

Autoría y titularidad. Obra publicitaria.

PAÍS U ORGANIZACIÓN: Uruguay

ORGANISMO: Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 4º Turno

FECHA: 29-7-2009

JURISDICCIÓN: Judicial (Civil)

FUENTE: Texto del fallo a través del Portal del Poder Judicial del Uruguay, en <http://bjn.poderjudicial.gub.uy/>

OTROS DATOS: Ficha N° 2-58116/2005. Sentencia N° 193/2009

SUMARIO:

“... la demandada contrató en solución no instrumentada por escrito con la empresa publicitaria (Filgueiras y Asociados S.R.L.), de la que participaba el accionante en calidad de Director Creativo ..., y con contenidos especialmente determinados ..., específicamente, para la promoción de los productos de la apelante en que la se incluía la obra «Amigas 1» con puntual inclusión del texto marcario distintivo y propiedad de la reclamada y la frase «Por qué seremos tan amigas», de la que participaron directamente familiares de representantes societarios de la empresa demandada adquiriéndose, además, fotos en denominado Banco de Imágenes”.

“En tal sentido, debe abonarse la conclusión de que se perfeccionó entre la mentada sociedad de hecho y la demandada contrato de obra publicitaria que es aquel en que el anunciante encarga a la agencia la creación, programación y ejecución de una campaña publicitaria, a cambio de una contraprestación en dinero, que normalmente consiste en una comisión fija calculada sobre el valor total del costo del material publicitario y la colocación de la campaña en los medios de difusión, asumiendo el publicitario una obligación de resultado y que determina, en lo sustancial, que el anunciante resulte el dueño de su publicidad, aprueba el proyecto y conserva la posibilidad de modificarlo; en tipicidad de relación de colaboración empresarial donde la agencia pone al servicio del anunciante una organización profesional que encuadra en sede de arrendamiento de obra”.

[...]

“Ciertamente es, que las creaciones intelectuales son protegidas por el derecho de autor como manifestaciones de la personalidad del autor, lo que justifica la existencia de derechos morales, y por las ventajas patrimoniales que generan su difusión entre el público, lo que estructura una serie de derechos de explotación, y que en las obras publicitarias normalmente hay una pluralidad de sujetos intervinientes: el anunciante (operador comercial que produce el bien o presta el servicio objeto de la publicidad comercial); la agencia de publicidad (que se encarga de

reorganizar la creación y poner en ejecución la campaña publicitaria); los denominados «creativos publicitarios» (con diversos vínculos contractuales con la agencia de publicidad y entre sí que realizan o componen las obras que integran la campaña publicitaria) y los operadores mediáticos (que difunden la publicidad comercial) ...”.

“Y por demás, que un creativo publicitario o una agencia pueden reivindicar su calidad jurídica de autor sobre los diferentes proyectos de creación publicitaria dentro del marco de las relaciones precontractuales o contractuales que tienen con el anunciante, debiéndose tener especialmente presente, que a este cuadro o situación se superponen los derechos del anunciante, la titularidad de los derechos de explotación, sin perjuicio de las cuestiones de autoría posibles, corresponden al anunciante, es la agencia quien encarga o contrata a los creativos, pero el es anunciante quien, en definitiva, encargó o contrató a la agencia, por lo tanto, será el anunciante el legítimo titular de los derechos de explotación así como quien asumirá frente a terceros la responsabilidad por los efectos de dicha explotación, sin perjuicio, obviamente, de posibles pactos en contrario ...”.

“Con tales entendimientos, procede concluir que en el caso en examen los derechos de explotación comprometidos se radicaron en la esfera de disponibilidad patrimonial de la recurrente, habida cuenta que no se acreditó la existencia de pactos contrarios derogatorios del principio general supra en relación y, particularmente, en tanto no logró comprobarse en el decurso de las actuaciones la autorización temporal y gratuita que denunciara la demandante para la reproducción de la obra intelectual para la promoción de los productos de la reclamada”.

[...]

“Lo que conlleva a la connatural conclusión de que los derechos de explotación comprendidos en la campaña publicitaria multicitada correspondían para el caso al anunciante ...”.

