

Centro Regional para el Fomento del Libro en América Latina y el Caribe © CERLALC, 2009
Selección y disposición de las materias y comentarios, Ricardo Antequera Parilli

Transmisión del derecho. Interpretación de los contratos. Obra por encargo.

PAÍS U ORGANIZACIÓN: Argentina

ORGANISMO: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala E

FECHA: 25-6-2004

JURISDICCIÓN: Judicial (Civil)

FUENTE: Texto del fallo en <http://www.eldial.com/>

OTROS DATOS: Santander de Santamaría, Cristina vs. López Gutiérrez, Benilde y otros

SUMARIO:

Del voto del doctor Calatayud:

“Ninguna de las partes controvierte en esta instancia las circunstancias de la causa que la magistrada tuvo por acreditadas ... a saber: 1º) que Benilde López Gutiérrez, en representación de «Balceal S.A.», a principios de marzo de 1992 encargó verbalmente a la actora la realización de un dibujo y su pintura, consistente en un «trasto» escenográfico que integraría el decorado general del programa «Dulce Hogar», recibiendo como precio por la tarea la suma de \$ 2000. La obra consistió en la fachada de una casa alpina, tipo chalet, cuyas características allí describió, tratándose de un dibujo inspirado en el «arte popular campesino». 2º) Las codemandadas «Coto» y «Coca Cola» organizaron un concurso que se desarrolló en el programa antes aludido, ... publicitándose en las empresas citadas a través de la exhibición en las góndolas del supermercado de una reproducción por producción imitada consistente en un exhibidor de mercaderías, que presenta una simbología semejante a la obra original, diferenciándose de ella en el tamaño y la colocación de logotipos de publicidad”.

[...]

“... aun colocándonos en la posición más favorable para la actora en el sentido de que la obra intelectual por ella creada está amparada por las disposiciones de la ley 11723¹ como original y novedosa, ... la demanda no podrá prosperar ... En efecto, en primer lugar, cabe puntualizar que ... estamos frente a una hipótesis de obra por encargo, que es cuando se le encomienda al autor que cree determinada producción mediante el pago de una remuneración y para ser utilizada en la forma y con los alcances estipulados entre él y su comitente”.

[...]

¹ Ley argentina de Propiedad Intelectual, nota del compilador.

“... no ha existido un indebido aprovechamiento por parte de las demandadas de la obra intelectual creada por la actora. Para ello tengo en cuenta que ellas eran patrocinadoras del programa televisivo aludido y organizaron en él un concurso, promocionándolo en los supermercados «Coto», es decir, no ha habido un cambio de destino en el sentido estricto de la expresión, toda vez que el programa y el concurso eran parte de un mismo «paquete» y, entonces, el dibujo realizado por la accionante, si bien con algunas pequeñas modificaciones derivadas de tener que adaptarlo para presentarlo en un stand, fue utilizado para el mismo fin para el que había sido concebido, en tanto el exhibidor, al igual que el «trasto» original, servía para publicitar los productos de las empresas accionadas, a la par que lo hacía también para el programa por ellas auspiciado”.

[...]

Del voto del doctor Mirás:

“... las fotografías y publicaciones incorporadas al proceso dan cuenta de la utilización de la obra concebida y ejecutada por la actora como propaganda de Coca Cola y Coto, pero también lo es ... que estas empresas eran patrocinadoras del referido programa, el que era promocionado al unísono con la mencionada propaganda en los stands en los que se daba a publicidad el concurso que en él se desarrollaba, exponiéndose la casita con el logotipo de «Dulce Hogar».”

“Es obvio que si la actora vendió por un precio el referido cuadro para ese programa, debió serlo respecto de todos los contenidos de éste, con inclusión del concurso”.

“Es claro, también, que su consentimiento pudo no haber abarcado la reproducción de la obra en los stands a los que se refiere la demanda, pero, en todo caso, la ausencia de contrato escrito impide concretar mayores precisiones sobre el particular”.

Del voto del doctor Dupuis:

“... el alcance de los derechos transmitidos debe interpretarse restrictivamente. Y en el caso el destino explícito de la obra, autorizado en el contrato celebrado entre las partes, era el de dar marco escenográfico que integraría el decorado general del programa «Dulce Hogar», mas no el de servir de marco para la promoción de una cadena de supermercados y de una bebida de consumo masivo”.

[...]

“Esa propaganda se hizo en diversos supermercados y por medios gráficos, según ejemplares que aportan los propios demandados. Son ilustrativos a ese fin los ejemplares del diario Clarín, «Suplemento especial», espacio de publicidad dedicado a promocionar los productos del supermercado, como así también a la empresa de bebidas aquí demandada, donde a página entera la efectúa en diversas oportunidades y con gran despliegue promocionó el «Gran Concurso Venga a Coto y Gane». Y como surge de la vista de los ejemplares, «Dulce Hogar» aparece en tipo mucho más chico y casi desapercibido frente a los hombres o logos de propaganda de las firmas auspiciantes ..., que captan la atención de los lectores. En realidad, más que al concurso se promocionó a los auspiciantes. En tales

condiciones, la referida propaganda, a mi juicio, excede el alcance de los derechos adquiridos por la empresa citada en primer término y viola el principio de «independencia de los derechos».”

