

Centro Regional para el Fomento del Libro en América Latina y el Caribe © CERLALC, 2010  
Selección y disposición de las materias y comentarios, Ricardo Antequera Parilli

## La obra. Irrelevancia del destino. Fotografía publicitaria. Originalidad.

**PAÍS U ORGANIZACIÓN:** Argentina

**ORGANISMO:** Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de la Capital Federal, Sala J

**FECHA:** 18-8-2009

**JURISDICCIÓN:** Judicial (Civil)

**FUENTE:** Texto del fallo en la Biblioteca Jurídica Virtual <http://www.eldial.com/>. Referencia AA598B

**OTROS DATOS:** Expediente 85.966/05

### SUMARIO:

*“... las fotografías aquí involucradas son producto de la creación intelectual del actor y como tal merecen el amparo de la ley en la medida que en el proceso de su creación se necesitó talento y predisposición especial con suficiente vocación profesional y originalidad. Asimismo, la circunstancia que las fotografías no hayan tenido un fin artístico sino publicitario no quita que en su creación y producción hayan requerido de un dominio de las técnicas del arte ...”.*

**COMENTARIO:** Las obras literarias o artísticas están protegidas por el derecho de autor independientemente de su finalidad. Por esa razón la mayoría de las leyes nacionales no mencionan de manera expresa a las “*obras publicitarias*”, como si se tratara de una categoría distinta entre las creaciones protegidas, ya que la tutela no recae en su destino, sino en la originalidad en la forma de expresión literaria o artística, que se puede ubicar en los textos, en las imágenes fijas o en movimiento o por cualquier otro elemento expresivo. Así, por ejemplo, están tan protegidas por el derecho de autor las obras visuales (incluidas las fotografías) que tienen un fin contemplativo, como aquellas que se dirigen a la promoción de productos o servicios. Ahora bien, si se trata de una fijación fotográfica carente de originalidad, solamente estará protegida como “*mera fotografía*” en aquellas legislaciones que reconocen una protección “*sui generis*” a las fotografías no originales, respecto de las cuales solamente se reconocen derechos de orden patrimonial y, generalmente, por un plazo inferior a aquellas tuteladas por el derecho de autor. © **Ricardo Antequera Parilli, 2010.**

### TEXTO COMPLETO:

*//nos Aires, a los 18 de agosto de 2009 reunidas las Señoras Jueces de la Sala "J" de la Excma. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de la Capital Federal, a fin de pronunciarse en los autos caratulados: "Di Gregorio, Constanza c/ Tango 1921 S.A. s/ daños y perjuicios".-*

*La Doctora Marta del Rosario Mattera dijo:*

*La presente causa se origina en demanda entablada por Constanza Di Gregorio, por derecho propio, contra empresa Tango 1921 S.A. por daños y perjuicios derivados de la infracción a su propiedad intelectual y cobro de pesos.//-*

*Refiere la accionante en su escrito inicial que en el mes de marzo de 2004, a través del Sr. Alfredo Arriarán –socio y directivo de la demandada-, fue contratada para conformar la imagen institucional del Restaurante Tango 1921 sito en la calle Chacabuco 454, de esta ciudad, y que, a tal fin, se le encargó diferentes labores de diseño que fueron pagadas puntualmente.-*

*Expresa que, posteriormente, se le encargaron nuevos trabajos que debían ir acompañados de fotografías que obtendría de terceros o realizaría con sus conocimientos y equipamiento especializado, para lo cual, según dice, se requirieron numerosas tomas fotográficas, algunas de las cuales se realizaron en el propio restaurante.-*

*Carga sobre la demandada la falta de pago de la factura por los diseños y las fotografías y la reproducción sin autorización alguna de las fotografías que se le habían entregado, las que estaba utilizando en su página web sin siquiera mencionar al fotógrafo y autor.-*

*Por su parte, la demandada negó los hechos narrados por la actora y arguyó a su favor que la reclamante es amiga personal de un familiar de una de las partes de la sociedad y que, como tal, comenzó a frecuentar el restaurante hacia principios del 2004, cenando cada noche y disfrutando del show y que, en dichas ocasiones, se acercó a los socios para ofrecer sacar fotografías, a lo cual se le agradeció y se le informó que no era necesario pues ya contaban con mucho material publicitario.-*

*La sentencia de primera instancia hizo lugar a la demanda y condenó a Tango 1921 S.A. a pagar a Constanza Di Gregorio la suma de once mil quinientos pesos, con más los intereses, según régimen que prescribe, y las costas del juicio.-*