COMENTARIO: Como las personas jurídicas no tienen la capacidad de crear, la agencia publicitaria (casi siempre una persona jurídica), requiere necesariamente de autores, es decir, de personas físicas, razón por la cual el fallo en comentarios incurre en la imprecisión de afirmar que **“un creativo publicitario o una agencia pueden reivindicar su calidad jurídica de autor sobre los diferentes proyectos de creación publicitaria”** (hemos resaltado), ya que las personas jurídicas no pueden ser autores, aunque sí titulares de derechos patrimoniales. Esas personas naturales pueden serlo trabajadores al servicio de la agencia o bien creadores independientes contratados por ella, en cuyo caso son aplicables las normas establecidas en la ley respectiva acerca de las obras realizadas bajo relación laboral o por encargo, según corresponda. Parecería entonces que la titularidad de los derechos de uso recaería en la agencia -patrono de los creativos a su servicio o comitente de los aportes que encomienda a terceros-, no obstante que, a su vez, se trata de una obra por encargo confiada a la agencia por el anunciante, de manera que nuevamente deben aplicarse las normas legales o contractuales relativas a la titularidad de los derechos en los casos de obras creadas por encomienda, siendo comitente, en definitiva, el anunciante, o sea, la persona por cuenta de quien se realiza la obra y la que asume al fin de cuentas los costos de producción y difusión. Ello quiere decir que si el anunciante ostenta la titularidad de los derechos de explotación, también debe asumir las responsabilidades que de ella se deriven, incluso frente a reclamaciones por la apropiación, incorporación o sincronización indebidas de obras ajenas en el mensaje¹, independientemente de la responsabilidad civil solidaria que recaiga sobre la

agencia², o de la responsabilidad penal individualizada en la persona que, directamente, haya incurrido en algún delito tipificado por la ley. Pero la prudencia aconseja que la titularidad de los derechos patrimoniales entre anunciante y agencia, y entre ésta y sus subordinados o quienes crean por su encargo, esté sujeta a claras regulaciones contractuales. Y ello se hace más imprescindible cuando la legislación nacional deja a las partes la posibilidad de que los derechos de explotación sean cedidos al anunciante o a la agencia de acuerdo a lo convenido en el contrato³. © Ricardo Antequera Parilli, 2013.

TEXTO COMPLETO:

Montevideo, veintinueve de julio de dos mil nueve.

TRIBUNAL DE APELACIONES EN LO CIVIL DE CUARTO TURNO.

Ministro Redactor: Dr. Juan P. Tobía Fernández.

Ministros Firmantes: Dr. Eduardo. J. Turell. Dra. Ana M. Maggi.

1 En ese sentido, la Audiencia Provincial de León (10-3-2008), declaró la responsabilidad solidaria del anunciante ante la sincronización no autorizada de una obra musical en un mensaje publicitario, a cuyos efectos dijo que “... la demandada [anunciante] encarga la creación del anuncio y, por ello, tiene el derecho de controlar su desarrollo y comprobar el resultado final, paga su precio y hace suyos los derechos de explotación y, finalmente, lo divulga. Este control de principio a fin requiere una supervisión a la que no puede ser ajena la demandada; resulta inverosímil que no se le diera a conocer el proyecto inicial y mucho menos que no examinara el resultado antes de emitirlo en los medios de comunicación”.

2 La entonces Oficina de Derecho de Autor del INDECOPI, en el Perú, mediante resolución del 21-12-2000, ante la denuncia por el uso no autorizado de una fotografía en la publicidad de una empresa de transporte aéreo, declaró que “... las empresas denunciadas [agencia y anunciante] son responsables solidarias respecto de los hechos denunciados en el presente procedimiento, correspondiendo asumir los efectos derivados de la infracción cometida en perjuicio del denunciante”.

3 Ley española 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad. “Artículo 21. Las creaciones publicitarias podrán gozar de los derechos de propiedad industrial o intelectual cuando reúnan los requisitos exigidos por las disposiciones vigentes. No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, los derechos de explotación de las creaciones publicitarias se presumirán, salvo pacto en contrario, cedidos en exclusiva al anunciante o agencia, en virtud del contrato de creación publicitaria y para los fines previstos en el mismo”.

AUTOS: “FIGUEIRAS, JOSE C/LA NUEVA CERRO S.A.-- CESE EN EL USO DE LOS DERECHOS DE AUTOR, DAÑOS Y PERJUICIOS, COBRO DE MULTA” - Ficha Nº 2-58.116/2005.

I) El objeto de la instancia está delimitado por los contenidos del recurso de apelación interpuesto por la accionada contra la sentencia Nº 48 de fecha 14 de agosto de 2008 dictada por la titular del Juzgado Letrado de 1era. Instancia en lo Civil de 10mo. Turno Dra. Lilián Morales Larrosa por la que, amparándose parcialmente la demanda, se condenó a la reclamada a abonar a la actora los daños y perjuicios generados y la multa peticionada en cantidades a ser determinadas en el procedimiento previsto en arts. 378 y conc. C.G.P. con más los intereses legales correspondientes, sin especiales condenaciones procesales (fs. 313-321).

