

SENTENCIA N° 93093 CAUSA N° 45.646/2010 “BRITO MARCELO DIONISIO C/ BARDHAL LUBRICANTES ARGENTINA SA Y OTROS S/ DAÑOS Y PERJUICIOS JUZGADO N° 32

En la ciudad de Buenos Aires, capital de la República Argentina, a 23.05.12 , reunidos en la Sala de Acuerdos los señores miembros integrantes de este Tribunal, a fin de considerar los recursos deducidos contra la sentencia apelada, se procede a oír las opiniones de los presentes en el orden de sorteo practicado al efecto, resultando así la siguiente exposición de fundamentos y votación.

La Doctora Diana Regina Cañal dijo:

Contra la sentencia de primera instancia (fs. 574/583), se alzan la parte actora, y la codemandada Bardhal Lubricantes Argentina SA, mediante los memoriales que obran a fs. 587/590 y 592/596, con réplica a fs.606/609, 611/614, 617/619, 620/623, y 627/628. A su vez, los Dres. Laura Alejandra González, Marcelo M. Torterola y Daniel Pablo Escola, letrados intervinientes por la coaccionada Fischer America Argentina SA, apelan sus honorarios, por considerarlos reducidos (fs. 598/599).

En primer lugar, el accionante se queja, porque la juez de grado anterior rechazó la condena por responsabilidad solidaria de la agencia de publicidad, Fischer America Argentina, y de la productora, Vértigo Films SRL.

Según entiende, la sentenciante ha incurrido en una incorrecta interpretación del art. 21 del CCT 102/90, al determinar que la agencia y/o anunciante tienen la facultad de utilizar el material publicitario, pidiendo la conformidad por escrito del actor, una vez superados los plazos de prórroga.

Aclara que la citada norma nada dice en relación con la posibilidad de utilizar el material publicitario, sino que solamente contempla la facultad de dichas empresas de establecer el “inicio de la campaña”.

Sostiene que se encuentra fehacientemente acreditado en el expediente, que ambas codemandadas abonaron las retribuciones correspondientes a la difusión del aviso comercial, únicamente por tres de los cinco periodos de renovaciones automáticas, previstos en el art. 21 del CCT, por lo que se las debe condenar, en forma solidaria, con Bardhal Lubricantes Argentina, a pagar las sumas derivadas de los daños y perjuicio ocasionados.

Siguiendo con la misma línea jurídica, cita los arts. 9 y 27 del CCT 102/90, aplicable a la actividad, y refiere que los contratos de trabajo se deben formalizar con la intervención de la agencia de publicidad, y que la misma junto con los productores, y anunciantes, está a cargo del pago de las retribuciones de los actores.

A continuación, destaca que en este caso, la agencia Fischer America Argentina SA, intervino en la suscripción del convenio laboral, y abonó las sumas correspondientes a tres periodos de prórroga, colocándose en el lugar de la contratante. Estima, también que la productora Vértigo Films, es responsable, del uso indebido de su imagen, y en consecuencia, de los pagos emergentes del mismo.

Luego, se siente agraviado por el rechazo de la indemnización en concepto de daño moral, lucro cesante, y pérdida de la chance, que se derivan de la difusión del aviso comercial, más allá de los plazos estipulados en el contrato.

En tal sentido, hace hincapié en que la multa que establece el convenio colectivo de trabajo, por mora en el pago de los salarios, y los daños y perjuicios ocasionados, nada tiene que ver con lo moral, por el contrario, la misma deviene del uso indebido de la imagen, que implica la violación de un derecho personalísimo, del cual solo uno mismo es dueño.

En cuanto a la pérdida de la chance, y del lucro cesante, afirma que una persona que trabaja como actor publicitario, no se puede postular, ni ser contratado por otras empresas que sean competidoras de la que esté promocionando. Aclara el trabajador, que en la hipótesis de autos, mientras las demandadas continuaban difundiendo la propaganda publicitaria "mecánico", sin su consentimiento, él podía haber incurrido, sin saberlo, en competencia desleal, o incumplimiento de la exclusividad. Cita jurisprudencia sobre el tema, y solicita que se tenga en miras lo normado por el art. 9 de la LCT.

Por último, reclama que la multa diaria por mora en el pago impuesta a la codemandada Bardahl Lubricantes Argentina SA sea devengada hasta la efectiva cancelación de la deuda.

Por su parte, la codemandada Bardahl Lubricantes Argentina, apela la condena a abonar al actor una indemnización en concepto de daños y perjuicios, por el uso indebido de su imagen.

Al respecto, sostiene que a partir del 2007, y hasta la actualidad, no exhibió la publicidad "mecánico" en cuestión, en el ámbito territorial que había sido pactado.

Sostiene que la certificación notarial adjuntada a fs. 6/7, solamente acredita que, el 17.08.10, se exhibió el film publicitario "mecánico", que protagonizó el actor, en la página de Internet cuya dirección es "<http://www.youtube.com/bardahlspain>", con acceso directo desde la Web de la empresa Bardhal de España, dentro de la opción "galería videos y fotos"; pero que esto nada prueba respecto de la persona física o jurídica, que efectivamente subió dicho comercial a la página web.

