

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

Pruebas. Dictamen pericial. Apreciación. Obra audiovisual. Guión.

PAÍS U ORGANIZACIÓN: Argentina

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

FECHA: 5-8-1999

JURISDICCIÓN: Judicial (Civil)

FUENTE: Texto del fallo en formato papel

OTROS DATOS: Guebel, Norberto vs. Fernández Musiak, Diego

SUMARIO:

“... no basta que el perito adquiera convicción sobre la materia de su dictamen, sino que debe suministrar los antecedentes y explicaciones que justifiquen esa convicción, porque ellos deben prestar un verdadero y real asesoramiento al juez a quien corresponde valorar el acierto de sus conclusiones. Por ello se ha sostenido que el informe pericial que no da explicaciones pormenorizadas de las operaciones técnicas realizadas y de los principios científicos en que se funda la opinión, carece de fuerza probatoria. De ahí que, cuando el perito o el equipo pericial se ha limitado a efectuar una afirmación asertiva y categórica sin dar razón que la sustente, sin remitirse a elementos y circunstancias expresadas en la causa ni a otras pruebas producidas, y sin cumplir con la específica misión que les corresponde, cual es ilustrar el criterio del juez, exponiendo los antecedentes de orden técnico que hubieran tenido en cuenta, pierde sustento debido a la insuficiencia de sus fundamentos ...”.

“Es que los peritajes están sometidos a la ciencia del magistrado, porque el juicio que puedan merecerle sus conclusiones debe ser el resultado de un análisis crítico de los fundamentos del dictamen y de los antecedentes de la causa. Debe quedar bien en claro que si la peritación se basa en circunstancias no probadas, no pueden aceptarse sus conclusiones aunque no hayan sido impugnadas en su aspecto técnico”.

“Bajo tales pautas se advierte en la especie, que ...los peritos se han limitado a expresar que «es indudable que el guión filmado por ... coincide en gran parte con el filmado anteriormente por ambos autores». Afirman que su historia, su contenido, la mayor parte de las escenas y sus personajes coinciden en numerosos detalles”.

“La escueta explicación suministrada en el dictamen impide valorar si efectivamente se han analizado los distintos guiones que se han acompañado al expediente, y, si la coincidencia que fue advertida está referida a aquél que finalmente fue difundido en la obra cinematográfica de marras en relación con el registrado a nombre de ambas partes, tópico este que es el quid del presente proceso”.

La imprecisión señalada descalifica el dictamen producido en autos en los términos del art. 81 inc. c) de la ley 11.723¹ y enerva su fuerza convictiva, dando razón de este modo a la críticas del demandado”.

Empero, ello no implica que luego de un análisis exhaustivo de la prueba pueda no alcanzarse una conclusión similar a la que llegaron los expertos y la juez de la anterior instancia”.

TEXTO COMPLETO:

En la Ciudad de Buenos Aires, Capital de la República Argentina, a los 5 días del mes de agosto de mil novecientos y nueve, reunidos en acuerdo los señores jueces de la Sala I de la Cámara Civil para conocer de los recursos interpuestos en los autos "Guebel, Norberto Daniel c/ Fernández Musiak, Diego Marcelo s/ propiedad intelectual", respecto de la sentencia corriente a fs. 657/664 el Tribunal estableció la siguiente cuestión a resolver: ¿Se ajusta a derecho la sentencia apelada?

Sobre la cuestión propuesta el Dr. Fermé, dijo:

Norberto D. Guebel promovió demanda contra Diego Marcelo Fernández Musiak por violación de derechos morales y económicos amparados por la ley 11.723 de propiedad intelectual. Precisó que el objeto de la acción es que se condene al demandado a: a) cesar en la indebida utilización del guión cinematográfico titulado "El amor necesario", b) declarar ilícita la conducta del demandado por haber violado sus derechos autorales en la realización del film; c) condenar al accionado al pago de los daños materiales y morales que estima en la suma de \$ 40.000, con más sus intereses y costas.

La sentencia de fs. 657/664, admitió la demanda ordenando al accionado abstenerse de presentar y utilizar el guión del film "Fotos del Alma", como de su exclusiva autoría y condenándolo a pagar la suma de \$ 35.000, con más sus intereses y costas a favor del actor.