“Es que la autorización comprendida en la transmisión de la propiedad material de la cosa era la de su exhibición televisiva, dentro del marco del programa para el que se encargó, pero ello no implica la reproducción con un destino distinto, cual es la publicidad de un producto de consumo masivo y de una cadena de supermercados, para lo cual debió modificarse el tamaño de la obra, resaltarse algunos colores e insertar los logos de las empresas que efectuaban la publicidad”.

“La circunstancia de que ambas empresas hubieran aprovechado la obra en virtud de un contrato celebrado con la propietaria material de ella le es inoponible al propietario intelectual, puesto que nadie puede transmitir un derecho mejor o más extenso que el que gozaba, y, recíprocamente, nadie puede adquirir sobre un objeto un derecho mejor y más extenso que el que tenía aquel de quien lo adquiere ... Ello, sin perjuicio, claro está, de los derechos que -en su caso- pudieran ejercer contra quien indebidamente autorizó el ejercicio de un derecho que no tenía”.

COMENTARIO: La misma discrepancia entre los jueces de la Cámara en cuanto a la solución de la controversia (aunque la mayoría haya optado por desestimar la demanda), revela lo complejo del problema. En primer lugar debe tomarse en cuenta que conforme a muchas legislaciones los contratos de cesión de derechos y de licencias de uso sobre las obras deben celebrarse por escrito, aunque la tendencia mayoritaria tiende a considerar que se trata de una formalidad “*ad probationem*” y no “*ad solemnitatem*”, a menos que la ley aplicable disponga expresamente otra cosa. Ese medio probatorio resulta la vía más apropiada para determinar lo pactado entre las partes y el alcance de los derechos cedidos o licenciados. En segundo lugar, sea por falta de previsión en el contrato o por ausencia de uno expresado en forma escrita, si las partes no previeron los modos de explotación objeto de la cesión o de la licencia, muchos ordenamientos disponen que “*si no se especificaren de modo concreto la modalidad de explotación, el cesionario sólo podrá explotar la obra en la modalidad que se deduzca necesariamente del propio contrato y sea indispensable para cumplir la finalidad de éste*”, lo que por lo demás responde a una sana interpretación de los contratos en general. Pero en todo caso, esa interpretación debe partir de dos principios fundamentales en derecho de autor: el de la “*independencia de los derechos*” y el de la “*interpretación restrictiva*” de los contratos. Por el primero, cada modalidad de explotación es independiente de las demás y cada una de ellas debe ser autorizada expresamente; y por el segundo, los efectos de las cesiones o de las licencias de derechos para el uso de las obras deben limitarse a las modalidades de uso que hayan sido pactadas de manera explícita por las partes contratantes, sin que se admitan interpretaciones analógicas o extensivas. © **Ricardo Antequera Parilli, 2009.**

TEXTO COMPLETO:

¿Es arreglada a derecho la sentencia apelada?

El Dr. Calatayud dijo:

En la sentencia de fs. 998/1006 la a quo, luego de considerar que la obra realizada por la actora era creativa y poseía originalidad,

decidió que estaba protegida por las disposiciones de la ley 11723 y que si bien su autor había contratado con "Balceal S.A." - representada en ese acto por la codemandada López Gutiérrez- su explotación destinada a la escenografía del programa televisivo "Dulce Hogar", ello no significó ceder el derecho a divulgarla con otro destino, circunstancia que debía ser conocida por quien encargó su

confección. Además, refirió que su exhibición para promocionar un concurso promovido por "Coto S.I.C.S.A." y "Coca Cola S.A.I.C. y F." resultó violatoria del derecho autoral, por lo que deben hacerse cargo de los daños y perjuicios consiguientes, sin que resulte óbice el hecho de que la Sra. de Santamaría haya inscripto su obra inédita en el registro pertinente luego de cuatro meses de difundida, pues la suspensión prevista en el art. 63 ley 11723 debe interpretarse restrictivamente, no refiriéndose a obras que no han sido editadas y que se hacen públicas de otro modo. Tampoco empece a la conclusión indicada -señaló la magistrada- que se trate de una obra por encargo a cambio de un precio, puesto que el autor goza de la plenitud de su derecho de reclamar el perjuicio material y moral. Finalmente, consideró que las empresas mencionadas no podían librarse de su responsabilidad, aun cuando "Balceal S.A." hubiere autorizado la promoción del concurso, pues ésta no estaba autorizada a disponer de los derechos autorales de "La casita Dulce Hogar" para cambiar su destino específico, en tanto los conocimientos especiales del personal publicitario de ellas debieron prever esta circunstancia a la luz de la doctrina del art. 902 CCiv. Estableció como daño patrimonial, y en uso de la prerrogativa que le confiere el art. 165 CPCCN. (2), la suma de \$ 8000 y en concepto de daño moral, la de \$ 10.000, importes por los que las condenó, con más sus intereses a devengarse desde el 31/12/1992, fecha en que concluyó la promoción, y las costas del proceso.