II) Sostuvo la recurrente, en lo concreto y sintéticamente, que no puede compartirse la decisión cuestionada en tanto se incurrió en vicio de incongruencia en la consideración de los hechos que se calificaron como ilícitos y en la condena habilitada al pago de los intereses legales según específicos contenidos del reclamo contrario que destaca.

Por demás, que de conformidad con las probanzas aportadas al proceso, que pulcra y detalladamente releva y valora, y en aplicación de criterios doctrinarios generales, que particularizadamente convoca, debe entenderse acreditada la existencia de contrato de publicidad entre la agencia de la que formaba parte el promotor y la compareciente que determinó que la titularidad de los derechos de explotación comprometidos se radicaran en beneficio de su parte y sin limitación temporal de especie alguna, en situación contextual que

descarta, congruentemente, toda posibilidad de reproche a las conductas desplegadas en el caso, sin perjuicio de anotarse, inexistencia del lucro cesante alegado de conformidad con las probanzas allegadas que puntualmente relaciona.

Solicita, en definitiva y en lo concreto, se revoque la sentencia apelada con las consecuencias inherentes al efecto (fs. 322-349).

III) Del recurso interpuesto se confirió legal traslado y al evacuarlo abogó la convocada por la desestimatoria de los agravios contrarios en las fundamentaciones desarrolladas, se franqueó la correspondiente alzada, recibidos los autos en la sede se dispuso para el pasaje a estudio necesario y, finalmente, se acordó el dictado de decisión anticipada (fs. 350, 352-365, 367, 373, 384, etc.; arts. 200, 344.2 y conc. C.G.P.).

IV) En lo preliminar procede destacar, que corresponde tener a la accionada renunciando o desistiendo de los recursos de apelación en su oportunidad admitidos con efecto diferido interpuestos contra las sentencias (sin numerar) dictadas en audiencia del 3/4 y 5/5/2008 y la N° 1024 del 10/4/2008, al no ajustarse su actividad postrera en sede de impugnación principal a los requerimientos legales de la materia (fs. 322-349; art. 147, 251 num. 3, 252.3, 254, 255 y conc. C.G.P.).

V) En lo sustancial, se estima que los agravios promovidos resultan contextualmente de recibo, razón por la cual, se arribará a decisión revisiva del fallo apelado en los fundamentos y contenidos que se intentarán explicitar a continuación.

Rectamente interpretadas las intervenciones de la solicitante (fs. 7-11, 73-85), en los criterios generales de aplicación en la materia (Odriozola, en *Judicatura*, año I, N° 10, p. 244 y ss.), conforme cuyos contenidos se delimitó el objeto del proceso (fs. 168-169), debe necesariamente convenirse en que para el progreso de su pretensión debía el promotor acreditar, de conformidad con los principios generales vigentes (arts. 137, 139 y conc. C.G.P.), que el asesoramiento que la empresa Figueiras y Asociados S.R.L. (de la que participaba

el reclamante en calidad de Director Creativo) prestó a la accionada en materia publicitaria y planificación de inversión en medios, con inicio al 1/2004 y que incluía la creación de obras intelectuales como la comprometida subespecie que se determina como de propiedad del accionante (ver fs. 2 y vto., 212, etc.), comprendía exclusivamente generación de honorarios por coordinación y realización de montajes publicitarios variados y autorización (temporal y gratuita) para la reproducción y comunicación pública de la obra intelectual de su creación (no verificada por encargo) para la promoción de los productos de la apelante, la que extinguida derivó en reproducción ilícita por no pago de los correspondientes derechos de autor que se radicaban en la esfera patrimonial del citado por el periodo 7/2004 al 5/2006 por utilización de aquella en diferentes vehículos.

Y para el caso, por valoración unitaria y racional del material probatorio incorporado (art. 140 C.G.P.), debe de concluirse en que el demandante no se desembarazó adecuadamente del "onus-probandi" de su cargo con la consecuencia, inevitable, de que sus postulaciones no pueden progresar (Couture, *Fundamentos...*, 3era. ed., p. 240 y ss.), sin que resulte necesario incursionar en el análisis particularizado de los contenidos y naturaleza de la responsabilidad resultante de posibles violaciones a la normativa vigente en materia de derechos de autor (ampliamente de la Sede Sents. Nos. 232/07; 80/09, etc.).