¹ Ley argentina de Propiedad Intelectual, nota del compilador.

Esta decisión provocó las quejas de ambas partes. El actor se agravia del monto fijado en concepto de indemnización, en tanto el demandado protesta por la solución impresa a la controversia y, en subsidio, por la suma reconocida por daño moral que considera elevada.

Por razones de método comenzaré por examinar las críticas del emplazado. Estas se centran en que la juez de la anterior instancia ha arribado a una conclusión equivocada, pues a su entender no existe similitud alguna entre el guión cinematográfico realizado en conjunto y aquél en que se basó la película "Fotos del Alma".

También afirma que el dictamen producido por el jurado de idóneos -no obstante que no fue objeto de impugnación en su oportunidad- es insuficiente pues fundar pronunciamiento alguno, pues los expertos no han indicado siquiera cuáles han sido los guiones analizados para llegar a tal conclusión, aduciendo, por lo demás, que la interpretación de la juez no coincide ni con la petición de la actora, ni con las circunstancias de la causa ni con la verdad objetiva real, relacionada con la obra efectivamente difundida.

Como primera medida cabe recordar que el dictamen pericial es un juicio de valor sobre cuestiones de hecho, respecto de las cuales se requieren "conocimientos especiales" y que el juzgador no puede dejar de lado arbitrariamente (conf. Fenochietto-Arazi, "Código Procesal Civil y Comercial", t. 2, pág. 523, com. art. 477). Empero, las normas procesales no acuerdan al dictamen pericial el carácter de prueba legal. El art. 477 del cód. procesal establece que su fuerza probatoria será estimada por el juez teniendo en cuenta la

competencia del perito, los principios científicos o técnicos en que se funda, la concordancia de su aplicación con las reglas de la sana crítica, las observaciones formuladas por los consultores técnicos o los letrados, conforme a los arts. 473 y 474 y los demás elementos de convicción que la causa ofrezca.

De ello se deduce que no basta que el perito adquiera convicción sobre la materia de su dictamen, sino que debe suministrar los antecedentes y explicaciones que justifiquen esa convicción, porque ellos deben prestar un verdadero y real asesoramiento al juez a quien corresponde valorar el acierto de sus conclusiones. Por ello se ha sostenido que el informe pericial que no da explicaciones pormenorizadas de las operaciones técnicas realizadas y de los principios científicos en que se funda la opinión, carece de fuerza probatoria. De ahí que, cuando el perito o el equipo pericial se ha limitado a efectuar una afirmación asertiva y categórica sin dar razón que la sustente, sin remitirse a elementos y circunstancias expresadas en la causa ni a otras pruebas producidas, y sin cumplir con la específica misión que les corresponde, cual es ilustrar el criterio del juez, exponiendo los antecedentes de orden técnico que hubieran tenido en cuenta, pierde sustento debido a la insuficiencia de sus fundamentos (CNCiv., Sala C, del 19/9/87, del voto del Dr. Cifuentes, en ED, 81-182).

Es que los peritajes están sometidos a la ciencia del magistrado, porque el juicio que puedan merecerle sus conclusiones debe ser el resultado de un análisis crítico de los fundamentos del dictamen y de los antecedentes de la causa. Debe quedar bien en claro que si la peritación se basa en circunstancias no probadas, no pueden aceptarse sus conclusiones aunque no hayan sido impugnadas en su aspecto técnico.

Bajo tales pautas se advierte en la especie, que a fs. 627 los peritos se han limitado a expresar que "es indudable que el guión filmado por Diego Musiak coincide en gran parte con el filmado anteriormente por ambos autores". Afirman que su historia, su contenido, la mayor parte de las escenas y sus personajes coinciden en numerosos detalles.

La escueta explicación suministrada en el dictamen impide valorar si efectivamente se han analizado los distintos guiones que se han acompañado al expediente, y, si la coincidencia que fue advertida está referida a aquél que finalmente fue difundido en la obra cinematográfica de marras en relación con el registrado a nombre de ambas partes, tópico este que es el quid del presente proceso.