Planteada por la actora aclaratoria del pronunciamiento, decidió que a la fecha de contestación de la citación como tercero dispuesta contra "Balceal S.A." no se encontraba vigente el art. 96 CPCCN., reformado por ley 25488, de manera que su condena hubiera vulnerado su derecho de defensa, por lo que no corresponde disponerla (ver fs. 1013).

Contra la sentencia aludida se alzan todas las partes. Mientras la actora se agravia por considerar exiguos los montos indemnizatorios (ver fs. 1096/99), las demandadas condenadas lo hacen por la responsabilidad que se les ha endilgado y, en subsidio, por los importes reconocidos, añadiendo "Coca Cola" quejas

acerca del dies a quo de los intereses y por la falta de condena a la tercera citada (ver fs. 1100/10 y 1112/18).

Ninguna de las partes controvierte en esta instancia las circunstancias de la causa que la magistrada tuvo por acreditadas a fs. 1000 vta., a saber: 1º) que Benilde López Gutiérrez, en representación de "Balceal S.A.", a principios de marzo de 1992 encargó verbalmente a la actora la realización de un dibujo y su pintura, consistente en un "trasto" escenográfico que integraría el decorado general del programa "Dulce Hogar", recibiendo como precio por la tarea la suma de \$ 2000. La obra consistió en la fachada de una casa alpina, tipo chalet, cuyas características allí describió, tratándose de un dibujo inspirado en el "arte popular campesino". 2º) Las codemandadas "Coto" y "Coca Cola" organizaron un concurso que se desarrolló en el programa antes aludido, concurso que abarcó un período comprendido entre el 19/8/1992 y el 31/12/1992, publicitándose en las empresas citadas a través de la exhibición en las góndolas del supermercado de una reproducción por producción imitada consistente en un exhibidor de mercaderías, que presenta una simbología semejante a la obra original, diferenciándose de ella en el tamaño y la colocación de logotipos de publicidad.

Ello establecido, y aun colocándonos en la posición más favorable para la actora en el sentido de que la obra intelectual por ella creada está amparada por las disposiciones de la ley 11723 como original y novedosa, a mi juicio, en el particular caso de autos la demanda no podrá prosperar, debiéndose, en consecuencia, revocar la sentencia de primera instancia, con lo que adelanto de esta manera el sentido de mi voto. En efecto, en primer lugar, cabe puntualizar que, tal como lo recuerda la juez, estamos frente a una hipótesis de obra por encargo, que es cuando se le encomienda al autor que cree determinada producción mediante el pago de una remuneración y para ser utilizada en la forma y con los alcances estipulados entre él y su comitente. Éste sólo podrá efectuar la explotación prevista en el contrato (conf. Lipszyc, "Derechos de autor y derechos conexos", p. 145, n. 3.5, letra A). Como la

cuestión de determinar si existió o no cesión de derechos intelectuales ha sido apreciada restrictivamente por la jurisprudencia, es conveniente que las partes formalicen la contratación por escrito, especificando qué es lo que se cede y qué no, puesto que el autor de la obra conserva todo lo que no haya sido cedido ni renunciado expresamente (conf. Emery, "Propiedad intelectual. Ley 11723 comentada, anotada y concordada con los tratados internacionales", p. 143, n. 9).

Pues bien, es mi convicción que no ha existido un indebido aprovechamiento por parte de las demandadas de la obra intelectual creada por la actora. Para ello tengo en cuenta que ellas eran patrocinadoras del programa televisivo aludido y organizaron en él un concurso, promocionándolo en los supermercados "Coto", es decir, no ha habido un cambio de destino en el sentido estricto de la expresión, toda vez que el programa y el concurso eran parte de un mismo "paquete" y, entonces, el dibujo realizado por la accionante, si bien con algunas pequeñas modificaciones derivadas de tener que adaptarlo para presentarlo en un stand, fue utilizado para el mismo fin para el que había sido concebido, en tanto el exhibidor, al igual que el "trasto" original, servía para publicitar los productos de las empresas accionadas, a la par que lo hacía también para el programa por ellas auspiciado.

Y si ello es así, a mi juicio, resulta erróneo el criterio de la magistrada al sostener que actuaron negligentemente en la emergencia, pues, por el contrario, lo hicieron con razonable diligencia al requerir la autorización de la productora del programa de televisión para utilizar su escenografía (ver documento de fs. 87). Repárese, por lo demás, en que la cesión no había sido inscrita en el Registro de la Propiedad Intelectual, de conformidad con lo que dispone el art. 53 ley 11723, hipótesis en la cual habría podido producir efectos frente a terceros, como lo eran las demandadas, pues aquella -la productora ("Balceal S.A.")- no fue traída a juicio como tal. Es más, en el caso no digo ya la cesión, sino que tampoco la misma obra se encontraba inscrita, pues recién se lo hizo el 29/12/1992, dos días antes del levantamiento del programa, hecho que ocurrió el 31/12/1992, para el cual la obra habría

estado -en su postura- destinada con exclusividad.