La parte reitera, que no le cabe responsabilidad alguna, por la difusión de la publicidad en la página de Internet, "Bardahl. es", y que recién tomo conocimiento de ello, en la audiencia celebrada ante la instancia administrativa del SECCLO, el 02.09.10.

Sostuvo que tras hacer varias averiguaciones de lo acontecido, envió un e-mail a Bardahl de España, con la cual aclara que no tiene ningún tipo de vínculo jurídico. Lo hizo, a fin de que quitara de su página el aviso que pertenece a la producción de argentina, ya que se inflingieron las reglas de contratos actorales, generando un perjuicio a la empresa. Destaca que, aquella, cumplió de inmediato con lo requerido.

Estima que la sentenciante arribó a una conclusión incorrecta, al determinar que resulta responsable del uso indebido de la imagen del accionante, por ser una "filial" de la empresa española, la cual continuó difundiendo el comercial de marras.

Agrega, que se encuentra acreditado con la pericia contable, que se son de sociedades independientes, y que no las une ningún tipo de vínculo jurídico.

En cuanto a los sitios de Internet de acceso gratuito, señala que cualquier persona del mundo puede utilizarlos, como en el caso de Youtube. Entiende que no resulta un argumento válido, por parte de la juez de primera instancia, que esta parte tenía el deber de controlar que la publicidad continúe propagándose en el ámbito territorial, y menos aún en el sitio de Internet, cuando este carece de fronteras y límites territoriales.

Por último, agrega como otro fundamento de su defensa, que no obtuvo ningún tipo de beneficio por la difusión del aviso comercial en la página Web española, porque nada tiene que ver con esa empresa, es más vende otro tipo de productos.

Al cabo de lo reseñado, advierto que llega firme a esta instancia, que el Sr. Brito fue contratado como actor publicitario, para filmar un comercial del anunciante Bardhal Lubricantes Argentina SA; creado por la agencia de publicidad Fischer America Argentina SA, y producido por Vértigo Films SRL. Asimismo, no se encuentra cuestionado que el contrato de trabajo suscripto el 12.12.03, por el plazo de un año, fue prorrogado automáticamente por los periodos 2004-2005, y 2005-2006, con el correspondiente pago a la Asociación Argentina de Actores de las retribuciones del actor. Por último, que la publicidad "mecánico", estaba exhibida en la página de Internet "<http://www.youtube.com/bardhalspain>", con acceso directo a través de la dirección electrónica de Bardahl.es, haciendo click en el link "Galería videos y fotos", con posterioridad a los plazos de renovación automática, fijados en el art. 21 del CCT 102/90, y sin el consentimiento expreso, y por escrito del accionante.

En estas condiciones, corresponde dilucidar las siguientes incógnitas: a.- ¿corresponde confirmar la condena de la codemandada Bardahl Lubricantes Argentina SA, en concepto de daños y perjuicios, por el uso indebido de la imagen del Sr. Brito?; si la respuesta fuese afirmativa; b.-¿cabe hacer lugar al reclamo de una indemnización por daño moral, lucro cesante, y perdida de la chance?, c.- ¿debe declararse responsabilidad solidaria de Bardahl junto con la agencia de publicidad Fisher América Argentina SA, y la productora Vértigo Films SRL,?, por último, d.- ¿hasta qué fecha debe computarse la multa diaria por mora en el pago de los haberes del actor?

Para un mejor orden expositivo, trataré en primer lugar el recurso de apelación interpuesto por la codemandada Bardhal Lubricantes Argentina SA.

En el inicio, el Sr. Brito manifestó que fue contratado por la productora Vértigo Films SH, conforme el CCT Nro. 102/90, a fin de realizar un aviso publicitario, creado por la agencia de publicidad Fischer America Argentina, para el anunciante Bardhal Lubricantes Argentina SA. Asimismo, sostuvo que el film publicitario se denominaba "mecánico", y que se desempeñó como coprotagonista.

De la prueba documental acompañada por la parte actora, y por la coaccionada Vértigo Films SH, y del oficio remitido por la Asociación Argentina de Actores, surge que el contrato de trabajo fue suscripto el 12.12.03, acordándose una duración de un año, con una remuneración inicial de \$500, que iba a ser abonada

a través de la Asociación Argentina de Actores, y que la publicidad podía ser difundida en TV abierta nacional, cable nacional, e Internet (fs. 2/6, 29/35, 45/53, 338/340).

Luego, la difusión del aviso comercial fue prorrogado por los periodos del 2004, 2005 y 2006, de conformidad con el CCT 102/90, con el respectivo depósito de los haberes del actor, por parte de Vértigo Films y Fischer América Argentina, en la Asociación Argentina de Actores.

En el responde, el anunciante Bardhal Lubricantes (fs. 202/208), manifestó que con posterioridad a la última publicación del comercial, no volvió a difundirlo en forma directa ni indirecta, por lo que no le cabe responsabilidad por la subida del aviso a las páginas de Internet de acceso gratuito.

Aclaró que la empresa Bardahl España, fue la que adhirió la publicidad “mecánico”, a su página Web www.bardhal.es, por medio de un link perteneciente al sitio de acceso público Youtube.

Destaca que no tiene ningún tipo de vínculo jurídico con dicha empresa, que ambas sociedades mantienen sus estatutos en forma independiente, y que los productos, y la presentación de los envases, son totalmente diferentes.

