

Centro Regional para el Fomento del Libro en América Latina y el Caribe © CERLALC, 2013
Selección y disposición de las materias y comentarios, Ricardo Antequera Parilli

Explotación por terceros. Licencia de uso. Interpretación restrictiva. Cesión de derechos a un tercero. Improcedencia.

PAÍS U ORGANIZACIÓN: Argentina

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

FECHA: 9-4-2010

JURISDICCIÓN: Judicial (Civil)

FUENTE: Texto digitalizado del fallo

OTROS DATOS: Martino, José Daniel vs. Arte Gráfico Editorial Argentino S.A.

SUMARIO:

“Contra la sentencia dictada en primera instancia ..., que hizo lugar a la demanda por la cual el actor [Martino] perseguía la indemnización de los daños y perjuicios sufridos al violarse su derecho de propiedad intelectual por la reproducción indebida de fragmentos de una obra de su propiedad, expresan agravios el actor ... y la demandada”.

“El actor se agravia porque no está conforme con los montos fijados en concepto de daño material y de daño moral ...”.

“La codemandada Arte Gráfico Editorial Argentino SA, por su lado, se agravia de que se haya admitido la demanda”.

[...]

“El actor es el titular de los derechos de una obra que escribió con Adolfo Bioy Casares sobre la vida de Borges. Si bien fueron coautores, Adolfo Bioy Casares le cedió sus derechos. Según información obrante en la causa, no controvertida, Bioy Casares documentó con cuidado sus charlas con Borges y, entre sus papeles privados se encontraban más de 1.000 páginas, sin editar. A su vez, el actor fue un estudioso de la obra del primero, y colaboró con él en la preparación de la obra, una especie de diario de una amistad”.

“El 9 de noviembre de 2001 suscribió con Matilde Sánchez -esta última en representación del Diario Clarín (AGEA), y en su carácter de Editora del Suplemento Literario de dicho periódico- un convenio por el cual autorizó la publicación en ese suplemento de fragmentos de la obra en cuestión, hasta ese momento inédita, titulada «Borges». En lo que aquí interesa, se precisó que la autorización otorgada no era onerosa, pero que Clarín se comprometía a «destinar un espacio relevante» para la publicidad de la obra, y se aclaró expresamente que esa autorización era «únicamente para los fines previstos» en ese acuerdo, dejando constancia que «todo acto o acción relativo a la obra» que no estuviese expresamente autorizado en ese documento debería

ser «sometido a la previa autorización por escrito» de Martino”.

“La publicación se realizó el 24 de noviembre de 2001, tal lo convenido. Se trata de una publicación cuyo encabezado es “Anticipo de los cuadernos inéditos de A.B.C.. El «Borges de Bioy Casares», y que se titula «La lengua de los porteños», firmada por Matilde Sánchez, quien hace una breve introducción sobre la relación entre los referidos personajes, y vierte una corta opinión o explicación sobre el contenido de la obra, para luego transcribir en forma textual y con amplitud diversos párrafos seleccionados de lo que sería la obra completa ...”.

“Dicha publicación adelantó párrafos selectos de una obra entonces inédita, y que actualmente se encuentra publicada, bajo el título «Borges», figurando como autor Adolfo Bioy Casares, y con la aclaración «Edición al cuidado de Daniel Martino».”

“... no hay disconformidad con la referida publicación en el suplemento literario. El problema surge cuando el diario Clarín firma convenios por los cuales cede dicha publicación, a título oneroso, a otros diarios extranjeros ... y por sitios de Internet”.

“Según el actor, la demandada se extralimitó ya que tal explotación no estaba permitida en el convenio que los unió ...”.

“La primera de las defensas, bien rechazada por el a quo, no resiste el menor análisis ... Sánchez, en su condición de Directora del Suplemento Literario, obtuvo del actor una autorización para publicar fragmentos de una obra inédita, en el diario Clarín. El diario no solo los publicó, sino que luego cedió derechos a título oneroso e invoca la propiedad de la obra, al ser Sánchez su empleada ... Mal puede entonces decir que el convenio le es ajeno, cuando se valió de él y lo ratificó expresamente. Además, se probó en el expediente que Clarín conocía perfectamente el contenido de la autorización ...”.

[...]

“El título de la supuesta obra es «anticipos de...», y no generaría ningún interés entonces si careciera de tales anticipos que, justamente, ocupan casi todo el espacio de la nota”.