A la inexistencia de la inscripción se refiere la norma del art. 63 ley 11723, disponiendo la suspensión de los derechos de autor hasta el momento en que se la efectúe, pero, en lo que aquí nos interesa, debe entenderse como que quienes de buena fe hubieran constituido derecho por cesión o de otro modo de obras intelectuales no pueden ser perjudicados por la existencia de un derecho no registrado. Es decir, el principio establecido en este precepto legal resguarda los derechos de los terceros de buena fe, esto es, de quienes han ignorado sin culpa de su parte la autoría de un derecho intelectual no inscripto (ver C. Nac. Civ., sala A, voto del Dr. Llambías, en ED 26-771; sala F, voto de la Dra. Conde, en LL 1992-B-475). Por consiguiente, toda vez que en el sub examine, como dijera, la inscripción recién se produce el 29/12/1992 y el programa y la promoción cesaron dos días después, es claro que tanto "Coto" como "Coca Cola" deben ser considerados como terceros de buena fe al ignorar a quién pertenecía la autoría del dibujo en cuestión, máxime cuando exigieron, antes de emprender la promoción y el concurso, expresa autorización de quien se decía productora del programa "Dulce Hogar".

Lo expuesto hasta aquí resulta suficiente para llegar a la conclusión anticipada, sin que, en consecuencia, considere necesario examinar los restantes argumentos empleados por las demandadas ni, menos aún, los agravios vertidos por la actora atinentes a la cuantía de las partidas indemnizatorias. Voto, pues, por la revocatoria de la sentencia de fs. 998/1006, debiendo -si mi criterio fuere compartido- desestimarse la demanda impetrada, con costas de ambas instancias a cargo de la actora, vencida, pues no encuentro mérito alguno para apartarme del principio objetivo de la derrota que estatuye el art. 68 CPCCN.

El Dr. Mirás dijo:

Me parece exorbitante sostener -lo que planteo por vía de hipótesis- que lo convenido entre la actora y Balceal S.A. se haya limitado a la utilización de la imagen del "trasto" concebido y ejecutado por la primera en el programa

televisivo "Dulce Hogar" exclusivamente, llegando hasta la prescindencia de la publicidad del mismo.

Cierto es que las fotografías y publicaciones incorporadas al proceso dan cuenta de la utilización de la obra concebida y ejecutada por la actora como propaganda de Coca Cola y Coto, pero también lo es, como señala el distinguido vocal preopinante, que estas empresas eran patrocinadoras del referido programa, el que era promocionado al unísono con la mencionada propaganda en los stands en los que se daba a publicidad el concurso que en él se desarrollaba, exponiéndose la casita con el logotipo de "Dulce Hogar".

Es obvio que si la actora vendió por un precio el referido cuadro para ese programa, debió serlo respecto de todos los contenidos de éste, con inclusión del concurso.

Es claro, también, que su consentimiento pudo no haber abarcado la reproducción de la obra en los stands a los que se refiere la demanda, pero, en todo caso, la ausencia de contrato escrito impide concretar mayores precisiones sobre el particular.

Por estas breves consideraciones, habré de adherirme al voto precedente, si bien propiciando que las costas de ambas instancias se distribuyan en el orden causado, a mérito de estimar objetivamente y por lo recién expuesto que la actora pudo razonablemente creerse con derecho a deducir la pretensión que finamente resulta ser desestimada (conf. art. 68 parte 2ª CPCCN.).

El Dr. Dupuis dijo:

I. Como bien señaló mi distinguido colega, el Dr. Calatayud, se está en presencia de una "obra por encargo", que es cuando se le encomienda al autor que cree determinada producción mediante el pago de una remuneración y para ser utilizada en la forma y con los alcances estipulados entre él y su comitente. Y como él mismo remarcó, con cita de prestigiosa doctrina, el comitente sólo puede efectuar la explotación prevista en el contrato (conf. Lipszyc, "Derechos de autor y derechos conexos", p. 145, n. 3.51, letra A).

En el caso se trató de un contrato verbal entre la actora y Benilde López Gutiérrez, en representación de "Balceal S.A.", de la que revestía la calidad de presidente. El recibo del 10/4/1992, en el que la actora recibió de "Balceal S.A." \$ 2000 -como pago total por tareas de pintura realizados por cuenta propia dentro del programa "Dulce Hogar" hasta el día de la fecha" (fs. 367), resulta el único marco escrito del destino específico de la obra.

La primera cuestión que es preciso esclarecer apunta a establecer si la creación efectuada por la actora está o no protegida por la Ley de Propiedad Intelectual. Ello, en razón de la aseveración efectuada por el jurado designado por el Museo de Bellas Artes, que no la consideró "obra de arte", al igual que a las réplicas que hicieran los demandados, con las modificaciones señaladas.

Pese a ello, admiten que son sin duda productos culturales que utilizan recursos artísticos, en los que el énfasis significativo no está puesto en la artísticidad, sino en la eficacia comunicativa para un espectáculo televisivo, en el caso del primero, y para la publicidad, en el segundo. Ambos son percibidos por los espectadores como un objeto de comunicación de la temática del programa en el caso del A o en la publicidad de productos (en el caso "Coto C.I.C.S.A." y "Coca Cola S.A.I.C. y F.") en el segundo.