Informó que tras haber efectuado varias investigaciones, tomó conocimiento de que el aviso fue subido a la página de Youtube en el 2004, por un usuario denominado “perita80”, y creado el acceso directo a la misma en la Web de España, en el 2008.

Agrega que, con dicha difusión comercial, no percibió ningún beneficio económico, y que se anotició de lo acontecido, recién en la primera audiencia celebrada, el 02.09.10, ante el SECCLO. Que por tal razón, envió un email a la empresa española, solicitando que quitaran la publicidad de la página, lo que cumplió de inmediato.

Ahora, cabe recordar que el art. 21 del convenio colectivo Nro. 102/90, que rige en la actividad publicitaria, se refiere a la duración de las campañas publicitarias, y establece que las retribuciones de los actores, “posibilitan la utilización del material producido” e “imagen del actor”, por un plazo de doce meses.

Asimismo, señala que si la campaña se excediera del plazo, podrá ser prorrogado el derecho de exhibición por cinco periodos más, de doce meses cada uno, siempre y cuando se deposite los importes correspondientes en la Asociación Argentina de Actores.

A continuación, el inciso 2 del mencionado artículo, dispone que “será necesaria la conformidad por escrito del actor, para la difusión del material producido con su trabajo e imagen, más allá de las renovaciones previstas en este convenio”.

En este caso, el contrato de trabajo fue suscripto el 12.12.03, por el plazo de un año, es decir hasta el 12.12.04, y a partir de ese momento podía ser prorrogado en forma automática por cinco periodos adicionales de doce meses, hasta el 12.12.09, pagando los haberes del actor a la respectiva asociación sindical.

De las constancias de autos, surge que el aviso publicitario fue extendido por tres periodos (de los cinco fijados en el convenio colectivo), cumpliendo

con el referido depósito de los haberes (ver recibos de fs. 30/33, informe del perito contador a fs. 448/449).

Sin embargo, tal como lo ha reconocido la codemandada Bardahl Lubricantes Argentina SA, el film publicitario mecánico fue exhibido más allá de los plazos de prórroga automática autorizados por el convenio colectivo 102/90, sin expresa autorización por escrito del Sr. Brito, en la página de Internet "http://www.youtube.com/bardahlspain", teniendo acceso directo desde la Web de la empresa Bardahl de España, www.bardal.es, en la opción "galería videos y fotos".

Agrego, que dicha circunstancia, se encuentra corroborada con la constancia certificada que figura a fs. 6/7.

Cabe destacar, que el derecho al respeto de la imagen es de carácter personalísimo, y es un derecho subjetivo con dos vertientes:

La primera, es la positiva: es la facultad personalísima de captar, imprimir, difundir, publicar o distribuir nuestra imagen, para fines personales, como es el caso de los recuerdos familiares, o, económicos, como en la hipótesis de autos, donde el Sr. Brito, buscaba un beneficio patrimonial, trabajando como actor publicitario.

La segunda es la negativa: es la facultad de impedir la obtención, reproducción, difusión y distribución de la imagen por un tercero, si no se ha otorgado su consentimiento para tal efecto (conforme Rovira Sueiro, María E, el derecho a la propia imagen -especialidades de la responsabilidad civil en ese ámbito-, Granada, Biblioteca Comares de Ciencias Jurídicas, 2000, pág. 33).

En estas condiciones, podemos decir que el derecho a la imagen pretende el respecto a la esfera más íntima y personalísima de una persona, y permite a ésta, impedir que su imagen sea explotada comercialmente, sin su consentimiento.

En nuestro ordenamiento jurídico, el derecho al respeto de la imagen está protegido por el art. 31 y cc de la ley 11.723, reguladora de la propiedad intelectual. El mismo, que establece que el retrato fotográfico de la persona, no puede ser puesto en el comercio sin el debido consentimiento, a menos que se den circunstancias que tengan en miras un interés general, que aconseje hacerlas prevalecer sobre aquel derecho.

También el código civil protege este derecho, a través de su artículo 1071 bis, el que establece que, "el que arbitrariamente se entrometiere en la vida ajena, publicando retratos (...) o perturbando de cualquier modo su intimidad, y el hecho no fuere delito penal, será obligado a cesar en tales actividades, si antes no hubieren cesado, y a pagar una indemnización...".

La jurisprudencia ha dicho que los derechos de la personalidad, son relativamente disponibles. Es decir, que "su titular puede autorizar la indagación o conocimiento de su vida privada, como el artista que se somete a una entrevista periodística, o dar consentimiento para la captación, difusión o publicación de la imagen con un fin determinado. Pero, dado que la disponibilidad es relativa, el consentimiento acordado tiene límites estrictos, dado por la finalidad o circunstancias en los que ha sido prestado" (en sentido análogo, sentencia Nro. H533152, dictada el 17/11/10, en autos "GONZÁLEZ, Melina Andrea

c/ ELECTRONIC SYSTEM S.A. s/ daño y perjuicios”, del registro de la Sala H, de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo civil).

Siguiendo estos lineamientos jurídicos, una persona que autoriza la publicación de su imagen, para cierto ámbito territorial y por determinado plazo, no renuncia a su derecho sobre la imagen de que no pueda ser utilizada nuevamente fuera del plazo y del ámbito convenido, si no se cuenta con su consentimiento expreso.