*Del decisorio apelaron y expresaron agravios ambas partes: la actora a fs. 468/472 y la demandada a fs. 476/480. Corrido el traslado fueron contestadas por las partes las quejas de su contraria en presentaciones que lucen, respectivamente, a fs. 482/483 y 485/494, quedando de esta manera los presentes en estado de dictar sentencia.-*

*III. Por una cuestión de orden metodológico daré tratamiento en primer lugar a los agravios de la parte demandada que hacen, en definitiva, a la procedencia de la demanda.-*

*A tal fin, cabe señalar al recurrente que el juez no () está obligado a receptar todos y cada uno de los lineamientos invocados por las partes en sus respectivos escritos liminares de apertura de instancia ni todas y cada una de las probanzas producidas, sino exclusivamente aquellas que resultan decisivas para una correcta solución del diferendo (conf. Sala "K", expte: 135.855, del 23-12-93)). Por otra parte, el recurso de apelación puede interponerse contra la totalidad de la sentencia o bien contra una parte de ella, pero siempre referido a la parte dispositiva, toda vez que los considerandos son inapelables desde que no hacen cosa juzgada salvo casos excepcionales y muy especiales (conf. C. N. Civ. Sala "L", expte. 46.856, del 31-12-93).-*

*Ahora bien, 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. 1º 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, núm. 104 y sigtes.; Romero, Argentino O. "Propiedad intelectual", p. 3543 y sigtes., núm. 10 y sigtes.; Peña Guzmán, Luis A., t. II-p. 869, núm. 822, p. 372, núm. 824 II).-*

*Dentro del amplio espectro que comprende, se encuentran las fotografías (ver art. 34) que además, recibieron amparo expreso mediante diversas convenciones internacionales ratificadas por nuestro país que constituyen ley para la Nación (art. 5, "Tratado sobre Propiedad Literaria y Artística", Congreso Sudamericano de Derecho Internacional Privado de Montevideo, 1988, ratificado por la ley 3192; art. 2º, Convención sobre Propiedad Literaria y Artística; 4ª Conferencia Internacional Americana, Buenos Aires 1910, ratificada por la ley 13.585/49; art. III de la Convención Interamericana sobre los Derechos de Autor en*

Obras Literarias, Científicas y Artísticas, Washington, 1946, ratificada por la ley 14.186/53; art. 2° Convención de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas, Berna 1886, ratificada por decreto-ley 17.251/67; art. 2° Convención de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas de París 1971, enmendada en 1979, ratificada por la ley 22.195).-

Por lo tanto, las fotografías aquí involucradas son producto de la creación intelectual del actor y como tal merecen el amparo de la ley en la medida que en el proceso de su creación se necesitó talento y predisposición especial con suficiente vocación profesional y originalidad. Asimismo, la circunstancia que las fotografías no hayan tenido un fin artístico sino publicitario no quita que en su creación y producción hayan requerido de un dominio de las técnicas del arte (conf. Emery, Miguel A. "Los contratos de publicidad. Nociones. Cuestiones Modernas", L.L. 1984-C, 278). Cuando el autor publica la obra, es decir, decide que no sea más inédita y concreta su comunicación al público, hecho que resulta indudable cuando la imprime y la libra a la venta o la distribuye por cualquier medio, se hace obligatorio su registro como requisito indispensable para su protección a los efectos patrimoniales. La falta de ese segundo trámite prescripto por los arts. 57 y 61 de la ley de la materia, hace caer la obra en el dominio público, del cual sale mediante el cumplimiento de aquella exigencia (art. 63, ley citada; CNCiv., sala F, agosto 22-977, ED, t. 77-519, voto del doctor Durañona y Vedia).-

La actora realizó el trámite de registro conforme surge del peritaje realizado por el analista en sistemas designado de oficio, quien informó que para la realización de su labor copió cuatro discos compactos correspondientes al registro de propiedad intelectual efectuado por la actora en la Dirección Nacional de Derecho de Autor (ver fs. 359).-

El art. 63 de la ley 11.723 debe interpretarse en el sentido de que quienes de buena fe han constituido derechos por cesión o de otro modo sobre una obra intelectual, no pueden ser perjudicados por la existencia de un derecho no registrado. Este principio resguarda los

derechos de los terceros de buena fe, es decir, de quienes han ignorado, sin culpa de su parte la autoría de un derecho intelectual no inscripto, pero no a quienes han afectado los derechos del autor de una obra no inscripta conociendo la verdadera paternidad de esa obra (conf. CNCiv., sala D, LA LEY, 66, 161/62).-

En el caso, quedó eficazmente demostrado que en el sitio web [www.tango1921.com](http://www.tango1921.com) se han empleado, al menos en veintinueve casos, imágenes con derechos reservados de autor a favor de la actora (ver pericial informática, fs. 390).-