Los valores estéticos de cada uno están supeditados a la eficacia de la función comunicativa. Y aun cuando no consideran que se configuren los presupuestos del art. 81 inc. c (por error citan el art. 80) de "obra artística" que justifique su intervención, al no estimar que los objetos constituyan una obra de arte, ello los lleva a concluir que no están en condiciones de señalar si existe lesión o no a la propiedad intelectual, toda vez que el enfoque con que habrá de llegarse a una conclusión responde a disciplinas que no son las propias del arte (fs. 241).

La Ley de Propiedad Intelectual no define qué debe entenderse por obra o producción científica, literaria o artística, ni establece los requisitos que debe reunir para que sea considerada tal y merecer la protección legal.

Sin embargo, el art. 1 tiene un contenido suficientemente genérico, no taxativo, que permite incluir toda creación del intelecto que sea original y novedosa (Satanowsky, Isidro, "Derecho intelectual", t. I, p. 153, n. 104 y ss.; Romero, Argentino O., "Propiedad intelectual", p. 3543 y ss., n. 10 y ss; Peña Guzmán, Luis A., t. II, p. 869, n. 822, p. 372, n. 835 II; C. Nac. Civ., sala F, 14/10/1991, citados en fallo publicado en LL 1992-B-475, in re "Pepe, Daniel H.v. Editorial Atlántida S.A."). Entre ellas se cita, además de las obras artísticas, a las coreográficas, de dibujo, pintura, escultura, arquitectura; modelos y obras de arte o ciencia aplicadas al comercio o a la industria; etc. Y termina aclarando que la protección del derecho de autor abarcará la expresión de las ideas, pero no las ideas mismas.

Desde otro ángulo, como se ha señalado, a los fines de la protección legal no tiene relevancia el mérito de la obra, su valor cultural o artístico, ni que esté destinada a un fin cultural o a un fin utilitario, como sucede con los programas de computación, las obras de publicidad, los libros de cocina, etc. (Villalba y Lipszyc, "El derecho de autor en la Argentina", 2001, Ed. La Ley, ap. 2.9, p. 26).

Sí es necesario, en cambio, que presenten las características de originalidad (o individualidad) que, como señalan los mismos autores, reside en la expresión, es decir, en la forma representativa, creativa e individualizada de la obra, aun cuando la creación y la individualidad sean mínimas. También se ha dicho que para que exista originalidad en la obra es suficiente que medie aporte personal del espíritu, de carácter intelectual, "que distinga a lo creado de los elementos o ideas que se conocían que se utilizan combinándolas en un modo distinto" (C. Nac. Civ., sala F, 17/12/1987), que revele la impronta de su personalidad, sin que importe que se utilicen elementos existentes. Se trata, pues, de una cuestión de hecho, librada a la apreciación judicial.

Y en el caso, más allá de la calificación de los expertos que merece la obra, lo cierto es que se trata de un producto cultural que utiliza recursos artísticos, adaptado a la particular función comunicativa que importa un programa de televisión, que supo transmitir su impronta,

a punto tal que dos importantes empresas de plaza utilizaron el escenario creado por la actora, en lo que -según mi opinión- importó la promoción de sus productos. De allí su originalidad.

Desde el punto de vista patrimonial, el derecho de propiedad comprende para el autor, en lo que aquí interesa, la facultad de disponer de la obra, publicarla, enajenarla, adaptarla y de reproducirla en cualquier forma (art. 2 ley 11723).

Empero, por aplicación del principio de "independencia de los derechos", que algunas legislaciones consagraron en forma explícita (España, República Dominicana, Costa Rica, Venezuela, etc., según cita de los autores citados, p. 95, nota 165) o implícita, como en el caso de los arts. 2, 38, 47 ley 11723, íd., art. 35 inc. 1 decreto 41233/1934 (3), los derechos de explotación son independientes entre sí, por lo que la autorización, enajenación o cesión de la obra con un destino de ningún modo importa hacerla extensiva para cualquier otro no previsto en el contrato.

Afirman Villalba y Lipszyc que este principio está implícito en el Convenio de Berna, según recuerda Masouyé, quien comentando el art. 9 señala que el término "reproducción" no comprende la representación o ejecución pública, para concluir que cada uno de los derechos que el convenio reconoce puede ejercitarse por separado (ver "El derecho de autor en la Argentina" cit., p. 96, nota 169).

De allí que la adquisición del objeto material (corpus mechanicum) en que está fijada la obra (corpus mysticum) no implica la cesión de ninguno de los derechos que sobre ella le corresponden al autor. Es el principio de la independencia entre el de la propiedad del objeto material y el derecho de autor, que surge de los arts. 54 y 55 ley 11723.

El primero de ellos señala que la enajenación o cesión de una obra pictórica, escultórica, fotográfica o de artes análogas, salvo pacto en contrario, no lleva implícito el derecho de reproducción, que permanece reservado al autor o sus derechohabientes (ver ampliación que hizo la jurisprudencia en el

caso "Rodríguez, Aurelio v. Lowe Argentina", C. Nac. Civ., sala G, 30/5/1989, L 45165; íd., "Medina Cámpora, Carlos v. Porcelana Americana y otro", C. Nac. Com., sala C, 23/4/1992 [4]; ED 152-459; "Engel, Américo T. v. Tarifario S.R.L. y otros", C. Nac. Civ., sala I, 15/7/1999 [5]; LL 1999-F-214; C. Nac. Civ., sala C, 15/3/1991; LL 1991-C-401; etc.). Y el segundo, que la enajenación de planos, croquis y trabajos semejantes no da derecho al adquirente sino para la ejecución de la obra tenida en vista, no pudiendo enajenarlos, reproducirlos o servirse de ellos para otras obras. Estos derechos quedan reservados al autor, salvo pacto en contrario.

