

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

Derecho patrimonial. Principios generales. Carácter ilimitado.

PAÍS U ORGANIZACIÓN: Argentina

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

FECHA: 3-6-2004

JURISDICCIÓN: Judicial (Civil)

FUENTE: Texto del fallo a través del Portal de la Biblioteca Jurídica Online www.eldial.com. Referencia AA22E8

OTROS DATOS: Vivas, Carlos Alberto vs. Lotería Nacional

SUMARIO:

“... la obra intelectual es una creación que genera un haz de prerrogativas y derechos, entre los cuales el más característico es el derecho exclusivo que se concede al autor de explotar su obra en todas las múltiples formas posibles”.

COMENTARIO: En la tradición jurídica latina o continental el derecho patrimonial es, en principio, de contenido ilimitado, porque no está sometido al “*numerus clausus*”, pues comprende el derecho exclusivo del autor “*de explotar la obra en cualquier forma*”, “*bajo cualquier forma o procedimiento*” o “*en la forma que le plazca*”, de acuerdo a la terminología empleada por cada legislador, de suerte que, como lo aclaran algunas leyes nacionales, la lista de modalidades de utilización que integran ese derecho es “*meramente enunciativa y no taxativa*”. Es más, si la ley no prevé algunos modos de uso de la obra, “*ello no es óbice para que el autor disponga igualmente de todos ellos, porque los derechos patrimoniales son reconocidos con carácter genérico*”¹. Pero cuando se afirma que el derecho patrimonial es “*en principio ilimitado*” es porque admite limitaciones, las cuales, también en la tradición latina, deben estar previstas expresamente en la ley aplicable y ser objeto de interpretación restrictiva. Tales límites, en conformidad con los instrumentos internacionales sobre la materia, deben cumplir con la llamada “*regla de los tres pasos*”, a saber: que se trate de casos especiales o determinados, que no atenten contra la explotación normal de la obra y no causen un perjuicio injustificado a los legítimos intereses del titular del derecho. © **Ricardo Antequera Parilli, 2010.**

TEXTO COMPLETO:

En Buenos Aires, a los 3 días del mes de junio de 2004, reunidos en Acuerdo los jueces de la Sala I de esta Cámara para dictar sentencia en los autos mencionados en el epígrafe, y de conformidad con el orden del sorteo efectuado,

la doctora Maria Susana Najurieta dijo:

I. La sentencia de fs. 497/498 vta. rechazó la demanda promovida por Carlos Roberto Vivas contra la Lotería Nacional Sociedad del Estado, por cobro de daños y perjuicios que habría sufrido el actor, co-titular de una obra intelectual registrada en la Administración General de la Propiedad Intelectual de España bajo el nombre de "BOLA BIN" -registro definitivo nº 05088/2, fs. 477- que, en opinión

¹ LIPSZYC, Delia: *Derecho de Autor y Derechos Conexos*. Ed. UNESCO/ CERLALC/ZAVALÍA. Buenos Aires, 1993. p. 176.

del demandante, era esencialmente similar a la explotada sin derecho por la demandada bajo el nombre de "LOTO". Sostuvo el juez a-quo que lo registrado por el señor Vivas no tenía el carácter de una obra literaria que mereciera la protección legal de la ley 11.723, pues no () satisfacía el requisito de originalidad dado que era una variación de un juego de lotería conocido desde antiguo, conforme a las constancias de la causa. Agregó el magistrado que, por lo demás, la parte actora había reconocido que no estaba habilitada para la explotación del juego, por lo cual no podía pretender el resarcimiento de lucro cesante por una actividad que nunca hubiera podido realizar. En suma, desestimó la demanda, con imposición de costas a la vencida.//-

2. Contra ese pronunciamiento, la parte actora dedujo recurso de apelación, que fue concedido a fs. 502 vta.. La expresión de agravios correa fs. 507/513 y recibió la respuesta de fs. 515/517 de la parte demandada.

La actora pretende la revocación de lo resuelto sobre la base de los siguientes argumentos: a)) el juez descalifica erróneamente la creación del señor Vivas como "obra literaria", omitiendo que ésa fue la calificación asignada por el Registro General de la Propiedad Intelectual de Madrid;; b) la sentencia incurre en una parcial apreciación de la prueba producida, soslayando aspectos del informe de la Cámara de Agentes Oficiales de Lotería Nacional relativos a la identidad entre las modalidades de la obra registrada por Vivas y las del juego explotado por la Lotería Nacional v sin tomar en cuenta que la demandada no presento ninguna explicación relativa a la motivación o génesis del juego que explota; c) es equivocada la conclusión del magistrado sobre la falta de originalidad en la obra intelectual del actor, la cual tiene contenido artístico, con valor lucido y estético para quien participa y sigue el juego; d) finalmente, el recurrente insiste en su derecho a percibir una indemnización proporcional al beneficio que obtiene quien lo utiliza indebidamente cometiendo plagio.-

