicial de la Nación

CAMARA CIVIL - SALA G

**MARKETING EXTERNO S.A. C/ TELECOM PERSONAL S.A.
S/ DAÑOS Y PERJUICIOS (ORDINARIO)**

Expte. Nro. 23.837/2017

En la Ciudad de Buenos Aires, Capital de la República Argentina, a los 10 días de agosto de Dos mil veintidós, reunidos en Acuerdo los Señores Jueces de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, para conocer el recurso de apelación interpuesto en los autos “**MARKETING EXTERNO S.A. C/ TELECOM PERSONAL S.A. S/ DAÑOS Y PERJUICIOS (ORDINARIO)**”, expte. Nro. 23.837/2017, respecto de la sentencia con registro de fs. 473 del sistema digital Lex 100, el Tribunal estableció la siguiente cuestión a resolver:

¿ES JUSTA LA SENTENCIA APELADA?

Practicado el sorteo resultó que la votación debía realizarse en siguiente orden: Señores Jueces de Cámara Doctores GASTÓN M. POLO OLIVERA - CARLOS ALFREDO BELLUCCI - CARLOS ALBERTO CARRANZA CASARES.

A la cuestión planteada, el señor Juez de Cámara Doctor Polo Olivera dijo:

I. a. La firma Marketing Externo S.A. promovió demanda por daños y perjuicios contra Telecom Personal S.A. en base al uso indebido, sin su autorización y sin la adecuada compensación económica o abonado precio alguno, del tema “Ciudad Mágica” del grupo “Tan Biónica”, cuyos derechos patrimoniales tiene la sociedad entre sus activos, y que fuera utilizado por la accionada para su



campana publicitaria “Personal Fest Verano 2015” de alta exposición en los medios.

Solicitó la reparación de los daños con base en el equivalente de lo abonado por la accionada por la campana publicitaria de marras, con más otra suma igual como “compensación punitiva”.

Fundó en derecho y ofreció prueba (fs. 23/28).

b. Telecom Personal S.A. contestó demanda.

Solicitó el rechazo de la acción incoada. Postuló que al momento de contratar a una firma, Siberia S.A., el desarrollo de la campana publicitaria, involucrada en una relación contractual más amplia que englobó la producción, organización, puesta en escena y comercialización de los espectáculos públicos y festivales vinculados al “Personal Fest Verano 2015”, ésta habría afrontado y cancelado las obligaciones derivadas de todos los derechos y recursos para el desarrollo del producto, y la contratación y exposición de la campana publicitaria fue efectuada en el entendimiento que los derechos intelectuales involucrados se encontraban debidamente satisfechos.

Solicitó la citación de esta sociedad como tercera en los términos del cpr 94.

Ofreció prueba (fs. 92/99).

c. Siberia S.A. contestó la citación como tercera dispuesta en fs. 102.

Luego de una negativa genérica y particular de los extremos expuestos tanto en la demanda como en el responde que involucró su citación, rechazó la relación contractual invocada, así como los derechos patrimoniales esgrimidos por la actora.

Postuló el rechazo de la acción en todas sus partes.

También ofreció prueba (fs. 128/146).





Poder Judicial de la Nación

CAMARA CIVIL - SALA G

d. Luego de producida la etapa probatoria correspondiente, el magistrado de grado dictó sentencia, que luce en el registro digital en fs. 473.

Rechazó la acción respecto de Siberia S.A. con costas a la demandada; hizo lugar a la demanda instaurada y condenó a Telecom Personal S.A. a pagar a la actora la suma de \$ 300.000, con más sus intereses, y las costas del proceso. Difirió la regulación de honorarios.

II. Preliminarmente, en razón de la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación, evaluaré cuál resulta la ley aplicable a la cuestión traída a decisión judicial.

El CCCN:7 predica que “a partir de su entrada en vigencia, las leyes se aplican a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes. Las leyes no tienen efecto retroactivo, sean o no de orden público, excepto disposición en contrario. La retroactividad establecida por la ley no puede afectar derechos amparados por garantías constitucionales. Las nuevas leyes supletorias no son aplicables a los contratos en curso de ejecución, con excepción de las normas más favorables al consumidor en las relaciones de consumo”.