“Aclarado ello, es claro que el espíritu del contrato fue impedir que se conocieran los fragmentos autorizados por otra vía que la elegida. Cualquier otra difusión requería del permiso del actor, en el caso ignorado.

“Ocurre que, aun cuando se tratase de una obra derivada -sólo por hipótesis-, lo cierto es que los derechos de autor sobre una obra derivada se limitan fuertemente por lo convenido con el autor original (Emery, Miguel Ángel, Propiedad intelectual, Astrea, pág. 89)”.

“Aceptar la tesis de la demandada implicaría desvirtuar lo querido por los contratantes, pues una vez prestada la autorización, bastaría con que la autorizada efectuase pequeñas adiciones para no tener que respetar la prohibición impuesta de reproducir los textos que aún eran inéditos,

y que no estaba en el ánimo del titular difundir abiertamente antes de la publicación del libro”.

COMENTARIO: De acuerdo a los términos utilizados en la sentencia, el titular de los derechos sobre la obra “autorizó” al Diario “Clarín” el uso de fragmentos de la obra inédita, lo que no implicaba una cesión de los derechos, sino una licencia de uso, que se diferencia de aquella, entre otras cosas, porque no transmite los derechos de explotación al licenciatarlo, sino que implica una simple autorización a este último para el uso de la obra, de acuerdo a los términos pactados en el respectivo contrato de licencia. Como lo aclara el Glosario de la OMPI sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos, “a diferencia de la cesión, la licencia no transfiere la titularidad; constituye únicamente un derecho o derechos a utilizar la obra con sujeción al derecho de autor, derecho que sigue siendo de la pertenencia del licenciante ...”.¹ Y ese contrato de licencia, por su naturaleza (a menos que se haya convenido otra cosa entre las partes), es intransferible. De allí que el licenciatarlo no pueda ceder a terceros derechos que no tiene, como sería el de otorgar una cesión de los mismos, al ser un mero autorizado para usar la obra y nada más. Mal podría prosperar entonces la tesis del licenciatarlo de que ostentaba la titularidad de los derechos como para transferírseles a terceros. Pero además, surge el principio de la interpretación restrictiva de los contratos, que en muchas legislaciones se consagra de forma expresa y que en todo caso ha sido reconocido por los tribunales en diversos países. Así, la justicia belga ha resuelto que las cesiones de derechos patrimoniales “son de estricta interpretación y se aplican por lo tanto a favor del creador en caso de duda”² y la brasileña que “cualquiera que sea el negocio jurídico en que esté involucrado el derecho de autor sobre ella, debe ser interpretado restrictivamente”³. También la justicia en Francia resolvió que “la transmisión del derecho de autor está subordinada a la condición de que cada uno de los derechos cedidos debe ser objeto de una mención expresa en el acto de cesión”, de modo que “... la transmisión de los derechos de autor está subordinada a la condición de que cada uno de los derechos cedidos sea objeto de una mención distinta en el documento de cesión y que el dominio de la explotación de los derechos cedidos queda limitada en cuanto a su extensión y su destino, en cuanto a lugar y en cuanto a su duración”.⁵ El Tribunal Supremo español ha manifestado que “... la enajenación tiene que hacerse expresamente, es decir, con palabras o demostraciones claras, ya sea completa, ya sea escogida, sin que cobre tal punto que quepa una interpretación extensiva, dado lo excepcional de tal derecho, el cual radica originariamente en el autor o sus herederos, dimanando de la paternidad de sus obras”.⁶ A su vez, el Tribunal Supremo de Portugal manifestó que “en el escrito debe constar, obligatoria y específicamente, la forma autorizada para su divulgación, publicación y utilización, así como las respectivas condiciones de tiempo, lugar y precio”.⁷ Y en el ámbito comunitario, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina tiene interpretado que “la cesión de derechos así como las autorizaciones o licencias de uso que hace el autor a terceros debe ser interpretada en forma restrictiva, es decir sólo aquellos límites previstos en el contrato podrán ser entendidos como cesibles sin considerar los derechos que constituye para el titular una reserva propia y particular para su uso”.⁸ Todo lo anterior quiere decir que

1 Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI): *Glosario de Derecho de Autor y Derechos Conexos* (autor principal: György Boytha), Ginebra, 1980. Voz 142. p. 145.