Se trata del llamado "derecho de destino", que la legislación comparada distingue del "derecho de distribución" y que comprende no sólo la facultad de colocar la obra en el mercado mediante venta, alquiler o préstamo, sino también cualquier uso posterior de las copias de la obra que no haya sido autorizado por el autor. Tal el caso de la utilización de una obra fotográfica, que no está de consuno con el destino que tuvo en miras su autor. El derecho de destino está comprendido -según Emery- dentro de la facultad del autor de disponer la obra, lo que le permite también disponer el destino de la utilización (ver, en tal sentido, Emery, Miguel Á., "Contenido del derecho de autor. Los titulares. Los derechos patrimoniales", en el II Seminario Nacional para la Difusión del Derecho de Autor y la Propiedad Intelectual", 2000, p. 57 y ss., en particular, p. 68, con cita de Gotzen, Frank, "El derecho de destino en Europa", OMPI., 1989, p. 218).

Por aplicación de tales principios, el alcance de los derechos transmitidos debe interpretarse restrictivamente. Y en el caso el destino explícito de la obra, autorizado en el contrato celebrado entre las partes, era el de dar marco escenográfico que integraría el decorado general del programa "Dulce Hogar", mas no el de servir de marco para la promoción de una cadena de supermercados y de una bebida de consumo masivo. Ello es lo que resulta del recibo del 10/4/1992, en el que la actora percibió de "Balceal S.A." \$ 2000 "como pago total por tareas de pintura realizadas por cuenta propia dentro del programa 'Dulce Hogar' hasta el día de la fecha" (fs. 367).

Los codemandados acompañaron una autorización escrita y firmada por Benilde López Gutiérrez, en su calidad de presidente de Balceal S.A., para la promoción y difusión en medios gráficos y televisivos del concurso "Venga a Coto y gane", organizado por el programa "Dulce Hogar" y auspiciado por Coca Cola y Coto, durante el período agosto-noviembre de 1992, que concluyó en realidad a fin de ese año, y que involucraría la realización de cuarenta carteles promocionando el concurso, a distribuirse en los supermercados Coto, conteniendo el nombre del programa, los que estarían cerca de las urnas correspondientes donde se insertarían los cupones para participar en el mismo. Dicha autorización involucraba la utilización de la escenografía del programa "Dulce Hogar" para la realización de la promoción y difusión del concurso (ver fs. 87).

Esa propaganda se hizo en diversos supermercados y por medios gráficos, según ejemplares que aportan los propios demandados. Son ilustrativos a ese fin los ejemplares del diario Clarín, "Suplemento especial", espacio de publicidad dedicado a promocionar los productos del supermercado, como así también a la empresa de bebidas aquí demandada, donde a página entera la efectúa en diversas oportunidades y con gran despliegue promocionó el "Gran Concurso Venga a Coto y Gane". Y como surge de la vista de los ejemplares, "Dulce Hogar" aparece en tipo mucho más chico y casi desapercibido frente a los hombres o logos de propaganda de las firmas auspiciantes (fs. 84/95), que captan la atención de los lectores. En realidad, más que al concurso se promocionó a los auspiciantes. En tales condiciones, la referida propaganda, a mi juicio, excede el alcance de los derechos adquiridos por la empresa citada en primer término y viola el principio de "independencia de los derechos".

Es que la autorización comprendida en la transmisión de la propiedad material de la cosa era la de su exhibición televisiva, dentro del marco del programa para el que se encargó, pero ello no implica la reproducción con un destino distinto, cual es la publicidad de un producto de consumo masivo y de una cadena de supermercados, para lo cual debió

modificarse el tamaño de la obra, resaltarse algunos colores e insertar los logos de las empresas que efectuaban la publicidad.

La circunstancia de que ambas empresas hubieran aprovechado la obra en virtud de un contrato celebrado con la propietaria material de ella le es inoponible al propietario intelectual, puesto que nadie puede transmitir un derecho mejor o más extenso que el que gozaba, y, recíprocamente, nadie puede adquirir sobre un objeto un derecho mejor y más extenso que el que tenía aquel de quien lo adquiere (art. 3270 CCiv.). Ello, sin perjuicio, claro está, de los derechos que -en su caso- pudieran ejercer contra quien indebidamente autorizó el ejercicio de un derecho que no tenía.

Desde otro ángulo, comparto la postura de la a quo en lo relativo a la inversión de la carga de la prueba, puesto que, en la materia, ante la ausencia de autorización expresa debe presumirse que ésta no existe.

Se afirma que al no encontrarse la cesión inscrita en el Registro de la Propiedad Intelectual, de conformidad con lo dispuesto por el art. 53 ley 11723, no produce efectos frente a terceros, como lo son los demandados, máxime cuando en el caso la obra recién se registró el 29/12/1992, cuando ha habían transcurrido cuatro meses de su difusión y dos días antes de que concluyera el programa.