Si bien la normativa de incumbencia establece la aplicación inmediata de sus disposiciones con posterioridad al 1.8.2015 (t.o. ley 26.994), esto no implica la retroactividad de la norma, específicamente vedada por la disposición positiva, en análogo sentido a lo dispuesto por el Código Civil en su artículo 3, que ha sido su fuente (arg. Kemelmajer de Carlucci, La Aplicación del Código Civil y Comercial a las Relaciones y Situaciones Jurídicas Existentes, pág. 16, ed. Rubinzal – Culzoni, año 2015). Introduce sí cierta novedad respecto de las normas protectorias del consumidor, estipulando que cuando las nuevas leyes supletorias sean más



favorables al consumidor, las mismas serán aplicables a los contratos en curso de ejecución.

Distinguida doctrina explica que la aplicación inmediata importa que la ley toma a la relación ya constituida o a la situación en el estado en que se encontraba al tiempo en que la ley nueva es sancionada, pasando a regir los tramos de su desarrollo aún no cumplidos. Los cumplidos, en cambio, están regidos por la ley vigente al tiempo en que se desarrollaron. Es decir, las consecuencias producidas están consumadas, pues respecto de ellas existe el llamado consumo jurídico. Por el contrario, las otras caen bajo la nueva ley por aplicación inmediata, sin retroactividad (Kemelmajer de Carlucci, Aída, *La aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes*, ed. Rubinzal Culzoni, ps. 29 y ss.).

En consecuencia, teniendo en cuenta las particularidades del caso traído a decisión judicial, resulta aplicable la normativa vigente con anterioridad al 1.8.2015.

Ello sin perjuicio de las implicancias del nuevo sistema de fuentes que se incorpora al Código Civil y Comercial de la Nación, diverso del que imperaba respecto del Código Civil de Vélez, y lo dispuesto particularmente por el CCCN:2 y 3: el nuevo código Civil y Comercial de la Nación ha mutado el sistema de fuentes (con preponderancia de la Constitucional Nacional y normas convencionales), el particularismo aplicativo y del rol de los jueces como concretizadores y ponderadores de derechos que el Código debe garantizar pero no estructurar, dejando pues los magistrados la mera función de meros subsumidores silogísticos de normas (ver Gil Domínguez, El art. 7 del Código Civil y Comercial y los procesos judiciales en trámite. Una mirada desde el sistema de fuentes constitucional y convencional, *Revista Código Civil y Comercial*, La Ley, año 1, nro. 1, julio 2015, pág. 16/18).





Poder Judicial de la Nación
CAMARA CIVIL - SALA G

Por otro lado, el Código Civil y Comercial de la Nación resulta, asimismo, una pauta interpretativa extremadamente valiosa respecto de cuestiones sujetas a la normativa derogada. Ello en su carácter de síntesis de rumbos y matices que el Derecho Privado argentino ha ido adquiriendo, aun en la vigencia de los Códigos Civil y Comercial anteriores, en virtud del laborioso enriquecimiento derivado de los pronunciamientos judiciales y del aporte de la Doctrina.

También debe recordarse que el Juzgador no tiene la obligación de ponderar todas las pruebas colectadas en la causa, sino solo aquellas que juzgue, según su criterio, pertinentes y conducentes para resolver el caso (CSJN, fallos 274:113; 280:320, entre otros). Asimismo, tampoco tiene el deber de tratar todas y cada una de las argumentaciones de las partes, sino tan solo aquellas que estime posean relevancia para sustentar su decisión (Fallos 258:304, 262:222; 310:267, entre otros).

III. Firme el factor de atribución de responsabilidad respecto de Telecom Personal S.A., cabe abordar las críticas vertidas por la actora en cuanto a la suma otorgada como reparación del daño invocado y el rechazo del concepto reclamado con carácter punitivo.

Antes de empezar las consideraciones correspondientes al fondo del asunto, debo hacer algunas apreciaciones que me parecen pertinentes.

Comenzaré por destacar que si bien el juez de grado ha especificado que aplicó la normativa del actual y vigente Código Civil y Comercial de la Nación, y que he expuesto más arriba que resulta aplicable el código civil derogado para la evaluación de todos los aspectos derivados de la responsabilidad civil aquí esgrimida, no es menos cierto que -como también dije supra- el plexo normativo vigente representa una concreción legal de un sostenido y consolidado criterio jurisprudencial en relación con la cuestión, lo cual no vierte



diferencias conceptuales profundas en el caso la apreciación mediante el prisma de uno u otro ordenamiento legal.

Por otro lado, debe decirse que el central cuestionamiento formulado por la actora no alcanza, en puridad, la estatura de una expresión de agravios audible, en los términos del cpr 265 y 266.