2 Tribunal de 1ª Instancia de Bruselas (16-10-1996).

3 Tribunal de Justicia del Estado de São Paulo (24-5-1998). Apelación No. 7.257.4/8.

4 Corte de Apelaciones de Colmar (15-9-1998).

5 Tribunal de Apelaciones de Lyon (9-12-1999).

6 Sentencia del 24-6-1995.

7 Sentencia del 15-12-1998.

8 Proceso 39-IP-99 (1-12-1999).

si la autorización otorgada por el titular del derecho al Diario Clarín se limitaba “únicamente para los fines previstos” en ese acuerdo, con constancia expresa de que “todo acto o acción relativo a la obra” que no estuviese expresamente autorizado en ese documento debería ser “sometido a la previa autorización por escrito” del titular, la interpretación de ese consentimiento debía ser limitativa y no podía extenderse más allá de lo expresado por las partes. © Ricardo Antequera Parilli, 2013.

TEXTO COMPLETO:

En Buenos Aires, a los 9 días del mes de abril de 2010, hallándose reunidos los señores Jueces integrantes de la Sala H de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de la Capital Federal, a los efectos de dictar sentencia en los autos caratulados “Martino, José Daniel c/Arte Gráfico Editorial Argentino SA y otro s/daños y perjuicios” y habiendo acordado seguir en la deliberación y voto el orden de sorteo de estudio, el Dr. Mayo dijo:

Contra la sentencia dictada en primera instancia (fs. 523/30), que hizo lugar a la demanda por la cual el actor perseguía la indemnización de los daños y perjuicios sufridos al violarse su derecho de propiedad intelectual por la reproducción indebida de fragmentos de una obra de su propiedad, expresan agravios el actor (fs. 546/50) y la demandada (fs. 552/9). Esta última, a fs. 561/6, contestó el traslado conferido.

El actor se agravia porque no está conforme con los montos fijados en concepto de daño material y de daño moral. Señala que es importante la chance frustrada de la venta de ejemplares, y que debe tenerse en cuenta la gravedad de la culpa, así como otras circunstancias personales que relata. También cuestiona que se haya rechazado la demanda respecto de Matilde Sanchez, Editora del Suplemento Literario del diario Clarín, así como de la consecuente imposición de costas.

La codemandada Arte Gráfico Editorial Argentino SA, por su lado, se agravia de que se haya admitido la demanda. Señala que el actor cedió fragmentos de su obra para que fueran comentados y publicitados, y que esa nota es de su propiedad, pues se trata de una obra derivada, que le pertenece y que podía ceder libremente, mientras que la decisión apelada

-que prohíbe futuras publicaciones- lesiona su libertad de prensa. Invoca también el derecho de cita (art. 10, ley de propiedad intelectual).

Además, considera injustificada la indemnización fijada, máxime cuando -sostiene- el libro del actor fue publicado y hasta favorecido por la publicidad que le dio la publicación en el diario.

En primer lugar, relataré los hechos sobre los que no hay discusión, para luego examinar la situación jurídica.

El actor es el titular de los derechos de una obra que escribió con Adolfo Bioy Casares sobre la vida de Borges. Si bien fueron coautores, Adolfo Bioy Casares le cedió sus derechos. Según información obrante en la causa, no controvertida, Bioy Casares documentó con cuidado sus charlas con Borges y, entre sus papeles privados se encontraban más de 1.000 páginas, sin editar. A su vez, el actor fue un estudioso de la obra del primero, y colaboró con él en la preparación de la obra, una especie de diario de una amistad.

El 9 de noviembre de 2001 suscribió con Matilde Sánchez -esta última en representación del Diario Clarín (AGEA), y en su carácter de Editora del Suplemento Literario de dicho periódico- un convenio por el cual autorizó la publicación en ese suplemento de fragmentos de la obra en cuestión, hasta ese momento inédita, titulada “Borges”. En lo que aquí interesa, se precisó que la autorización otorgada no era onerosa, pero que Clarín se comprometía a “destinar un espacio relevante” para la publicidad de la obra, y se aclaró expresamente que esa autorización era “únicamente para los fines previstos” en ese acuerdo, dejando constancia que “todo acto o acción relativo a la obra” que no estuviese expresamente autorizado en ese documento debería ser “sometido a la previa

autorización por escrito” de Martino.