Desde este enfoque, en la hipótesis de autos, el uso indebido de la imagen del Sr. Brito, actor publicitario, por mayor lapso que el acordado contractualmente, debe ser resarcido por los daños y perjuicios causados.

Por otro lado, no soslayo que el avance de la tecnología y los medios de comunicación en este mundo globalizado, permite que cualquier persona pueda acceder a la imagen de un sujeto, proyectarla, manipularla, y transmitirla por un sitio de acceso gratuito a un grupo pequeño de personas perteneciente a su ámbito social, o subirla directamente a la Web, sin ningún impedimento, generando un proceso de difusión desencadenado. Pues, otro sujeto puede tomar dicha imagen desde la página Web, y continuar con el proceso de distribución, y así sucesivamente. Lo que por cierto, y lamentablemente conozco de manera personal, aunque con una intencionalidad bien diversa, puesto que se procuraba dañar.

Esto también genera una violación al derecho a la imagen, y requiere de una mayor atención en el ámbito jurídico para su protección.

Ahora bien, la demandada Bardahl expuso sus defensas, haciendo hincapié en que es una sociedad jurídicamente independiente de la sociedad Bardahl de España, que tienen distintos estatutos, y que jamás pudo haberse beneficiado con la publicación del comercial “mecánico” en la página Web de la misma..

Sin embargo, es de público y notorio conocimiento, que la marca Bardahl está distribuida mundialmente, con puntos de venta y distribución en varios países, como son los casos de Argentina y España.

Es más, si navegamos por la página Web de ambas empresas, www.bardahl.com.ar, y www.bardahl.es, figura la historia de la firma Bardahl Manufacturing Corporation, relativa a cómo fueron sus comienzos en 1939, en los Estados Unidos, y cómo fue creciendo y distribuyéndose en todo el mundo.

Si bien nuestro derecho no ha definido expresamente el concepto de “empresa multinacional”, lo cierto es que la misma pertenece al género de “grupo de empresas”, es decir que se trata de un conjunto económico con actividad comercial distribuida internacionalmente.

Aclaro, que se trata de un conjunto de empresas, formal y aparentemente independientes, que están entrelazadas recíprocamente, formando un todo, ya que responden a un mismo interés. Ello, porque existe una unidad en el fondo, bajo la forma de pluralidad de personas, aparentemente distintas.

Las empresas multinacionales, tienen un sistema de producción o prestación de servicios integrados con varias unidades localizadas en distintos países, sometidas a una dirección centralizada en una casa matriz.

Luego, por el principio de primacía de la realidad, las sociedades jurídicamente independientes, sometidas a una dirección única, son consideradas como una unidad económica, que se asimila a una sola empresa.

En consecuencia, el grupo económico se convierte en definitiva, en la única y verdadera empresa, por lo que mal podría argumentar Bardahl Lubricantes Argentina SA, que nada tenía que ver con la empresa ubicada en España, que pertenece al mismo conjunto empresario.

Todo lo referido torna evidente que existió entre las entidades una red de intereses, criterio este en relación con el cual, tiene dicho la jurisprudencia en sede comercial, in re "Poggi, Raúl Alberto y otra c/ Laprida S.A.C.I. y otro s/ ordinario" (CNCOM. SALA A, del 29/12/2008), que "en las redes hay un contrato marco como medio para alcanzar fines individuales y comunes, y por ello se generan relaciones bilaterales entre concedente y concesionario, que representan los objetivos individuales. Además existen relaciones entre todos los miembros de la red, porque saben que obtienen de ella un beneficio adicional, que es incremento de la distribución y de las ventas. El contrato marco regula el aspecto común de las redes. Tiene un carácter asociativo, no es una sociedad porque hay empresas independientes entre sí y no hay un beneficio común a repartir, existe porque hay un interés común que se alcanza cuando una parte contratante posee interés personal y directo en la obligación de la contraparte. Una de las partes obtiene satisfacciones indirectas a través de la prestación que realiza la otra, sin que exista un vínculo de cambio. Así las cosas, esa actuación concertada, produce una utilidad que excede la noción de prestación...en la conexidad hay un interés asociativo que se satisface a través de un negocio que requiere de varios contratos unidos en sistema, la causa en estos supuestos vincula a sujetos que son partes de distintos contratos, situándose fuera del vínculo bilateral, pero dentro del sistema o red contractual. Ello significa que hay una finalidad económico-social, que trasciende la individualidad de cada contrato y que constituye la razón de ser de su unión, si se desequilibra la misma, se afecta todo el sistema y no solo uno de los contratos. Esta causa reside en el funcionamiento integral y eficiente del sistema, a tal punto que se ha llegado a afirmar, que quienes son parte en los contratos encadenados, no resultan "verdaderos terceros", en lo que a la esfera de responsabilidad respecta" (en sentido análogo, Sentencia Nro. 2650, del 8.12.09, dictada por la suscripta como Juez de primera instancia, del Juzgado Nacional del Trabajo Nro. 74, en autos "Rodrigues Pessoa, Edson y otros c/ Cía. Láctea del Sur S.A. y otros s/despido")

Aclaro, que en ningún momento la sentenciante de anterior grado, manifestó que Bardahl Argentina fuera una "filial" de la empresa española, sino que la primera, se benefició con la publicación del comercial en cuestión, en la página Web de la segunda, y que debe responder por los daños y perjuicios ocasionados, porque estaba bajo su responsabilidad, controlar que la imagen del actor no continuase publicándose, una vez vencidos los plazos de prórroga convenidos.