En oportunidad de contestar la impugnación de la demandada el perito analista en sistemas informó que la evolución de la tecnología va reemplazando los elementos de respaldo (almacenamiento), sin que por ello se pierda la cualidad de la fotografía. En definición, dice el experto, fotografía significa "escribir con luz" es decir tomar una imagen instantánea por la incidencia de luz sobre un objeto y captar esto con un elemento sensible estable que perpetúe la impresión.-

Agrega que ante el estado actual de la tecnología las empresas mundialmente reconocidas abandonan la producción de fotografías con negativos para abocarse de lleno a la foto digital. Afirma que no se terminó entonces la fotografía sino que simplemente evolucionó.-

A la duda planteada por la demandada respecto a si existe forma de comprobar cuáles son los originales dictamina que es acudiendo al Registro Nacional de Derechos de Autor y que contra las pruebas entregadas por dicho organismo es que se efectuó el peritaje (ver fs. 401/402).-

Si bien el dictamen pericial informático ha sido impugnado por la demandada a fs. 396, los argumentos allí vertidos no alcanzan a conmovir los fundamentos brindados por el perito, por lo que habré de estar al mismo haciendo aplicación de las reglas de la sana crítica (arts. 386, 476 y concs., Código Procesal Civil y Comercial de la Nación), máxime con las explicaciones brindadas por el experto a fs. 398/402.-

*Por otra parte, el hecho de que la obra haya sido realizada en el comercio de la demandada no permitiría inferir que ésta se encontraba autorizada a apropiarse de ella, atribuyéndose su creación a los fines publicitarios.-*

*Tampoco cambia la situación la circunstancia que hayan sido reproducidas en el sitio web que pertenece a terceras personas, pues lo cierto y concreto es que la titular de la página es una allegada al negocio, por lo que más que presumiblemente la sociedad sabía que se estaba haciendo algo en su nombre y beneficio, por lo que su inacción, silencio o ausencia de impedimento no puede ser opuesta a la aquí reclamante (conf. art. 1874 y conc. del Código Civil y nota al art. 1871 del Código Civil). La ahora recurrente no demostró los derechos que le pudieran corresponder sobre las fotografías en cuestión, limitándose sólo a argumentar a su favor, como ya se señala, que la actora es amiga personal de un familiar de una de las partes de la sociedad y que, como tal, comenzó a frecuentar el restaurante hacia principios del 2004, cenando cada noche y disfrutando del show y que, en dichas ocasiones, se acercó a los socios para ofrecer sacar fotografías, a lo cual se le agradeció y se le informó que no era necesario pues ya contaban con mucho material publicitario (ver fs. 209/vta).-*

*Asimismo, cabe hacer notar que aún en el supuesto que no se compartiera lo anteriormente expresado, la llamada doctrina de las cargas probatorias dinámicas, muestra que la distribución del esfuerzo probatorio "coloca en cabeza de quien está en mejores condiciones técnicas, profesionales o fácticas para producir una prueba, la carga de rendirla" (Peyrano, Jorge W. "Fuerza expansiva de la doctrina de las cargas probatorias dinámicas, La Ley Año LX N° 81, del 25 de abril de 1996, mismo autor "La doctrina de las cargas probatorias dinámicas puesta a prueba en procedimiento civil y comercial" T.3, pág. 22; T.1, pág. 77 y 78, Ed. Juris, Rosario 1991: De los Santos, Mabel, "Algo más acerca de la doctrina de las cargas probatorias dinámicas", J.A., Boletín N° 5858; Eisner, Isidoro "Desplazamiento de la carga probatoria", L.L. 1994-E-846;; Vázquez Ferreyra, Roberto y Romera, Oscar "Defensa del consumidor: sobre facturación telefónica y carga probatoria*

*en un fallo trascendente", J.A., Boletín N° 5939). En ese sentido, cabe mencionar que la demandada no aportó elementos de prueba que permitan demostrar la autoría de las fotografías habidas en una página de Internet que publicita para su exclusivo beneficio los productos y servicios que vende.-*

*Así las cosas, habiendo quedado demostrado que la parte demandada incurrió en una apropiación indebida al utilizar un trabajo que no pudo ignorar que le era ajeno y por no encontrar otros elementos de mérito en los agravios que hagan pensar una solución distinta a la que llegó el Sr. Juez de grado en su sentencia, propicio la desestimación de los agravios en cuanto al tema.-*

*IV. En cuanto al daño material: La sentencia fijó para el ítem siete mil quinientos pesos (\$7.500.-).-*