La publicación se realizó el 24 de noviembre de 2001, tal lo convenido. Se trata de una publicación cuyo encabezado es “Anticipo de los cuadernos inéditos de A.B.C.. El ‘Borges de Bioy Casares”, y que se titula “La lengua de los porteños”, firmada por Matilde Sánchez, quien hace una breve introducción sobre la relación entre los referidos personajes, y vierte una corta opinión o explicación sobre el contenido de la obra, para luego transcribir en forma textual y con amplitud diversos párrafos seleccionados de lo que sería la obra completa (ver copia de fs. 458/61). Podría adelantar que el comentario de Sánchez ocupa una columna, y que los párrafos transcriptos y adelantados al público representan 13 columnas.

Dicha publicación adelantó párrafos selectos de una obra entonces inédita, y que actualmente se encuentra publicada, bajo el título “Borges”, figurando como autor Adolfo Bioy Casares, y con la aclaración “Edición al cuidado de Daniel Martino” (ver fs. 427).

De todos modos, no hay disconformidad con la referida publicación en el suplemento literario. El problema surge cuando el diario Clarín firma convenios por los cuales cede dicha publicación, a título oneroso, a otros diarios extranjeros. Los fragmentos fueron reproducidos por el diario “Universal” de Caracas en su suplemento “Verbigracia” (22 y 29 de diciembre de 2001), por el diario “El Mundo” de Madrid (12/12/2001, ver fs. 422), y por sitios de Internet.

Según el actor, la demandada se extralimitó ya que tal explotación no estaba permitida en el convenio que los unió. La demandada esgrime dos defensas: a) que el convenio que firmó Sánchez no la obliga; b) que la publicación le pertenece por ser una obra derivada, de su propiedad. Es decir, cabe diferenciar a los fragmentos textualmente transcriptos, de la nueva obra que si bien se basa en ellos, a la vez es autónoma.

La primera de las defensas, bien rechazada por el a quo, no resiste el menor análisis. Como dije, Sánchez, en su condición de Directora del Suplemento

Literario, obtuvo del actor una autorización para publicar fragmentos de una obra inédita, en el diario Clarín. El diario no solo los publicó, sino que luego cedió derechos a título oneroso e invoca la propiedad de la obra, al ser Sánchez su empleada (ver fs. 553 vta). Mal puede entonces decir que el convenio le es ajeno, cuando se valió de él y lo ratificó expresamente. Además, se probó en el expediente que Clarín conocía perfectamente el contenido de la autorización (ver fs. 310).

En cuanto a la existencia, o no, de una obra derivada, debo decir lo siguiente.

Cuando se utiliza una obra para efectuarle cambios de manera de incorporarle una creación novedosa, se obtiene una obra resultante, a la que la doctrina ha llamado “obra derivada o de segunda mano”; estos cambios pueden consistir, entre otros, en una “adaptación”, lo que significa que una obra artística se acomoda a otra; y para poder usar el derecho de modificar una obra preexistente o inicial, de ser esta privada, es preciso contar con la autorización del autor (CNCiv., sala C, in re Cresseri, Artidorio v. SADAIC, LL 1979-B-112).

En igual sentido, Satanowsky expresa que una obra inicial o preexistente (original/originaria) puede ser cambiada o crearse otra a base de aquélla, es decir tomándola como motivo de inspiración reproduciéndola, adaptándola, modificándola o transformándola. La resultante se llama obra derivada (Derecho Intelectual, Ed. Tipográfica Editora Argentina, 1954, T. I, p.313; ver también: OMPI, Glosario de derecho de autor y derechos conexos, voz 162, Ginebra, 1978).

El art. 4, inc. C), de la ley 11.723 se refiere a “los que con permiso del autor la traducen, refunden, adaptan, modifican o transportan sobre la nueva obra intelectual resultante”.

La Convención Interamericana sobre el derecho de autor en obras literarias, científicas y artísticas, de Washington de 1946 (aprobada por ley 14.186/53; ratificada el 24 septiembre de 1953; en vigor en la República a partir del 24 de septiembre de 1953), en

el artículo V, párrafo 1, expresa: “Serán protegidas como obras originales sin perjuicio del derecho del autor sobre la obra primigenia, las traducciones, adaptaciones, compilaciones, arreglos, compendios, dramatizaciones u otras versiones de obras literarias, científicas y artísticas, inclusive las adaptaciones fotográficas y las cinematográficas.