3. No se encuentra controvertido que, a la fecha en que la Lotería Nacional Sociedad del Estado implemento el juego de lotería bajo la

modalidad conocida como "LOTO" -decreto nº 1080 del 8/6/1990 y resolución 483 del 29/8/90, fs. 120/123 y fs. 145/146-, el señor Vivas, junto a los co-autores Colizzi y Clar, habían depositado en el Registro General de la Propiedad Intelectual de Madrid bajo el nº de inscripción provisional 02374 del 28/7/88, en la calidad de "obra literaria", el juego "EL BOLA BIN" (conf. fs. 477, donde se informa que el deposito recibió el numero de registro 05088-2). Me parece oportuno señalar que, conforme consta en estos autos, en España se explotaba la "lotería de números" desde 1985 y que se había implementado la modalidad de juego "Bono-loto" desde el 20/1/1988 (fs. 249).-

En la fecha que interesa este litigio que, en mi opinión, es junio de 1990, aun no se habían elaborado los Acuerdos de Marrakech (1994) y no se hallaba vigente para nuestro país el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio -cuya ratificación fue aprobada por ley 24.425-. En consecuencia, el respeto que en la Republica Argentina merecía una creación intelectual registrada en España, se debe considerar a la luz de la vigencia en nuestro país de la Convención Universal (Ginebra, 1952) y, fundamentalmente, de la Convención de Berna (Acta de Bruselas, 1948; cuya ratificación fue aprobada por ley 17.251). Estos instrumentos internacionales, que fueron invocados por el actor (fs. 11), incorporan a nuestro país un sistema universal de protección de las obras literarias y artísticas, que se sustenta -entre otros- en el principio básico del "tratamiento nacional", que no depende de ninguna formalidad. Ello significa que la obra que se origine en cualquiera de los Estados miembros recibe en cualquier otro Estado miembro la misma protección que este ultimo otorga a las obras de sus propios nacionales. En el mismo principio que consagro el art. 13 de la ley 11.723, sin requerir reciprocidades ni adhesiones a convenios internacionales. Ello significa que la protección a la obra extranjera en el país y su extensión, se regirán por las disposiciones de la ley argentina (conf. Emery Miguel A. en la obra Belluscio A.C. -Director-, "Código Civil y leyes complementarias", ed. Astrea, tomo 8, 1999, pag. 250 y ss., especialmente pag. 351), sin perjuicio del art. 11.723, que no interesa en el presente litigio.

4. En la ley argentina la obra intelectual es una creación que genera un haz de prerrogativas y derechos, entre los cuales el más característico es el derecho exclusivo que se concede al autor de explotar su obra en todas las múltiples formas posibles. Se considera obra "toda expresión personal de la Inteligencia que tenga individualidad, que desarrolle y exprese, en forma integral, un conjunto de ideas y sentimientos que sean aptos de ser hechos públicos y reproducidos" (conf. Emery Miguel A.; obra citada, Pág. 257). Ahora bien, cualquiera sea la definición que se tome, el concepto está siempre referido a una creación de la inteligencia, con notas de originalidad y significación (conf. Cám.Nac.Civ., Sala B, 23/6/1976, publicado en ED 71-254, Cám.Nac.Cont.Adm.Federal, Sala III, 7/7/1983), "Cuinat Alberto y otros c. Ministerio de Bienestar Social-Lotería de Beneficencia Nacional y Casinos", síntesis en ED 114-681, Cám. Crim. y Correc.Federal, Sala II, causa n° 12.654 "Pitisano Domingo s/sobreseimiento" del 10/12/96). También se ha dicho que "el derecho no nace del registro sino de la obra misma, que debe constituir la creación intelectual requerida por la ley 11.723, pues ese elemento del mayor o menor mérito de la obra- constituye un requisito indispensable para la procedencia del amparo legal. Tal depósito no crea, pues, un derecho definitivo a favor del beneficiario, ya que el mismo puede discutirse en juicio" (Corte Suprema de Justicia de la Nación, Fallos 271: 368, esta Cámara, Sala 1, causa 5901 del 28/7/78, considerando VII y sus citas; Sala 2, in re "Grygiel Rodolfo A. c. Lotería Nacional Soc. del Estado" del 28/5/1998, considerando III-, entre otros).