Debe admitirse, que la interpretación de los contratos busca reconstruir la voluntad de los contratantes, determinando el contenido negocial, con la finalidad de que, comprobado lo que quisieron o declararon querer, se precisen los efectos jurídicos del negocio; actividad que no puede ser discrecional sino sometida a reglas legales que debe observar el juzgador a partir de elementos textuales y extratextuales (Gamarra, *Tratado...*, T. XVIII, 1980, p. 105 y ss., 207 y ss., etc.; de la Sede Sents. Nos. 59, 84/00; 6, 194/02; 51, 80, 109/04; 213/07; 1, 61/08, etc.).

En la especie, las probanzas incorporadas

y las resultantes de las carpetas probatorias que se tienen a la vista, permiten el razonable entendimiento de que la demandada contrató en solución no instrumentada por escrito con la empresa publicitaria (Filgueiras y Asociados S.R.L.), de la que participaba el accionante en calidad de Director Creativo (ver fs. 199 y ss., 208, 253-259, 280-283), que en la ocasión tenía naturaleza jurídica de sociedad de hecho y/o en formación de conformidad con la fecha de perfeccionamiento del contrato social (17/12/2003), inscripción (31/12/2003) y publicación (16/1/2004) (ver fs. 129, 199 y ss., etc.), si se tiene presente la existencia de comunicaciones anteriores al mes 1/2004 denunciado por el reclamante como de inicio de las actividades (ver especialmente fs. 89, 90, 94, etc.), lo que destaca que el acuerdo comercial puede situarse concertado al partir del 11/2003 (ver informe sobre acopios de materiales en fs. 197), y con contenidos especialmente determinados (ver liquidación de gastos y honorarios en fs. 94), específicamente, para la promoción de los productos de la apelante en que la se incluía la obra “Amigas 1” con puntual inclusión del texto marcario distintivo y propiedad de la reclamada y la frase “Por qué seremos tan amigas”, de la que participaron directamente familiares de representantes societarios de la empresa demandada adquiriéndose, además, fotos en denominado Banco de Imágenes (ver fs. 68-72, 110-118, 119-121, 122-128, 129-132, 133-134, 135; testimonios de Vilar en fs. 212-219; Manganja en fs. 220-223; modelos participantes en fs. 224-226 y 227-228; Tavares en fs. 229-232; Alberti en fs. 237-239; de los Santos en fs. 240-241; Grant en fs. 253-259, etc.).

En tal sentido, debe abonarse la conclusión de que se perfeccionó entre la mentada sociedad de hecho y la demandada contrato de obra publicitaria que es aquel en que el anunciante encarga a la agencia la creación, programación y ejecución de una campaña publicitaria, a cambio de una contraprestación en dinero, que normalmente consiste en una comisión fija calculada sobre el valor total del costo del material publicitario y la colocación de la campaña en los medios de difusión, asumiendo el publicitario una obligación de resultado y que determina, en lo

sustancial, que el anunciante resulte el dueño de su publicidad, aprueba el proyecto y conserva la posibilidad de modificarlo; en tipicidad de relación de colaboración empresarial donde la agencia pone al servicio del anunciante una organización profesional que encuadra en sede de arrendamiento de obra (Venturini, Rodríguez Mascardi, en A.D.C.U., T. XXV, p. 613 y ss.; Peirano, Ordoqui, Contratos, Segundo Tomo, p. 677, etc.).

Precisamente, porque no existen probanzas que permitan razonablemente sostener que se perfeccionó específica contratación entre el accionante Figueiras y la sociedad comercial demandada relativa a la producción creativa de los materiales publicitarios que excluyera la intervención de la agencia publicitaria, a diferencia debe abonarse el entendimiento de que el mencionado intervino en la campaña como integrante de la empresa publicitaria o como soporte de la misma sin que resulte necesario para el caso despejar sobre la naturaleza de los acuerdos entre agencia y creativo, como se comprueba, especialmente, según contenidos de las comunicaciones variadas entre la agencia y el anunciante inclusive las verificadas en la secuencia de patología negocial constatada que determinara la ejecución parcial de las obligaciones contenidas en la campaña publicitaria acordada, y conforme las gráficas que se denominan “pie de agencia” comprendidas en las fotos incorporadas al no resultar al respecto convincentes las explicaciones vertidas por el reclamante (ver fs. 64, 65, 68-72, 89-91, 92, 93, 212-219, 280-283, etc.).