No es el caso de autos. La publicación en cuestión, previa autorización del titular de los derechos, se limitó a reproducir párrafos, fragmentos, de una obra entonces inédita, con una brevísima introducción de la firmante de la nota. Casualmente, la publicación comienza con un encabezado significativo: “Anticipo de los cuadernos inéditos de A.B.C.”. No se observa ningún aporte original que le confiera autonomía, ya que sólo se trata de -justamente- la reproducción de algunos pedazos de la obra.

Los derechos de autor se otorgan sobre la descripción, la explicación o la ilustración de una idea o de un concepto; y siempre y cuando estén dados los recaudos legales para que haya protección. Únicamente puede ampararse el derecho de autor cuando la obra intelectual, como creación de la inteligencia, es una expresión novedosa, vale decir cuando concurre aquel elemento indispensable de la “originalidad” para hacerla acreedora de la protección que se reclama.

La “originalidad” es un requisito que debe cumplir la obra de cualquier creador para acceder a la protección que brinda el Derecho de Autor. La originalidad reside en la expresión creativa e individualizada de la obra (Lipszyc, Delia, Derecho de autor y derechos conexos, CERLALC/UNESCO/Zavalía, Buenos Aires, 1993, p. 65).

El derecho de autor consagrado en la Ley 11.723 protege a toda obra original -en su acepción de originaria- y a toda obra derivada, que es aquella que basándose en la obra originaria la transforma, resultando una obra diferente. En tal sentido, la obra derivada es una obra compuesta, toda vez que incorpora a una nueva obra una obra preexistente sin la participación del autor de esta última (Lipszyc, Delia, Derecho de autor y derechos conexos, cit.,

ps. 111 y 130).

Ha dicho esta Sala que “La obra intelectual derivada surge cuando una obra inicial o preexistente -original- es cambiada, con el permiso de quien tiene derecho a ello, creándose otra en base a aquélla, o cuando se toma como base una obra que está en el dominio público, en cuyo caso cualquiera puede cambiarla a otra siempre que no se afecte el derecho moral del autor de una obra protegida, quien debe dar la autorización correspondiente” (“The Walt Disney Company c. Video Editores”, 8/4/1998).

La obra derivada requiere de originalidad y esta calidad debe ser claramente indicada a fin de que no se confunda con la obra de la cual deriva (LYPZIC, Delia, op. cit., ps. 211/212). En el caso sometido a juzgamiento, es claro que se confunden, pues si se quitan los párrafos transcritos, nada queda y a nadie le interesaría.

El “test” de originalidad debe realizarse sobre la obra en su integridad y no sobre algunos de sus elementos en forma aislada. Este criterio que implica una visión comprensiva de la obra concuerda con los lineamientos sentados por la doctrina y jurisprudencia extranjera especializada. El título de la supuesta obra es “anticipos de...”, y no generaría ningún interés entonces si careciera de tales anticipos que, justamente, ocupan casi todo el espacio de la nota.

Aclarado ello, es claro que el espíritu del contrato fue impedir que se conocieran los fragmentos autorizados por otra vía que la elegida. Cualquier otra difusión requería del permiso del actor, en el caso ignorado.

Ocurre que, aun cuando se tratase de una obra derivada -sólo por hipótesis-, lo cierto es que los derechos de autor sobre una obra derivada se limitan fuertemente por lo convenido con el autor original (Emery, Miguel Ángel, Propiedad intelectual, Astrea, pág. 89).

Aceptar la tesis de la demandada implicaría desvirtuar lo querido por los contratantes, pues

una vez prestada la autorización, bastaría con que la autorizada efectuase pequeñas adiciones para no tener que respetar la prohibición impuesta de reproducir los textos que aún eran inéditos, y que no estaba en el ánimo del titular difundir abiertamente antes de la publicación del libro.

Con ese criterio, también podría sostenerse que quien en algún medio escrito (u otro) hace propaganda de una obra ajena, se tornaría en propietario y merecedor de protección de la obra derivada, que sólo significó una mera difusión de la anterior.