Es imprescindible, pues, que la obra cuyo amparo se busca, encarne la creación intelectual requerida por la ley 11.723, puesto que el registro solo establece una presunción, que puede destruirse por prueba en contrario (conf. Satanowsky Isidro, Derecho Intelectual, ed. TEA, 1954, tomo 2, n° 430, Pág. 137). Señalo, a mayor abundamiento, que esta presunción respecto de los derechos registrados, con posibilidad de producir prueba en contrario, es similar al sistema que se hallaba vigente en España al tiempo de la inscripción de la obra "EL BOLA BIN" (conf. art. 129, apartado 3, de la ley española 22/1987,

del 11/11/87).- En el sistema argentino -tanto como en el sistema español, que se refiere a "creaciones originales", art. 10.1 de la ley 22/87 citada- lo que la ley protege es la individualidad propia de la obra, si bien puede existir creación intelectual tutelada incluso utilizando elementos preexistentes. De allí que la determinación de Si una obra es creación protegida o no, constituye una cuestión fáctica que debe dilucidar el juez (Corte Suprema, Fallos 217:368, citado, considerando 4º; en el mismo sentido: Villalba Carlos A.-Lipszyc Delia, "El derecho de autor en la Argentina", ed. La Ley, 2001, pag. 29).

5.- La obra "EL BOLA BIN" -fotocopia autenticada en sobre marrón y copia a fs. 5- es un juego que, esencialmente, consiste en acertar- seis, cinco o cuatro bolas del juego de ruleta, con distintas posibilidades de aciertos y de premios. La protección fue otorgada como "obra literaria" y parece oportuno señalar que la protección no se otorga a la concepción de la idea de la obra en sentido abstracto, sino a la forma en que la idea se expresa porque ella debe revestir un carácter personal y presentar una disposición material, fruto del trabajo, susceptible de apropiación (Villalba Carlos A., "La apuesta triple: Un fallo que pone en juego los elementos básicos que regulan la actividad intelectual", La Ley t. 156-Pág. 1222 y ss.).- Ahora bien, tanto la doctrina como la jurisprudencia señalaron mayoritariamente que la enumeración contenida en el art. 1 de la ley 11.723 -en su redacción original- no tenía carácter taxativo, si bien la posibilidad de extensión estaba condicionada a que los nuevos casos se subsumieran en los géneros para los cuales la ley reservaba esta protección (conf Ledesma Julio C., "La obra artística en el mundo de la fantasía", El Derecho t. 50-Pág. 593)

Esta voluntad del legislador de enunciar algunas especies dentro de grandes géneros, ha sido reafirmada tras la redacción del art. 1º de la ley 11.723 por la ley 25.036 (promulgada el 6/11/98), que establece actualmente "...las obras científicas, literarias y artísticas comprenden los escritos de la naturaleza y extensión, entre ellos...". Asimismo, según el Glosario de derechos de autor y derechos

conexos de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI, 1980), escritos "son todas las clases de obras expresadas en forma escrita, cualesquiera que sean los signos de la fijación. Los escritos abarcan una amplia gama desde creaciones literarias hasta repertorios o guías prácticas..." (conf. Villalba y Lipszyc, "El derecho de autor en la Argentina", obra citada, Pág. 24).-

Si bien el texto reformado es muy posterior al momento en que se suscita el conflicto entre las partes enfrentadas en este litigio, corrobora el concepto de que un juego de entretenimiento -la memoria explicativa y descriptiva de un juego- puede apreciarse como "obra literaria" e incluso, como reparte premios sobre principios estadísticos, puede combinar elementos técnicos de valor científico, pudiendo encuadrarse dentro de los carriles de la protección legal, con total independencia de su extensión o mérito. Sin embargo, no debe olvidarse que "la circunstancia de que algo aparezca bajo la forma de un manuscrito que exteriorice la idea por medio de la palabra, no le da a éste carácter de obra literaria o artística" (conf. Satanowsky Isidro, Derecho Intelectual, ed. 1954, t. I, n° III).

6. Establecidas las premisas esenciales, debo decidir si la obra "EL BOLA BIN" revela una impronta personal o identificatoria de su autor(o autores), es decir, si tiene carácter creativo, teniendo en cuenta la organización de los varios elementos que la comprenden.- En este orden de ideas, a fs. 416/417 consta el informe de la Cámara de Agentes Oficiales de Lotería Nacional, que da cuenta de las particularidades del juego registrado por Vivas y otros, respecto del Juego denominado "LOTO" que la Lotería Nacional Sociedad del Estado implementó desde 1990. Señala diferencias en cuanto a las particularidades de los aciertos y de los premios, pero concluye que hay gran similitud en cuanto a la esencia del juego, que es "jugarlo por la ruleta y acertar seis bolas o menos". Pero también hay grandes semejanzas con los juegos llamados de clase "Loto" y explotados en Chile desde antigua data (conf. informe fs. 368/370). Según este informe, estos juegos comprenden todos aquellos que impliquen la selección y acierto de una cantidad determinada de números o dígitos

sobre un universo mayor de números y los primeros sorteos de este tipo se remontan a 1934. También la República Oriental del Uruguay y España han informado en este expediente sobre la explotación de juegos similares (fs. 380 y fs. 249).