La imprecisión señalada descalifica el dictamen producido en autos en los términos del art. 81 inc. c) de la ley 11.723 y enerva su fuerza convictiva, dando razón de este modo a la críticas del demandado.

Empero, ello no implica que luego de un análisis exhaustivo de la prueba pueda no alcanzarse una conclusión similar a la que llegaron los expertos y la juez de la anterior instancia.

Se ha señalado que el plagio es el apoderamiento ideal de todos o de algunos elementos originales contenidos en la obra de otro autor, presentándolos como propios. La doctrina distingue entre el plagio burdo o servil -en que la apropiación de la obra ajena es total o cuasitotal- y el plagio inteligente, en el cual el plagiarlo trata de disimularlo, apropiándose de algunos elementos sustanciales y originales (conf. Lypszyc, Delia, "Derecho de autor y derechos conexos", Unesco Cerlalc Zavalía, pág. 566). Generalmente se configura a través de una modificación o adaptación de una obra original (conf. Satanowsky, Isidro "Derecho Intelectual", t. II, pág. 192).

Cuando se trata de elucidar cuando efectivamente existe plagio, no puede prescindirse de considerar otra noción de singular trascendencia: la idea, pues ésta como tal, es materia sometida a la explotación común de todos los autores, y aunque dos obras se desarrollen sobre esa misma base, el plagio no se configura.

Dice el Dr. Satanowsky, cuya ilustración en el tema es bien conocida, que entre dos obras puede haber similitud y hasta identidad de pensamientos o sujetos generales de otra creación, sin que exista plagio. Es que, la idea no tiene autor, a nadie pertenece en

exclusividad ni persona alguna puede ejercer un monopolio sobre ella. La idea como tal no es una obra, pues esta última requiere, además del tema, una forma, acción, situaciones, carácter, intriga, personajes, ambiente, medio social, encadenamiento de cuadros, episodios y escenas, arreglo y combinación de episodios, poses, actitudes, fisonomías, es decir, un desarrollo que objetivice y cristalice una idea. El problema, apunta el autor que cito, está en determinar en qué punto concluye la idea general, el tema o sujeto y comienza la obra. Es una cuestión de hecho que exige ponderar el estilo, las frases, la psicología, las reflexiones filosóficas, la combinación de la trama, de los incidentes y detalles, así como la clasificación en que esos elementos se coordinan, adaptan y utilizan (autor y ob. cit., pág. 195).

Es que, la ley sólo protege la forma, el modo de expresión, la aplicación del tema, la marca de individualidad, es decir, lo que da a la obra el carácter personal, original, lo que revela el poder creador del autor (conf. Satanowsky, pág. 195). No es tutelable -en cambio- la realidad material en que se ha inspirado o de la cual el autor ha hecho objeto de su expresión, porque esa realidad no ha sido creada por él (Sala C, del 21.9.71, LL 148-330).

La violación del derecho de autor es, entonces, la concurrencia hecha a éste en el terreno que la ley le reserva y consiste en suministrar al público un objeto que le producirá una impresión idéntica "o suficientemente análoga" a la que se haya buscado en la obra original, de manera que ésta pueda ser desplazada con el consiguiente desmedro del valor de comercialización (sala C, del 21.9.71). Ello se logra utilizando en lo sustancial obras ajenas dándolas como propias, imitándolas, es decir, erigiéndolas en algo más que una inspiración o reminiscencia, copiando de situaciones, acontecimientos y personajes originales (Satanowsky, ob. cit., pág. 203/4).

En sentido coincidente, Piola Caselli afirma que no basta, entonces, con transformar la obra de otro autor con aditamento de una nueva actividad creadora para tener por no violados los derechos exclusivos del autor. Pues, si no obstante las transformaciones, subsisten los

elementos sustanciales de la obra elaborada, la elaboración constituye un aprovechamiento injusto e ilegítimo que el autor tiene derecho a reprimir (citado por Eduardo F. Mendilaharsu, en LL 3.719).