Aun cuando es cierto que, conforme a lo dispuesto por el art. 63 ley 11723, la falta de inscripción en el Registro de la Propiedad Intelectual de la obra inédita trae como consecuencia la suspensión del derecho de autor, éste se recupera desde el momento mismo en que ella tiene lugar, sin perjuicio de la validez de las reproducciones, ediciones, ejecuciones y de toda otra publicación hecha mientras la obra no estaba inscrita. Empero, tal perspectiva -conforme se ha sostenido- no se refiere a las obras que no fueron editadas y que se hacen públicas de otro modo (conf. Villalba, "Los ilícitos en el derecho de autor. Análisis de los últimos fallos", LL 1981-13). Por lo demás, tal preceptiva, como recuerda la a quo, es de interpretación restrictiva, puesto que de otro modo se estaría limitando el derecho

del autor nacional con relación al extranjero, quien estaría exento de tal recaudo, ya que así lo establece el art. 4 ap. 2 del Convenio de Berna, revisado en Berlín en 1908, conforme al cual "el goce y el ejercicio de estos derechos no estarán subordinados a ninguna formalidad".

Por lo demás, los registros que efectúa la citada dirección nacional tienen efectos declarativos y no constitutivos de derechos, a diferencia del Instituto Nacional de la Propiedad Intelectual (INPI.), en que es constitutivo.

En cuanto a la obra inédita, cuadra señalar que su registro es facultativo, pero tiene como efecto otorgar fecha cierta a la obra depositada y facilitar al autor la prueba de los derechos intelectuales sobre su creación si fuera utilizada por otro (Emery, Miguel Á., "Propiedad intelectual. Ley 11723 comentada, anotada y concordada", comentario al art. 62, Ed. Astrea, p. 268).

En cambio, cuando se trata de obra publicada o exhibida, como en el caso de autos, en razón de la naturaleza de la obra y su destino, de aplicarse el art. 63 ley 11723 la falta de inscripción traería como consecuencia la suspensión del derecho del autor hasta el momento en que la efectúe, recuperándose dichos derechos en el acto mismo de la inscripción, por el término y condiciones que corresponda, sin perjuicio de la validez de las reproducciones, ediciones, ejecuciones y toda otra publicación hecha durante el tiempo en que la obra no estuvo inscrita.

En base a dicha norma se ha sostenido que el depósito legal determina el momento en que comienza para el autor su derecho a demandar ante la justicia la protección de la obra publicada y que si él se hace dentro del plazo legal, produce su efecto retroactivo al día de la publicación de la obra (C. Nac. civ., sala 1ª, 25/4/1936, LL 2-596). Esta orientación ha sido recogida por diversos precedentes que han visto en la inscripción un requisito esencial de la protección de los derechos de autor (C. Nac. civ., sala B, LL 99-26; íd., íd., ED 102-623, fallo 36431; sala F, ED 77-519; íd., LL 95-267; C. Civ. 2ª Cap., JA 1943-II-547).

Incluso se ha dicho que no se trataría de una suspensión temporaria, que una vez inscripta permitiría reclamar los derechos con retroactividad al día de la publicación, sino que tal reclamo tiene efectos a partir del día de la inscripción misma de la obra en el citado Registro.

Como señalara en el precedente de esta sala L 313693, "Schapiro, Miguel v. Argentores (Sociedad General de Autores de la Argentina) s/daños y perjuicios", del 11/12/2003, no comparto tal criterio. Allí señalé que el término "suspender", conforme a la segunda acepción que le atribuye el "Diccionario..." de la Real Academia Española, significa "Detener o diferir por algún tiempo una acción u obra". De allí que, conforme al texto de la citada normativa, en realidad se supedita el ejercicio del derecho económico del autor hasta el momento en que se efectúe la inscripción. Tal interpretación es congruente con el carácter declarativo que ostenta el registro. Ello, para el supuesto en que se considere vigente el art. 63 en análisis.

A ello se agrega que la obligación de registrar sólo corresponde al editor de una obra nacional y no al de una extranjera, puesto que ello es lo que surge del art. 13 ley 11723, en cuanto exceptúa de su preceptiva la obligación de inscribir a que alude el art. 57. Aquella norma establece: "Todas las disposiciones de esta ley, salvo las del art. 57, son aplicables a las obras científicas, artísticas y literarias publicadas en países extranjeros".

Como recuerdan Villalba y Lipszyc, si resulta aplicable la Convención de Berna la obra extranjera no está sujeta, en principio, a formalidad alguna. Y si lo es la Convención Universal, todas las formalidades se considerarán satisfechas cuando en los ejemplares figure el símbolo convencional establecido en el art. 3: la C acompañado del nombre del titular del derecho de autor y de la indicación del año de la primera publicación. En los demás supuestos deberá acreditarse el cumplimiento o demostrar que dicho país no requiere ninguna formalidad (art. 14 ley 11723 y Villalba y Lipszyc, "El derecho de autor en la Argentina", 2001, Ed. La Ley, p. 255, pto. e).