A la luz de todo lo expuesto hasta aquí, no cabe duda que ambas empresas comparten un interés común, que es el crecimiento de la comercialización y distribución a nivel mundial de los productos de lubricantes y aditivos Bardahl, por lo que, un aviso comercial que publicite algún producto perteneciente al conjunto económico, en definitiva las beneficiaba.

Tampoco considero un argumento viable, el hecho de que si una publicidad se sube a una página de Internet española, no sea susceptible de beneficiar a una empresa argentina. Dado que en la actualidad, por el avance de la tecnología, los medios de comunicación, y en especial, por el fomento de la

navegación por la Internet, sin límites, una persona puede tener acceso e intercambiar información, desde cualquier lugar del mundo.

Los extremos señalados, me llevan a recordar el llamado laundry list (lista de ropa sucia) de EEUU, que es un test que contiene los estándares de las cortes estatales y de la Corte Suprema, utilizado a fin de determinar si corresponde o no aplicar la teoría del alter ego (o disregard), funcionando algunos como prueba plena y otros como presunciones. Cada vez que se presenta un caso como éste, se hace un “alter ego test”, que consiste en oponer la “laundry list”, donde graciosamente, a raíz de la serie de pruebas y presunciones, se termina concluyendo que “si la cosa camina como un pato, tiene plumas como un pato, tiene patas palmípedas como los patos, emite sonido como un pato...entonces es un pato” (figura, que, como se advertirá, con cambio de sujeto, es universal).

Veamos así, algunos standards, en el da la confusión de intereses y bienes, se presenta una situación donde es muy difícil justificar los patrimonios (que también puede darse en el vínculo entre socios y la sociedad): en “Henderson v. Rounds & Porter Lumber Co.” (99, F. Sup.376, 381, W.D.Ark.1951). En este caso, se resolvió que el accionista controlante, debía ser responsable por las deudas de la subsidiaria concursada, por haber manipulado los asuntos de la misma en su beneficio. De modo que “el interés del accionista no estaba en la maximización de los beneficios del grupo, sino en su utilización como una fuente de aprovisionamiento a precio más bajo que el del mercado... resultando la sociedad una mera agencia o departamento para el mejoramiento de los propios intereses de la dominante”.

Cuando en vinculaciones de esta especie entran a jugar los lazos familiares (por ejemplo, cuando los socios de unas y otras sociedades son miembros de la misma familia, como sucede en el caso con David Landesman Malagold, Nicolás Adrián Landesman Malagold, Sebastián Landesman Sanguinetti y Natan David Landesman) también se produce una suerte de inversión probatoria. En ese sentido, recordemos el precedente de esta Sala “Cingiale, María c/ Polledo Agropecuaria S.A. y otros” (sentencia N° 78.349 del 2.3.99), y las palabras de Nissen, que nos proponía una reforma legislativa declarando una especie de culpa in vigilando, en las sociedades de familia..

También la existencia de empleados compartidos entre las “distintas” empresas, integrantes del conjunto económico, puede funcionar como un disparador del disregard. Aquí, ese rol, lo estaría cumpliendo el actor.

Ello, en razón de que es muy difícil de establecer en interés de cuál de las ¿distintas? empresas, se encuentra el empleado trabajando, o si en definitiva no se trata siempre de los mismos intereses.

La corte del estado de Georgia, tomó este criterio, junto con el de la confusión de fondos, para definir el caso “NEC Technologies Inc. v. Nelson”.

En el mismo, también se presenta en forma diáfana el criterio de la existencia de oficinas compartidas, standard emparentado con el de los empleados comunes. En la especie, el “compartido”, sería el espacio virtual.

Destaco que ambos criterios, el de las oficinas compartidas y el de los empleados comunes, han sido habitualmente desacreditados por parte de la doctrina en nuestro país, como datos carentes de importancia. Cuando es de sentido común que, quien opera en estos términos, genera una confusión y por lo tanto, debe

pesar sobre él la carga de la independencia societaria (ver “Alvarez, Fernando Esteban c/ Emprendimientos 2001 SRL y otros s/ despido”, sentencia N° 2016 del 29/6/2004, del registro del Juzgado N° 74 del fuero).

En el caso “Typhoon Industries Inc.” (Bankr.886, EDNY 1980), el Tribunal de quiebras, aunó a los criterios de la confusión de cuentas, y de traspaso de bienes, el de las oficinas compartidas.

Así, se impuso la responsabilidad a una afiliada, por las deudas impositivas de sus tres sociedades hermanas (es decir, también subsidiarias o dependientes como ella) que fueron disueltas. Las mismas habían funcionado como una sola unidad, bajo la administración común de un socio accionista, compartiendo oficina y teléfono. El deudor pagaba los gastos más importantes, aprobaba todos los contratos por sus afiliadas, depositaba el producto de las ventas en su propia cuenta corriente bancaria, se apropiaba de los excedentes en efectivo y describía a las filiales en el encabezado de su correspondencia comercial, como sus propias divisiones. El Tribunal concluyó que las afiliadas, eran meros instrumentos y alter ego de la dominante, y que hubiera sido inequitativo permitir al deudor escapar a la responsabilidad por las deudas fiscales.