*Se agravia la parte actora de la cantidad asignada y pretende se incluya a la cantidad asignada en la sentencia la suma de mil novecientos ochenta pesos. Dice que el reclamo se inició por los daños y perjuicios derivados: a) de la infracción a su propiedad intelectual utilizando las obras fotográficas de Constanza Di Gregorio con fines publicitarios y b) de la falta de pago de la factura debida por tareas de diseño y por la realización de las tomas fotográficas para los folletos (ver fs. 468 vta.).-*

*Comparto con el Sr. Juez de grado que las fotos publicaban productos referentes al restaurante de la demandada y que, en esa medida, la actora tenía, por lo menos, muy escasas posibilidades de poder vender las imágenes a una persona distinta de la demandada.-*

*Ello no quiere decir desconocer que la reclamante se vio frustrada de ganancias ya sea por la publicación de las fotografías en cuestión como así también el trabajo que ellas demandaron, por lo que el reclamo es procedente.-*

*No obstante, debe tenerse en cuenta lo dificultoso que resulta cuantificar los perjuicios en casos como el de autos cuando no se cuentan con elementos de prueba precisos. Por ello, para establecer el monto resarcitorio*

*habré de considerar que las fotografías utilizadas por la demandada no se tratan de imágenes seriadadas que registran acontecimientos cotidianos, rutinarios, sino de imágenes que retratan el merchandising de productos y los servicios que brinda el mismo restaurante.-*

*En esa dificultad, siendo que la factura n° 183 fue abonada puntualmente por la demandada (ver fs. 129 vta.) y que según peritaje contable la factura n° 191 obrante a fs. 123 se encuentra impaga (ver fs. 349), como así también que no surge de ella autorización de uso de ninguna especie, los costos informados a fs. 295 apartado d) para la obtener la publicación de fotografías en páginas web y las veintinueve imágenes que la pericia informática dictaminó fueron utilizadas por la demandada en su página web, considero que la cantidad asignada en la sentencia resulta ajustada, por lo que propicio la desestimación de los agravios en cuanto al tema (art. 165 del Código Procesal).-*

*V. En cuanto al daño moral: La sentencia fijó para el rubro cuatro mil pesos (\$4.000.-) Se agravia la parte actora por considerar que la cantidad asignada resulta reducida. La demandada se agravia de la procedencia del reclamo.-*

*El derecho moral tiene por objeto defender la personalidad del autor de la obra de las posibles lesiones a su capacidad o calidad creadora. Se funda en el principio de que la personalidad humana es intangible y trata de evitar que se perjudique en lo esencial los intereses personales o artísticos del autor (conf. Satanowsky, Isidro "Derecho intelectual", t. I, p. 510 b).-*

*En razón de ello, todo autor goza del derecho a que se le reconozca la paternidad de su obra. Cuando como en el caso, ese derecho es lesionado, se le causa un agravio moral que debe ser resarcido (conf. CNCiv. Sala "F", "Pepe, Daniel H. c/ Editorial Atlántida S.A.", del 14/10/91).-*

*Considero, entonces, que el reclamo es procedente causado por los dolores, angustias y zozobras en su espíritu, como así también la impotencia y desazón que presumiblemente debió experimentar la reclamante al comprobar que las fotografías de su autoría, en las que seguramente puso toda su creatividad artística e intelectual, aparecían en la página web sin su autorización ni mención.-*

*En cuanto al monto fijado en el decisorio considero que resulta fruto de una prudente estimación, por lo que propicio la desestimación de los agravios en cuanto al tema (art. 165 del Código Procesal).-*

*VI. Por todo lo que dejo expresado doy mi voto para que: Se confirme la sentencia en todo lo que decide y fue motivo de apelación y agravio, con imposición de las costas dealzada por su orden en razón de existir vencimientos parciales y mutuos (art. 71 del Código Procesal).-*

*Las Dras. Beatriz A.Verón y Zulema Wilde adhieren al voto precedente.-*

*Con lo que terminó el acto, firmando las Señoras Vocales por ante mí que doy fe.-*

*Fdo.: Marta del Rosario Mattera - Beatriz A.Verón - Zulema Wilde*

*//nos Aires, agosto de 2009.-*

*Y VISTOS: Lo deicido y conclusiones establecidas en el Acuerdo precedentemente transcrito el Tribunal RESUELVE: Confirmar la sentencia en todo lo que decide y fue motivo de apelación y agravio, e imponer las costas de alzada por su orden en razón de existir vencimientos parciales y mutuos (art. 71 del Código Procesal).-*

*Difiérase la regulación de los honorarios para su oportunidad.-*

*Regístrese notifíquese y devuélvase.//-*

*Fdo.: Marta del Rosario Mattera - Beatriz A.Verón - Zulema Wilde*