Con gran claridad, se ha sostenido que la ley pide, con la finalidad de mantener el debate en un plano intelectual antes que verbal, que la crítica dirigida a la sentencia sea concreta, lo cual significa que la parte debe seleccionar del discurso del magistrado aquel argumento que constituya estrictamente la idea dirimente y que forme la base lógica de la decisión. Efectuada esta labor de comprensión, incumbe luego a la parte la tarea de señalar cuál punto del desarrollo argumental mismo ha incurrido en una errata en sus referencias fácticas o en su interpretación jurídica, que llevará al desacierto ulterior concretado en el veredicto. Cuando el litigante no formula su expresión de agravios de esa manera, antes que tener éxito en su reclamo, se disipa en una continuada contradicción respecto de todo el desarrollo expresivo del magistrado, haciendo tal fatigoso como incompleto su reclamo, y por ello cae derrotado por su falta de instrumental lógico de crítica, antes que por la solidez de la sentencia todavía no examinada (CNCom, sala D, abril 24-984, Persiani e Hijos, José c/ Productos Pulpa Moldeada S.A.).

Empero, dado el alto grado de consideración que este tribunal históricamente ha mantenido en función de facilitar el acceso a la Justicia, entiendo que debe abordarse el tratamiento de tales defectuosos cuestionamientos.

En efecto, el quejoso ha plasmado su mera disconformidad con la solución del juez de grado, mas no ha vertido eficazmente la crítica concreta y razonada del fallo que considera equivocadas.





Poder Judicial de la Nación
CAMARA CIVIL - SALA G

Es que sus pretensos cuestionamientos encontrarían un aparente fundamento en que las sumas otorgadas por el *a quo* no se condicen, o reflejan una ínfima representación, del costo total de la campaña publicitaria de “Personal Fest Verano 2015”, que “excede largamente los \$ 3.000.000”.

Lo que la apelante no explica es el motivo sobre el cual sostuvo que el monto de resarcimiento debía comprender el equivalente de toda la campaña publicitaria, cuando de lo que aquí se trata es del uso ilegítimo de una canción que habría integrado la publicidad del evento a difundir.

Ese reclamo, sustentado en la demanda en que su mandante estima que el daño causado por el culpable proceder de Telecom Personal S.A. debería ascender al monto total y por todo concepto que la demandada abonó por la campaña publicitaria en la que el ilícito se hallaba inserto, más un 100 % (cien por ciento) adicional en carácter de “compensación punitiva” (v. fs. 25). Lo cual conduce a los \$ 6.000.000, aproximadamente, teniendo en cuenta ambos conceptos.

Tal pretensión cuantitativa carece de todo sustento. No se explica en qué se basa el planteo reparatorio en el argüido monto de toda una campaña publicitaria, sin explicar concreta y fundadamente con base en algún elemento probatorio, que la difusión del evento y el eventual enriquecimiento ilegítimo de la accionada por el uso indebido de un bien inmaterial como es la canción “Ciudad Mágica”, hubiere representado el equivalente de todo el esfuerzo publicitario valorado en aquellos \$ 3.000.000.

Adviértase que de la prueba pericial contable completada en fs. 278/9, se desprende que Marketing Externo S.A. adquirió de PIRCA Producciones S.A. los derechos fonográficos del catálogo completo de esa empresa por la suma de \$ 200.000 + IVA (\$ 242.000) según la Factura A Nro. 0001-00000246 del 3.2.2014 (v. fs. 278vta.).



Ello se condice, además, con el acta de directorio (v. fs. 10/11) y de la asamblea extraordinaria de accionistas de PIRCA Producciones S.A. (v. fs. 7/8), donde consta la aprobación de la cesión de los derechos fonográficos de todo el catálogo de esa empresa en favor de Marketing Externo S.A., entre los que se encuentran los del grupo “Tan Biónica” (v. a su vez contrato copiado en fs. 12/17 entre los integrantes de ese grupo musical y la productora PIRCA Producciones S.A..

No existe pues, relación económica entre el precio de adquisición de todo el catálogo de discos mencionado *supra*, dentro del cual se encuentra aquel que contiene el tema “Ciudad Mágica”, y el monto de resarcimiento reclamado.

No desconozco que el dictamen pericial referenciado ha recibido diversos cuestionamientos.

No obstante, es dable mencionar que se ha resuelto, con criterio que comparto, que la valoración de la prueba pericial debe realizarse conforme las pautas generales del cpr. 386, y con las especificaciones dadas por el cpr. 477 –norma cuyo contenido concreta las reglas de la “sana crítica” en referencia a la prueba pericial- (CNCom. D, 11.7.03, “Gómez, Elisa Nilda c/ HSBC La Buenos Aires Seguros SA y otro s/ ordinario”).