He recurrido en este decisorio al criterio de los standares de la Corte de los EEUU (y también estatales), porque la misma es conocida por su pragmatismo, apego a la realidad y sentido común, y sus criterios han sido utilizados muchas veces en nuestro país. Sin embargo, y no tan extrañamente, fueron dejados de lado en el tema del disregard. Justamente, una cuestión en la cual dicha Corte, como ha quedado demostrado, ha aplicado la teoría, cada vez que ha correspondido técnicamente hablando.

Este recurso argumental, de mi parte, tiene la intención de mostrar cómo, estamos en presencia de un problema de tipo universal, objetivo, que merece una respuesta como la brindada, a fin de que la comunidad (en el caso, expresada en los trabajadores), no sea burlada con veladas estrategias comerciales y argumentales, que solo serían pertinentes si no recorrieran los andariveles de la ilicitud.

Esta comunidad de intereses, impone citar aquí la denominada “teoría del sombrero”. La misma evoca a dos personas muy conocidas del cine antiguo: Buster Keaton y Charles Chaplin, cada uno con su típico sombrero. Los jueces de la Corte Norteamericana, a fin de convocar el sentido común para justificar la necesaria inversión probatoria, tomaron por base de razonamiento a estos personajes y dijeron lo siguiente. Si Keaton y Chaplin, se hubiesen intercambiado sus sombreros y nosotros los estuviésemos observando desde la terraza de la Corte, consideraríamos erróneamente que Keaton es Chaplin y viceversa. Luego, serían ellos mismos quiénes, al haber introducido un factor de confusión en la comunidad, tendrían la carga de la prueba de acreditar que esto no era así. De manera que esto mismo sucede con las sociedades (corporaciones, según el caso), cuando una realiza actos que llevan a presumir que es otra. Se introduce un factor de error en la comunidad, que invierte la carga probatoria.

De modo que, es evidente, que estamos en presencia de un conjunto económico, que si bien las empresa Bardahl Argentina y Bardahl España, son sociedades jurídicamente independientes, las mismas se encuentran entrelazadas, porque responden a una dirección e interés común, tal como he referido supra, conforme la jurisprudencia citada. En consecuencia, estimo que ambas se beneficiaron con la difusión del comercial “mecánico”.

Además, agrego que sin perjuicio del reclamo efectuado por Bardahl Argentina vía e-mail a Bardahl España, para que quitara el aviso publicitario de

su sitio de Internet, lo cierto es que hoy en día, si entramos al mismo, podemos visualizar que no se cumplió con lo requerido, ya que el link de acceso directo al aviso publicado en Youtube continúa vigente.

Por todo lo expuesto hasta aquí, corresponde confirmar la condena de la empresa Bardhal Lubricantes Argentina SA, por los daños y perjuicios ocasionados al actor, por el uso indebido de su imagen del actor.

A fin de ver otros standares, convoco a la lectura de los precedentes "Girado Sergio Amadeo c/ Rioja Ricardo Marcelo y otros s/ despido", SD 92650, del 11.08.11, y "De Gennaro Gastón Amilcar c/ 1240 SA y otros s/ despido", SD 92.724 del 29.08.11, ambas del registro de esta sala.

Resuelta esta cuestión, trataré los agravios vertidos por la parte actora.

En cuanto al rechazo del reclamo por lucro cesante y pérdida de la chance, estimo que el mismo debe ser probado por quien lo invoca.

Recuerdo que cuando una persona, a raíz de un hecho dañoso, sufre la pérdida o la frustración de obtener ganancias, ya sea de forma mediata o inmediata, padece de un lucro cesante o de una pérdida de chance.

Para que dichas reparaciones resulten ser procedente, es necesario que el interesado pueda demostrar que la posibilidad de obtener ganancias sea real, y de que se acredite fehacientemente la ocurrencia del infortunio que lo impidió.

Si bien considero que es un argumento válido, por parte del actor, que se encontraba obstaculizado para ser contratado por empresas competidoras de Bardahl, porque la publicidad "mecánico", continuaba difundándose en Internet, lo cierto es que el mismo no produjo prueba de ninguna especie, para demostrar que haya sido rechazado, por tal motivo, de entrevistas o castings a los que se presentara. En consecuencia, corresponde mantener lo decidido en la instancia anterior.

En el mismo sentido, el autor Bustamante Alsina Jorge, en "Responsabilidad Civil por violación del derecho a preservar la propia imagen", ED 171 94, manifestó que "la publicación de retratos sin la previa autorización del interesado contrariando el uso consentido por éste, comporta la presunción legal iuris et de iure, de que ello viola su intimidad y que, por ende, debe admitirse la reparación del daño moral, que es la consecuencia necesaria del ilícito que se dirige a perturbar el ámbito más reservado y sensible del sujeto pasivo. El daño patrimonial que eventualmente ocasione la publicación de un retrato en las circunstancias de un hecho ilícito, debe ser objeto de prueba en el proceso, ya sea como daño emergente, como lucro cesante, o aún la pérdida de la chance de obtener una ventaja económica".