A su vez, el autor citado supra suministra un elemento de singular importancia para establecer si una obra ha sido objeto de plagio, no obstante las modificaciones de forma y de contenido. Basta verificar -dice- si entre ambas hay una reconocible identidad de representación, o sea, si ambas obras constituyen dos representaciones individuales originales o si, por el contrario, no constituyen más que una representación sustancialmente única. Esa identidad de representación, emerge de la síntesis del complejo de los elementos de una y otra obra, irradia del conjunto de cada obra y se impone por ello a la convicción, más que en virtud de un examen analítico, en base a una impresión general (autor y ob. cit., pág. 722).

A esta altura de los acontecimientos, el demandado ya no cuestiona que entre el guión registrado en la Dirección Nacional del Derecho de Autor el 11 de febrero de 1993, como depósito en custodia de obra inédita, bajo el número de expediente 300335, como obra en colaboración, y el posteriormente inscripto a su exclusivo nombre y con el mismo título- "El amor necesario"- bajo el número de expediente 324.759, del 27-3-93, existe una verdadera similitud. Mal podría hacerlo, pues, salvo en unos pequeños ajustes, ambos tienen la misma línea argumental, similar desarrollo de las escenas dramáticas, de los diálogos e idénticas caracterizaciones de los personajes.

Así, en ambas historias, se trata de un joven publicitario llamado Pablo, exitoso, que toma conocimiento de que es HIV positivo, que vive en un loft, juega en su computadora con simuladores aéreos, se encuentra en pareja con una joven profesora o directora de teatro de nombre Virginia. En ambos casos, el personaje principal en un hospital se entera de que se halla contagiado por el virus mencionado. No obstante los escasos ingredientes y matices introducidos, las similitudes son múltiples y obvias.

En los agravios sólo se insiste en que entre el guión original y el que fue efectivamente difundido en los cines por su filmación, no existe ninguna similitud. Se afirma que los personajes y sus características son distintos, que los diálogos también lo son y que sólo tienen en común que se trata de un enfermo de sida.

No coincido con esa apreciación. Es cierto que entre ambos guiones cinematográficos existen diferencias ostensibles, pero para apreciar el plagio deben apreciarse más que dichas diferencias, los puntos en común, la similitud. Y, desde esta perspectiva, no pocas son las secuencias, los episodios y actitudes que se reiteran entre una y otra obra.

Así, por ejemplo, el personaje central, Pablo, en ambas piezas se dedica a la publicidad y está de novio con una profesora o directora de teatro. Su padre -en ambos casos fallecido- se dedicaba a la fotografía, actividad que el personaje rescata como una forma de dar sentido a su vida. En ambos casos, aparece, podría decirse que "casualmente" la máquina fotográfica de su progenitor colocada en un lugar visible de la casa, con el claro propósito de que sea fácilmente descubierta por la madre. Esta y el tío son en ambos guiones los encargados de explicitar al público el sentido y la importancia que aquélla tuvo en la vida del padre, de rescatar la figura de aquél y del parecido con su hijo.

Es cierto que en el guión original, el personaje principal aparece desde un primer momento como un ser conflictuado, disconforme con su actividad profesional, prepotente y promiscuo, características estas que no coinciden con las que presenta el personaje que finalmente dio vida a "Pablo" en el cine. Pero en ambos casos, el conflicto profesional, antes o después, está presente. También lo está la necesidad de Pablo de dar un nuevo sentido a la vida, de cambiar su actitud aspiraciones que finalmente el personaje encuentra a través de la fotografía, que le permite observar a la gente, sus actitudes cotidianas, las diferencias entre los distintos submundos por los que vagabundea tratando de encontrarse a sí mismo.

Podría decirse que el impacto y el temor que causa en un ser humano la noticia del contagio de que se trata, es sólo una idea y, como tal, forma parte del patrimonio común. Que el miedo, el aislamiento autoprovocado o generado por la reacción de los otros no llega a constituir una "obra" protegida jurídicamente, pues se trata de sentimientos y acontecimientos que se repiten en la vida en razón de leyes constantes y universales. Pero en el caso no se trata sólo de eso. Pablo transita por las calles, haciéndose similares interrogantes con su cámara a cuestas, aparece en el cementerio y visita la tumba de su padre, no obstante que en el primer guión se da mayor espacio y dramatismo a esta escena. Su novia -en ambos casos- lo deja por sentirse engañada y también por temor. En los dos guiones, preso del miedo y el desconsuelo, concurre a un centro especializado en enfermos de sida, en donde se encuentra con un personaje con quien conversa (en uno se trata de Roberto Jáuregui y en el otro de Esteban o Roberto en el caso del registrado en el Instituto de Cinematografía). Y este diálogo -que con algunas alteraciones sin importancia se advierte en los dos guiones-, el que, a mi modo de ver, contiene el mensaje que trata de transmitir el autor al espectador.