Esta consideración predica que “la sana crítica aconseja (frente a la imposibilidad de oponer argumentos científicos de mayor peso) aceptar las conclusiones del perito, no pudiendo el sentenciante apartarse arbitrariamente de la opinión fundada del perito idóneo; extremo que le estará permitido si se basa en argumentos objetivos que demuestren que la opinión del experto se encuentra reñida con principios lógicos y máximas de experiencia, o que existan en el proceso elementos probatorios de mayor eficacia para provocar convicción sobre los hechos controvertidos” (CNCom. B, 30.9.04,





Poder Judicial de la Nación
CAMARA CIVIL - SALA G

Gráfica Valero SA s/ conc. prev. s/ verificación por González, Oscar; íd. en igual sentido: “Luvelo y Cía. SA c/ Excel SA s/ ord.”).

En base a las pautas referidas precedentemente, considero que las conclusiones arribadas por el perito de oficio a través de su dictamen pericial, deben ser admitidas habida cuenta de su concordancia con las reglas de la sana crítica (conf. cpr. 386 y 477) y de las que no hallo motivos para apartarme. Máxime cuando las conclusiones arribadas aparecen efectuadas con sujeción al método científico, sin apreciaciones dogmáticas o sujetas a la mera percepción subjetiva del dictaminante.

Se ha sostenido, con cita de un pronunciamiento de esta sala, que el autor de una obra intelectual tiene derecho al beneficio que hubiera podido obtener de no mediar la utilización ilícita o la mejor remuneración que hubiera podido percibir de haber autorizado la explotación. Por esta razonable alternativa se evita que sea más beneficioso infringir el derecho del autor que respetarlo, pues si el utilizador paga un precio más bajo en juicio que negociando con el titular del derecho se alientan las infracciones (CNCiv., esta sala, marzo 21-1994, Moreno, Venancio c/ Iglesias, Julio y otros, JA 1994-IV-410; en el mismo sentido, CNCiv., sala C, marzo 7 -2005, Gribman Hugo c/ Carrizo, Cecilia y otros, Lexis, 1/70023077-1; en CNCiv. Sala K, Haddock Films S.R.L. y otro c/ Artge Gráfico Editorial Argentino S.A. y otro s/ daños y perjuicios”, expte. Nro. 58023/2011, del 23.11.2018).

El cpr 165 establece que la sentencia fijará el importe del crédito o de los perjuicios reclamados, siempre que su existencia esté legalmente comprobada, aunque no resultare justificado su monto.

Se ha sostenido, respecto de tal normativa, que la potestad judicial se ejercitará, si está debidamente comprobado el crédito por frutos, intereses o daños y perjuicios, y sólo quedó indeterminado su monto; y que en los juicios por indemnización de



daños y perjuicios, los jueces acuden habitualmente a este procedimiento cuando no existen en la causa elementos que permitan determinar con precisión su monto (v. Fassi – Yañez, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, Anotado y Concordado, T. I, pág. 827, ed. Astrea; ver también Falcón, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, Anotado, Concordado y Comentado, T. I, pág. 160, ed. A. Perrot).

Como se advierte, es la ausencia de precisión en la determinación del daño lo que faculta al juez a determinarlo conforme la magnitud del perjuicio, a efectos de superar la dificultad de su fijación y establecer una reparación que consulte las garantías constitucionales previstas por la CN 17 y 19.

Lo que sí aparece como una fijación *caprichosa* (para usar el término empleado por la apelante), sin fundamento que lo justifique, es atar la reparación al costo total de la campaña publicitaria de marras, siendo que el derecho de autor involucrado es sólo un elemento más en la combinación artística, profesional y de recursos de la misma, y cuando siquiera se ha aportado en autos prueba que permita abreviar en la valoración de una contratación similar respecto de los derechos de una canción para una publicidad de alta difusión en los medios, como pregonó en sus quejas (arg. cpr 377 y su doctrina).

Desde esta perspectiva, no encuentro fundamento para acceder a las escuetas y dogmáticas críticas efectuadas, por cuanto propicio su desestimación.

Lo mismo debo decir respecto del cuestionamiento en cuanto al rechazo del daño punitivo reclamado.