Desde una doctrina clásica a una amplia del derecho moral, estimo que siempre procede este tipo de resarcimiento por violación de los derechos inherentes a la personalidad, lo que supone un sufrimiento, padecimiento, o una molestia, que aunque no sea permanente debe ser indemnizada.

Si bien como lo señalara al tratar la pérdida de la chance, y el lucro cesante, no contamos con una constancia de que otra empresa del ramo hubiera querido contratar al actor, como tampoco tenemos ahora que efectivamente el mismo hubiera sufrido algún juicio por competencia desleal, o violación del deber de exclusividad, por parte de la demandada. Estos serían aspectos materiales que no se

habían actualizado aún, sino que estaban en potencia. Distinto es el caso del daño moral, el que se actualizó inmediatamente, dado que el accionante “se sintió” atado por la exhibición de su imagen, sin su consentimiento, para disponer de ella.

En consecuencia, si el actor hubiera sido contratado para trabajar en un aviso publicitario de una empresa competidora de Bardahl, sin saber que el aviso publicitario “mecánico” seguía difundándose, podía haber sido demandado judicialmente por competencia desleal, o violación al deber de exclusividad, lo cual le hubiera generado un grave perjuicio no sólo económico, sino moral, porque se vería afectada su imagen pública y su honor.

En estas condiciones, corresponde hacer lugar a la reparación por daño moral, por la suma de \$2.240 (pesos dos mil doscientos cuarenta), siguiendo para ello la proporción del Fallo Plenario N° 243, en autos “Vieytes, Eliseo c/ Ford Motor Argentina S.A.”, del 25.10.1982; solo por compartir su criterio, y para construir una vez más mi punto de vista, puesto que la obligatoriedad de los fallos plenarios, se ve afectada por la inconstitucionalidad del art. 303 del CPCCN, al imponer vinculancias a los jueces contrarias al mandato constitucional, sólo obligados por la Constitución Nacional, y las normas dictadas con arreglo a la misma.

En relación al reclamo por responsabilidad solidaria de la agencia de publicidad y la productora, tendré en miras el convenio colectivo Nro. 102/90, y sus modificaciones (fs. 373/401).

El art. 27, del citado convenio, determina que los productores, agencias de publicidad y los anunciantes, serán responsables del cumplimiento de los pagos emergentes del convenio, con excepción de que la agencia no hubiera suscripto el correspondiente contrato, en cuyo caso solo responderá el productor. En los casos en que el film publicitario fuese difundido, el anunciante también será responsable.

A continuación, a la agencia de publicidad, se la exime de responsabilidad cuando en las renovaciones a las que alude el art. 21, no interviniere en la difusión del material publicitario.

Luego en el acuerdo del 2007, modificó este último artículo de la siguiente manera: “...al vencimiento del contrato original, la productora no será responsable por la difusión del comercial en sitios de acceso gratuito a Internet, salvo que se probare la responsabilidad directa de ésta en la difusión de los mismos..”

En el 2009, se suscribió otro convenio en el que se aclaró en el “Título III. Uso Institucional, inc. e”, que “las productoras, agencias y anunciantes no serán responsables por la difusión del comercial por terceros en Internet o su uso periodístico por cualquier medio, salvo que se probare la responsabilidad directa de estas partes, en la difusión de los mismos, sin perjuicio de lo previsto en el convenio 322/75” (ver oficio remitido por la Cámara Argentina de la Industria de Cine y Video Publicitario, fs. 373/401).

Teniendo en cuenta que el actor no logró acreditar que la productora y la agencia de publicidad, Vértigo Films SRL, y Fischer America Argentina SA, hubieren tenido responsabilidad directa en el uso indebido de su imagen, en sitios de acceso gratuito a Internet, corresponde confirmar lo decidido en la primera instancia.

En cuanto a la multa por mora en el pago fijada en la primera instancia, de acuerdo con el convenio complementario del 2009, art. XII, cabe señalar que la norma establece que “a partir del día 16 de la mora se devengarán cincuenta

pesos diarios por actor hasta el efectivo pago". Por lo que corresponde aclarar en el punto, que la multa por mora continuará devengándose hasta su efectivo pago.

Por todo lo expuesto hasta aquí, corresponde modificar parcialmente la sentencia de primera instancia, en cuanto a la acción interpuesta contra Bardahl Lubricantes Argentina SA, y elevar el monto de condena hasta la suma de \$44.358 (pesos cuarenta y cuatro mil trescientos cincuenta y ocho). Asimismo, corresponde confirmar la acción interpuesta contra las codemandadas Vértigo Films SRL y Fischer América Argentina SA.

Ante el nuevo resultado del litigio, sin perjuicio de lo dispuesto por el art. 279 CPCC, corresponde mantener las costas impuestas a la codemandada vencida Bardahl Lubricantes Argentina SA, y las regulaciones de honorarios practicadas en la instancia anterior.

Ahora, propongo que las costas de alzada, por la acción deducida contra Bardahl Lubricantes Argentina SA sean impuestas a cargo de de la misma, en atención al principio objetivo de la derrota (artículo 68 del CPCCN).