También es significativa la presencia de un personaje vinculado con la fotografía y el padre de Pablo. En los dos guiones "tío H" y "Bilbao" tienen características distintas, pero el vínculo que establecen con Pablo a través de la fotografía, hacen que en uno y otro caso, cumplan el mismo rol, el que fue adaptado en función de las variaciones temperamentales que fueron asignadas a Pablo y a su entorno en el guión que fue llevado al cine.

El personaje de la madre, con ligeras modificaciones, en ambos casos, también contribuye a concluir en la existencia de unidad de representación. Se trata -con diferentes matices- de una señora sencilla, afligida por el estado anímico del hijo, preocupación que se expresa de modo similar en ambos guiones y que quiere que su hijo sea feliz y le dé nietos antes de morir.

Del examen del segundo guión en comparación con el primero concluyo que no se trata de una

obra original. Que no obstante las significativas diferencias introducidas, no contiene un desarrollo personal y distinto sobre la base de la misma idea, sino que es claramente la adaptación del realizado en conjunto, al que se ha pretendido dar características diferentes pero respetando las secuencias estructurales esenciales, las escenas dramáticas más importantes, que permiten advertir la existencia de un original y de una copia, para cuya confección no se ha solicitado la conformidad del coautor. Por lo tanto, concuerdo con la primer sentenciante, en que se ha violado la paternidad artística del autor, y ello merece ser resarcido.

En cuanto a la indemnización debe destacarse que si bien la juez de grado fijó en \$ 10.000 la reparación del daño patrimonial y en \$ 15.000 el daño moral, en la parte resolutive condenó al demandado a abonar la suma de \$ 35.000 guarismo éste que es un evidente error material y que debe ser precisado en su contenido exacto para evitar ulteriores confusiones interpretativas.

Sentado entonces que la demanda prosperó por la suma de \$ 25.000, analizaré las quejas de ambas partes, aclarando que el demandado sólo se queja de la cuantía fijada para resarcir el daño moral.

Según el demandante la indemnización por daño patrimonial no puede limitarse a apreciar las ganancias obtenidas por derechos de autor en la República Argentina, sino que para la determinación de aquél no puede prescindirse de que la obra cinematográfica tiene difusión internacional y se exhibe también por otros medios técnicos, como son el video y la televisión abierta y cerrada, elementos todos ellos que deben ser tenidos en consideración.

Si bien la crítica hace mérito de la difusión internacional de la película, este perjuicio se advierte, en el caso, como meramente hipotético o conjetural, pues ninguna prueba se arrió al expediente tendiente a valorar que, efectivamente, aquélla hubiera sido exhibida o explotada por el demandado en el extranjero, circunstancia que se hallaba a cargo del actor demostrar (art. 377, cód. procesal).

Ahora bien, el derecho del autor a reclamar indemnización de los daños y perjuicios resulta del solo hecho de la violación del derecho que la ley le reconoce a aquél para vender y distribuir la obra (conf. Cifuentes, Santos, "Daños, Cómo evaluar el resarcimiento por la utilización no autorizada de las obras. Su incidencia en la jurisprudencia, desde la perspectiva del magistrado", en "Memorias del V Congreso Internacional sobre la Protección de los Derechos Intelectuales", pág. 304, Zavalía, 1990, y sus citas.).

Por otro lado se ha sostenido que las particularidades de los derechos inmateriales exigen que se valoren todas las circunstancias que tengan incidencia sobre el monto del resarcimiento, sin sujeción a fórmulas rígidas. El titular del derecho de autor tiene derecho al beneficio que hubiere podido obtener de no mediar la utilización ilícita o la mejor remuneración que hubiera podido percibir de haber autorizado la explotación. Por esa razonable alternativa se evita que sea más beneficioso infringir el derecho de 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 (Lypszyc, op. cit., pág. 577; en el mismo sentido CNCiv., Sala G, del voto del Dr. Greco LL 1995-C-563).