Se ha sostenido que los daños punitivos son sumas de dinero que los tribunales mandan pagar a la víctima de ciertos ilícitos, que se incorporan a las indemnizaciones por daños realmente experimentados por el damnificado, que están destinados a punir





Poder Judicial de la Nación
CAMARA CIVIL - SALA G

graves inconductas del demandado y a prevenir hechos similares en el futuro. Se trata de una figura que goza de predicamento en el derecho anglosajón, donde tiene adeptos y detractores, que hizo su aparición entre nosotros con las reformas introducidas a la ley 24.240 de defensa del consumidor por la ley 26.361. Plasma, en esencia, una pena privada que se manda a pagar por encima de los valores que se condenen en calidad de daños y perjuicios, destinada, en principio, al propio damnificado (Pizarro- Vallespinos, Tratado de Responsabilidad Civil, T. I, Parte General, 862/3 y sus citas).

El concepto reclamado no tiene base legal en la especie. Pues no existe norma positiva que habilite tal incremento. Es más, la determinación de la alternativa más elevada de contratación respecto del derecho patrimonial de autor vulnerado, como pauta de ponderación del monto de resarcimiento (que valga recordarlo una vez más, no ha sido probado en autos), al abordar el rango superior de esa “chance” contiene ese concepto disuasivo que la reparación de este tipo de ilícito civil puede contener para evitar conductas infractoras a la ley 11.723 con base en hallar más beneficioso enfrentar condenas que otorguen un valor inferior al libre juego de oferta y demanda en una contratación libre entre las partes.

No se me escapa, además, que la función resarcitoria del sistema de responsabilidad civil debe vincularse, además, con el elemento preventivo que se encuentra actualmente contemplado en nuestro derecho positivo (arg. CCCN: 1710 y ss.).

Empero, aun soslayando la ausencia de norma positiva vigente que autorice la aplicación de una pena privada (o daño punitivo) en un caso como el de autos, tampoco aparece acreditado en el proceso un enriquecimiento sin causa proyectado en una suerte de *lucro inercial* –por así denominarlo– un beneficio de la accionada, derivado de los efectos del ilícito civil involucrado en el proceso, aún después de sufragar la reparación objeto de la condena e indemnizado



a la víctima, cuya configuración autorice -aún en el plano hipotético- su progreso.

Coincido pues con la doctrina citada en que el otorgamiento de “daños punitivos” es un instituto excepcional y de interpretación restrictiva, cuya aplicación en casos específicos debe ser prudentemente establecida por el legislador y gozar una particular fundamentación por parte del órgano jurisdiccional al momento de su ponderación y cuantía (Pizarro- Vallespinos, ob. Cit, pág. 872).

Por los fundamentos expuestos, postulo también el rechazo de la crítica en estudio.

IV. Las costas de Alzada deben ser cargadas por la actora perdedora en su recurso, conforme el principio objetivo de derrota previsto por el cpr 68 y 69.

V. En virtud de las consideraciones precedentemente expuestas, propongo al acuerdo rechazar los agravios vertidos y confirmar la sentencia en examen.

Los Señores Jueces de Cámara Doctores Carlos Alfredo Bellucci y Carlos A. Carranza Casares votaron en el mismo sentido por razones análogas a las expresadas en su voto por el Dr. Polo Olivera. Con lo que terminó el acto.

Buenos Aires, 10 de agosto de 2022.

Y VISTOS: Por lo que resulta de la votación de que instruye el acuerdo que antecede, **SE RESUELVE: I.** Rechazar el recurso de apelación interpuesto por la parte actora y, en consecuencia, confirmar la sentencia. Con costas de Alzada a cargo de la demandante vencida (arg. cpr 68 y cc.) **II.** Diferir la regulación de honorarios hasta tanto se encuentren establecidos los de la instancia de grado. **III.** Vueltos los autos a la instancia de grado el tribunal





Poder Judicial de la Nación

CAMARA CIVIL - SALA G

arbitrará lo conducente al logro del ingreso del faltante tributo de justicia, y se recuerda al personal la responsabilidad que impone la ley 23.898. Se deja constancia que la publicación de esta sentencia se encuentra sujeta a lo establecido por el cpr 164-2. Regístrese, notifíquese a las partes al domicilio electrónico denunciado, conforme lo dispone la ley 26.685 y acordadas 31/11 y 38/13 de la CSJN, oportunamente cúmplase con la acordada 24/13 de la CSJN; luego, devuélvanse. **GASTÓN M. POLO OLIVERA, CARLOS ALFREDO BELLUCCI, CARLOS A. CARRANZA CASARES.**
Jueces de Cámara.