Respecto de la acción interpuesta contra Vértigo Films SRL y Fischer América Argentina SA, por la particular naturaleza de las cuestiones debatidas, estimo que el actor pudo considerar asistido de mejor derecho para litigar, por lo que corresponde imponer las costas de esta instancia en el orden causado (art. 68, segundo párrafo, del CPCCN).

También propicio regular los honorarios de alzada, a los letrados intervinientes por las partes actora, y codemandadas Bardahl Lubricantes Argentina SA, Vértigo Films SRL y Fischer América Argentina SA en el 30% (treinta por ciento), 25% (veinticinco por ciento), 30% (treinta por ciento) y 30 % (treinta por ciento), respectivamente, a calcular sobre lo que les corresponda por su actuación en la anterior instancia (arts. 38 de la ley 18.345, 6,7,8,9, 14 y cc de la LA, y ley 24432).

En relación con la adición del IVA a los honorarios regulados, esta Sala ha decidido en la sentencia 65.569 del 27 de septiembre de 1993, en autos "Quiroga, Rodolfo c/Autolatina Argentina S.A. s/ accidente-ley 9688", que el impuesto al valor agregado es indirecto y por lo tanto grava el consumo y no la ganancia, por lo que debe calcularse su porcentaje, que estará a cargo de quien deba retribuir la labor profesional. En el mismo sentido se ha pronunciado la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa "Compañía General de Combustibles S.A. s/recurso de apelación" (C.181 XXIV del 16 de junio de 1993), al sostener "que no admitir que el importe del impuesto al valor agregado integre las costas del juicio –adicionárselo a los honorarios regulados- implicaría desnaturalizar la aplicación del referido tributo, pues la gabela incidiría directamente sobre la renta del profesional, en oposición al modo como el legislador concibió el funcionamiento del impuesto".

Voto, en consecuencia para que: I.- Modificar lo resuelto en la anterior instancia y elevar el monto de condena a la suma de \$44.358 (pesos cuarenta y cuatro mil trescientos cincuenta y ocho), que será abonada en la forma, en el plazo, y con más los intereses determinado en grado, con la salvedad de que la multa diaria por mora en el pago, continuará devengándose hasta su efectivo pago; II.- Mantener las costas de primera instancia impuestas a la codemandada vencida Bardahl Lubricantes Argentina SA, y las regulaciones de honorarios practicadas; III.- Imponer las costas de alzada, por la acción deducida contra Bardahl Lubricantes Argentina SA a cargo de de la misma, en atención al principio objetivo de la derrota; IV.- Respecto

de la acción interpuesta contra Vértigo Films SRL y Fischer América Argentina SA, imponer las costas de esta alzada en el orden causado; V.- Regular los honorarios de esta instancia, a los letrados intervinientes por las partes actora, y codemandadas Bardahl Lubricantes Argentina SA, Vértigo Films SRL y Fischer América Argentina SA en el 30% (treinta por ciento), 25% (veinticinco por ciento), 30% (treinta por ciento) y 30 % (treinta por ciento), respectivamente, a calcular sobre lo que les corresponda por su actuación en la anterior instancia; VI.- En caso de tratarse de responsables inscriptos, deberá adicionarse a las sumas fijadas en concepto de honorarios de los profesionales actuantes en autos el impuesto al valor agregado, que estará a cargo de quien deba retribuir la labor profesional.

El Doctor Néstor Miguel Rodríguez Brunengo dijo:

Por compartir sus fundamentos, adhiero al voto de mi distinguida colega Dra. Diana Regina Cañal.

Por todo ello, **el Tribunal RESUELVE:** I.- Modificar lo resuelto en la anterior instancia y elevar el monto de condena a la suma de \$44.358 (pesos cuarenta y cuatro mil trescientos cincuenta y ocho), que será abonada en la forma, en el plazo, y con más los intereses determinado en grado, con la salvedad de que la multa diaria por mora en el pago, continuará devengándose hasta su efectivo pago; II.- Mantener las costas de primera instancia impuestas a la codemandada vencida Bardahl Lubricantes Argentina SA, y las regulaciones de honorarios practicadas; III.- Imponer las costas de alzada, por la acción deducida contra Bardahl Lubricantes Argentina SA a cargo de de la misma, en atención al principio objetivo de la derrota; IV.- Respecto de la acción interpuesta contra Vértigo Films SRL y Fischer América Argentina SA, imponer las costas de esta alzada en el orden causado; V.- Regular los honorarios de esta instancia, a los letrados intervinientes por las partes actora, y codemandadas Bardahl Lubricantes Argentina SA, Vértigo Films SRL y Fischer América Argentina SA en el 30% (treinta por ciento), 25% (veinticinco por ciento), 30% (treinta por ciento) y 30 % (treinta por ciento), respectivamente, a calcular sobre lo que les corresponda por su actuación en la anterior instancia; VI.- En caso de tratarse de responsables inscriptos, deberá adicionarse a las sumas fijadas en concepto de honorarios de los profesionales actuantes en autos el impuesto al valor agregado, que estará a cargo de quien deba retribuir la labor profesional.

Regístrese, notifíquese y oportunamente, devuélvase.

Nestor M. Rodriguez Brunengo
Juez de Cámara

Diana Regina Cañal
Juez de Cámara

Ante mí:

Stella Maris Nieva

9

Prosecretaria Letrada