Partiendo de esas premisas, a fin de estimar el monto, no sólo cabe tener en cuenta el aprovechamiento económico de "El amor necesario", en comparación con el que logró "Fotos del Alma", ponderando que aquél no tuvo difusión, y que la obra se enriqueció con otros elementos externos, de singular relevancia a cuyo aporte fue ajeno el actor, como es la participación de actores de primer nivel, ampliamente conocidos en el ámbito nacional, que sin duda han contribuido en gran medida a su divulgación. Es imprescindible tener en cuenta que las ganancias obtenidas por la película no son exclusivas del demandante, pues -como bien ha destacado la juez a quo- su contrario es coautor del guión, y fue además productor, director, titular de los derechos de explotación y comercialización, a lo que cabe añadir el hecho notorio de que la situación en que se desenvuelve la industria cinematográfica nacional así como sus

dificultades para la exhibición de los productos terminados, los altísimos costos de la publicidad, etc., configuran un cuadro de situación del que resultan las escasas expectativas de todos quienes participan en la actividad acerca de la obtención de ganancias de significación.

También debe tenerse en cuenta que si bien la sola violación de la propiedad intelectual puede considerarse como determinante de la existencia de daño material, lo cierto es que acreditado de tal modo el desmedro, pero no su cuantía de modo categórico, la falta o, como en el caso, insuficiencia probatoria gravita en perjuicio del damnificado, tal como lo hemos resuelto en numerosas oportunidades con invocación de la autorizada palabra de Llambías (Obligaciones, t. I, pág. 311; esta sala, exptes, 75.154; 83.170; 90.579; 129.266/94; 65.643/94, etc.).

Ponderando todas estas variables y lo que resulta del informe de fs. 397/398 considero que el perjuicio material del actor justipreciado en la instancia de grado en la suma de \$ 10.000, no es reducido y merece estar confirmado.

En cuanto al monto indemnizatorio por daño moral, ambas partes solicitan su modificación. El demandante considera que la suma de \$ 15.000 no resarce debidamente su derecho lesionado, en tanto el demandado afirma que es desproporcionado.

Este daño aparece sin esfuerzo, sostenido en la idea del llamado derecho moral del autor o paternidad. La faz inmaterial del derecho de autor ha sido lesionada; el área extrapatrimonial fue invadida, la paternidad violada (Cifuentes, ob. cit., pág. 307).

Conforme hemos sostenido en forma reiterada en anteriores pronunciamientos, la reparación del daño moral reviste carácter indemnizatorio y no sancionatorio. Para cuantificar el daño moral de autor, desprendido de su faz material, cabe atender a ciertos elementos, como por ejemplo, la naturaleza de la obra, sus características, el carácter de damnificado directo del reclamante, sus condiciones personales y trayectoria, la calidad de la obra, etc. (Cifuentes, ob. cit., pág. 308). Pondero igualmente la reiterada mortificación consecuyente con la circunstancia de llevarse a cabo notas, reportajes, etc., relacionados con la película y en la que la participación del actor en la elaboración del guión aparece omitida. Y considerando todo ello, estimo justo elevar la indemnización a la suma de \$ 20.000.

En suma, si mi voto es compartido, propongo confirmar la sentencia en lo principal que decide, mantener la indemnización del daño patrimonial en la suma de \$ 10.000 y elevar la que corresponde al daño moral a la suma de \$ 20.000, con más los intereses establecidos en la instancia de grado -sobre los cuales no medió agravio alguno- imponiendo las costas de alzada al demandado, sustancialmente vencido.

Por razones análogas, los doctores Ojea Quintana y Borda adhieren al voto que antecede.

Y VISTOS: Por lo que resulta de la votación sobre la que instruye el acuerdo que antecede, se resuelve: 1º modificar la sentencia apelada fijando el monto de la condena en la suma de treinta mil pesos. 2º imponer las costas de alzada a la parte demandada.

Eduardo Leopoldo Fermé - Julio M. Ojea Quintana - Delfina M. Borda