Mediante ley 17251 (B.O. del 4/5/1967 [6]) nuestro país adhirió al Convenio de Berna, el cual dispone que la protección automática, "el goce y el ejercicio de estos derechos no estarán subordinados a ninguna formalidad" (art. 4 inc. 2 del Acta de Bruselas -1948- y art. 5 inc. 2 del Acta de París -1971-, aprobada por ley 25140 [7]). Y como a partir de la reforma constitucional de 1994 dichos tratados tienen jerarquía superior a las leyes, ante la morosidad en adecuar la legislación interna (art. 63 ley 11723) debe aplicarse el señalado tratado internacional a la situación nacional, no sólo por aquella razón, sino porque, además - como acertadamente señalan los referidos autores-, el derecho de autor se encuentra reconocido como derecho humano en varios tratados que, de acuerdo con el art. 75 inc. 22 CN. (8), tienen jerarquía constitucional, entre los cuales citan a la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (9), la Declaración Universal de Derechos Humanos (10); la Convención Americana sobre Derechos Humanos (11) y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (12) (Villalba y Lipszyc, "El derecho de autor en la Argentina" cit., ps. 257/258).

También se ha sostenido que la referida norma debe interpretarse restrictivamente y que, incluso, al otorgar un distinto tratamiento a la obra nacional que a la extranjera, que provenga de un país no formalista, se produce una desigualdad al revés, en perjuicio de los nacionales en favor de los extranjeros, lo que no parece que pueda justificarse constitucionalmente (Villalba, "Actualidad en la jurisprudencia sobre derecho de autor y derechos conexos", LL 1998-D-1258).

En tal sentido, señala con acierto Borda que está claro, así, que los autores extranjeros que publican sus obras en su país de origen están protegidos en el nuestro sin necesidad de inscripción en el Registro; y que lo que se concede a los autores extranjeros debe concederse a los nacionales, porque de lo contrario se violaría el principio constitucional de la igualdad ante la ley (art. 16 CN.), sin contar con que repugna al buen sentido negar a los autores nacionales una tutela que se reconoce a los extranjeros. Concluimos, pues, en que la inscripción ha dejado de ser un

requisito ineludible de la tutela legal de los derechos de autor ("Tratado de Derecho Civil. Derechos reales", t. II, 1992, Ed. Perrot, n. 1554).

Por tanto, el criterio jurisprudencial contrario (ver "Cosentino v. La Razón", ED 77-519), a mi juicio, en la actualidad ha perdido vigencia.

II. Aun cuando el art. 53 exige la inscripción en el Registro Nacional de la Propiedad Intelectual, sin cuyo requisito no tendrá validez, parece claro -como lo señalan la doctrina y la jurisprudencia- que la existencia sólo se refiere a los terceros y no a los contratantes, para los cuales tiene valor (Satanowsky, "Derecho intelectual", t. II, p. 149, n. 441; Emery, Miguel Á., "Propiedad intelectual", p. 237, comentario al art. 53; C. Nac. Civ., sala A, ED 89-463).

De allí que, en el mejor de los casos, la falta de inscripción de la cesión de los derechos no podría alegarla la cedente, por ser quien contrató con la actora. Dicha cedente fue citada como tercero en los términos del art. 94 CCiv., aunque antes de entrar en vigencia la ley 25488 (13). La actora aceptó su incorporación al proceso. La sentencia de primera instancia omitió toda mención a sus efectos frente a la tercera citada.

Como señalara la sala F de esta Cámara, la reforma del art. 96 CPCCN. no puede ser de aplicación inmediata a los procesos sustanciados con anterioridad a su vigencia, por cuanto tal aplicación resultaría sorpresiva y susceptible de lesionar la garantía constitucional del debido proceso y de defensa

en juicio (LL del 14/2/2003, fallo 105053, in re "Vello Verón de Falcón, Norma v. Yocu, Carlos y otros", del 5/9/2002).

Por tanto, de aplicarse la normativa anteriormente vigente, es doctrina de esta Cámara en pleno, obligatoria tanto para los jueces de primera como de segunda instancia (art. 303 CPCCN.), que no es factible dictar condena contra el tercero obligado que fuera citado al proceso a propuesta del demandado y que constituye con éste un litisconsorcio pasivo facultativo (4/3/1992, in re "Balebona, Manuel v. Storzi, Daniel" [14], ED 146-473, LL 1992-B-264). Ello, sin perjuicio, claro está, de que lo aquí decidido le es oponible en una eventual acción de regreso.

Las precedentes consideraciones me inclinan a propiciar la confirmatoria de la sentencia apelada, con la aclaratoria expresada respecto del tercero citado. Empero, dado que la suerte de los recursos ya está definida, resulta sobreabundante pronunciarse sobre los restantes agravios, vinculados a la extensión del resarcimiento. Las costas de ambas instancias, de todos modos, habré de propiciar que se impongan por su orden, en mérito a que -como queda demostrado con las opiniones discrepantes entre quienes integramos el tribunal- se trata de una cuestión que pudo suscitar dudas (art. 68 parte final CPCCN.).

En atención a lo que resulta de la votación de que instruye el acuerdo que antecede, se revoca la sentencia de fs. 998-1006 y se desestima la demanda impetrada, con costas de ambas instancias en el orden causado.