Cierto es, que las creaciones intelectuales son protegidas por el derecho de autor como manifestaciones de la personalidad del autor, lo que justifica la existencia de derechos morales, y por las ventajas patrimoniales que generan su difusión entre el público, lo que estructura una serie de derechos de explotación, y que en las obras publicitarias normalmente hay una pluralidad de sujetos intervinientes: el anunciante (operador comercial que produce el bien o presta el servicio objeto de la publicidad comercial); la agencia de publicidad (que se encarga de reorganizar la creación y poner en ejecución la campaña publicitaria); los denominados

“creativos publicitarios” (con diversos vínculos contractuales con la agencia de publicidad y entre sí que realizan o componen las obras que integran la campaña publicitaria) y los operadores mediáticos (que difunden la publicidad comercial) (Bugallo, La protección jurídica del eslogan publicitario, U.M., 2005, p. 96).

Y por demás, que un creativo publicitario o una agencia pueden reivindicar su calidad jurídica de autor sobre los diferentes proyectos de creación publicitaria dentro del marco de las relaciones precontractuales o contractuales que tienen con el anunciante, debiéndose tener especialmente presente, que a este cuadro o situación se superponen los derechos del anunciante, la titularidad de los derechos de explotación, sin perjuicio de las cuestiones de autoría posibles, corresponden al anunciante, es la agencia quien encarga o contrata a los creativos, pero el es anunciante quien, en definitiva, encargó o contrató a la agencia, por lo tanto, será el anunciante el legítimo titular de los derechos de explotación así como quien asumirá frente a terceros la responsabilidad por los efectos de dicha explotación, sin perjuicio, obviamente, de posibles pactos en contrario (Bugallo, en op. cit., p. 97, etc.).

Con tales entendimientos, procede concluir que en el caso en examen los derechos de explotación comprometidos se radicaron en la esfera de disponibilidad patrimonial de la recurrente, habida cuenta que no se acreditó la existencia de pactos contrarios derogatorios del principio general supra en relación y, particularmente, en tanto no logró comprobarse en el decurso de las actuaciones la autorización temporal y gratuita que denunciara la demandante para la reproducción de la obra intelectual para la promoción de los productos de la reclamada.

Particularmente, cuando la transmisión de los derechos de autor de carácter patrimonial deben contar con la autorización previa, expresa y por escrito del autor y se presumen de carácter oneroso (De Freitas, en Anuario de Propiedad intelectual 2004, p. 51; arts. 8 y conc. Ley Nº 17.616), debe

abonarse el entendimiento, por sencilla aplicación subespecie de las reglas de la sana crítica y/o razonabilidad (art. 140 C.G.P.), de que no se comprobó la autorización gratuita alegada por el reclamante.

Lo que conlleva a la connatural conclusión de que los derechos de explotación comprendidos en la campaña publicitaria multicitada correspondían para el caso al anunciante, en definición que no permite ser enervada por la inscripción postrera de la obra realizada por el accionante con la peculiaridad de exclusión del signo marcario de la demanda (fs. 2 y vto., 68-72, 110-118, 212, etc.) que reafirma la condición de que la obra fue realizada en el contexto de la campaña publicitaria pretendida y devienen integralmente inoponible al comitente en las condiciones de la negociación perfeccionada, y al deberse entender determinada sin limitaciones temporales de especie alguna procede descartar, consecuentemente, toda posibilidad de considerar reprochable las conductas constatadas en el mes 5/2006 (fs. 18-19, 21-25, etc.).

Lo expresado determina innecesariedad de incursionar en el análisis de los agravios propuestos sobre cuerpo de daños, sin perjuicio de anotarse, que se comparte con la apelante de que en la decisión impugnada se incursionó en vicio de incongruencia (art. 198 C.G.P.) no solo por la inclusión de la temática de publicidad en refugios peatonales en la vía pública que no había resultado propuesta al debate sino, además, por imposición de intereses que no fueran objeto de pedimento en la demanda instalada (ver fs. 73-85 y especialmente pet. 5.1 a 5.3 en fs. 84vto.-85), en vicisitud que, en todo caso, no reproduce hipótesis de nulidad y amerita ser corregida vía apelación como tiene admitido la Sala en argumentaciones a las que se remite evitando inútiles reiteraciones (ampliamente de la Sede Sents. Nos. 209/02; 176/03, etc.).

VI) La especialidad y complejidad de los temas en debate en las constancias de la presente decisión y conductas procesales desplegadas por los participantes determinan no existan méritos para la imposición de especiales condenas procesales en

el grado (arts. 688 C.C.; 56, 261 C.G.P.).

*Por los fundamentos expuestos, disposiciones
enunciadas y aplicables, el Tribunal*

FALLA:

*Revocando la sentencia apelada y en su mérito,
desestimando la demanda movilizada, sin
especiales condenaciones procesales.*

Oportunamente, devuélvase.