Más aún, de la documentación ofrecida como prueba, por la parte demandada, particularmente del exhorto librado a la autoridad competente de Montreal, Provincia de Quebec, Canadá en la causa n° 1890/93 "Di Natale, Hugo Aurelio y otro c/Lotería Nacional Sociedad del Estado s/daños y perjuicios" -que tengo a la vista y cuya fotocopia corre de fs. 124 a fs. 143vta.- por el cual se obtiene la declaración de un representante de la Asociación Internacional de las Loterías Estatales (AILE), surge que el juego del LOTO apareció en Módena en el año 1476 y fue desarrollado en Génova en el siglo XVI (fs.136). Con sus reglas actuales es conocido y explotado en más de veinte países (fs. 125 vta. y fs. 142) y sus elementos esenciales son: elección por un jugador de una cierta cantidad de números (cinco o seis) de un conjunto formado por números que van del 1 al 30 (y hasta el 90);; sorteo de los números a premiar mediante un procedimiento mecánico o electrónico u otro método y premios diferentes para los ganadores de distintas combinaciones de aciertos (fs. 135 vta. y fs. 136). Todos estos elementos aparecen en la exposición del juego "EL BOLA BIN", tal como surge en el texto de fs. 5.

La parte actora reprocha que el juez a-quo no se haya preguntado cuál es el origen del juego del "LOTO" aprobado por la demandada mediante el decreto 1080/90. La respuesta aparece en los considerandos de tal decreto, donde se manifiesta que entre los juegos de azar autorizados por el Estado Nacional "no se encuentra hasta este momento una variante de Lotería de números que bajo la modalidad denominada "LOTO" es explotada mundialmente habiendo recibido una amplia aceptación por parte del público apostador"(fs. 120). Tanto el juego registrado por la actora como el "Loto" explotado por la demandada no son mas que variaciones carentes de marca personal o individualidad, porque combinan sin originalidad elementos que pertenecen a una

suerte de fondo común de los juegos de azar (sobre la noción de "fondo común de la creación" puede verse Bertrand Andre, "Le droit d'auteur et les droits voisins", 2ª edición, Dalloz, 1999, pag. 130 y ss., especialmente Pág. 132).-

En suma: las circunstancias de este litigio me convencen de que la obra que ha presentado el actor como sustento de su pretensión no tiene -individualidad propia y trascendente" pues no revela una impronta personal del autor o autores, indispensable para recibir tutela legal. El texto registrado reproduce procedimientos y reglas similares a las utilizadas en otros juegos de azar instrumentados desde larga data en otros países (conf Cám.Crim.y Correc.Federal, Sala 2, causa nº 12.654 "Pitisano Domingo s/sobreseimiento", del 10/12/96, relevante para la decisión de la causa nº 1890/93 "DI Natale Hugo Aurelio y otro c/Lotería Nacional Sociedad del Estado s/daños y perjuicios", que tengo a la vista). Ello determina la desestimación de la apelación.

En cuanto a los gastos causídicos, el pedido de revocación de la sentencia -que es rechazado- llevaba explícitamente el pedido de

modificación del cargo de las costas (fs. 513). En mi opinión, las particularidades del sub-lite justifican modificar el curso de las costas de primera instancia -y mandar que se las soporte en el orden causado- en atención a la dificultad fáctica y jurídica que entraña la materia debatida.

Por lo expuesto, propongo al Acuerdo rechazar la apelación de la actora y confirmar la sentencia de fs. 497/498 vta. Las costas de ambas instancias se distribuyen en el orden causado (art. 68, segundo párrafo, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

Los doctores Francisco de las Carreras y Martín Diego Farrell se adhieren al voto que antecede.

En mérito de lo deliberado y de las conclusiones del Acuerdo precedente, el Tribunal RESUELVE: desestimar la apelación de la parte actora y confirmar la sentencia de fs 497/498 vta. en todo cuanto ha sido materia de agravio. Las costas de arribas instancias se distribuyen en el orden causado (art. 68, párrafo segundo, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).-