Tampoco encuentro acertada la invocación del “derecho de cita”. El derecho de cita, se encuentra regulado en nuestro ordenamiento en el art. 10 de la ley 11.723 que establece: “Cualquiera puede publicar con fines didácticos o científicos comentarios, críticas o notas referentes a las obras intelectuales, incluyendo hasta mil palabras de obras literarias o científicas u ocho compases en las musicales, y en todos los casos sólo las partes del texto indispensables a ese efecto. Quedan comprendidas en esta disposición las obras docentes, de enseñanza, colecciones, antologías y otras semejantes. Cuando las inclusiones de obras ajenas sean la parte principal de la nueva obra, podrán los tribunales fijar equitativamente en juicio sumario la cantidad proporcional que les corresponde a los titulares de los derechos de las obras incluidas”.

Por no ser remuneradas, se trata de excepciones o restricciones al derecho de autor y que, como tales, son de interpretación restrictiva (Emery, ob.cit., pág. 105).

Este derecho, en nuestro ordenamiento es sensiblemente más estricto y limitado que el instituto del “fair use” norteamericano. Por cuanto, nuestro “derecho de cita” permite solamente la cita de parte de obra ajena en los términos que establece el art. 10 de la ley 11.723 y no cualquier otra utilización de la obra. Además a estos efectos, nuestra ley indica expresamente con qué extensión un fragmento de obra puede ser citado en los casos de obras

literarias y musicales (Gaffoglio, Gisela, Plagios y programas televisivos, LA LEY 2007-D, 333).

Cabe asimismo indicar que las limitaciones al derecho de autor en el derecho estadounidense quedan aprehendidas en la doctrina del “fair use” o del “uso honesto”, que autoriza la utilización libre y gratuita de una obra protegida para propósitos como la crítica, los comentarios, las noticias, la docencia y la investigación, excluyendo en general los usos comerciales.

Al ser así, si la demandada tenía el derecho de cita, cabe preguntarse para qué pidió la autorización antes de efectuar la reproducción. Desde otro ángulo, se ha visto que la demandada cedió la publicación a título oneroso, lo que excede el derecho de citar.

De todos modos, una cosa es la cita -en el caso ejercida con la autorización del titular-, y otra es la explotación de la obra. Hay cierta contradicción en el planteo, pues si se trató de una cita, no se entiende porqué se procuró la autorización del actor. Y si se la requirió con un objetivo preciso, no se puede emplear el material con un fin distinto al permitido.

En el caso, al margen de las 1.000 palabras a las que alude la ley, lo concreto es que cuando se utiliza una parte sustancial de la obra “citada”, es posible que la utilización se aparte de la norma (CNCiv, Sala A, 30/6/1960, LL, 99-307). Eso ocurre en el presente.

Además, cualquiera sea el punto de vista, el autor tiene el derecho de reclamar el reconocimiento pecuniario de sus derechos, “cuando la utilización de trabajos ajenos constituye parte principal de la obra nueva” (CS, Fallos: 251: 155), por lo que se arribaría a la misma solución.

Esta orientación jurisprudencial coincide con el criterio adoptado por el Convenio de Berna (Acta de París), ya que la publicación de una parte sustancial de una obra, sin autorización del autor, no constituye un “uso honrado”. El derecho de cita no puede consistir en la apropiación de la obra ajena (Emery, cit., pág. 108).

Tampoco es atendible la invocación a la libertad de prensa, y a la existencia de censura, pues si la obra no le pertenece y no la puede publicar sin autorización previa, no hay ninguna censura. Además, la demandada publicó la nota en su diario, lo que no puede hacer es comercializarla porque no le pertenece, y eso no es censura.

Olvida la demandada que el derecho del actor también está protegido por el art. 17 de la Constitución Nacional.

En suma, propongo que se confirme lo resuelto en primera instancia sobre la responsabilidad de la demandada.

Se agravia el actor de que se haya rechazado la demanda contra Sánchez, a cargo del suplemento literario en el que se publicó la nota. La decisión debe ser confirmada, pues no se ha demostrado que aquella hubiese realizado alguna acción indebida. Se ajustó a lo pactado, que consistía en reproducir algunos fragmentos, a lo que sumó una breve introducción.

Si el diario demandado, posteriormente, cedió los derechos de esa nota que -afirma- le pertenece, ello no es imputable a Sánchez. No se ha demostrado que haya participado en tales actos.

Como es sabido, para que prospere una demanda que persigue la reparación de un daño, se requiere de una conducta antijurídica, inexistente en lo que concierne a la codemandada citada. El hecho de que haya adherido a la contestación de demanda de su empleador no la hace responsable ni copartícipe.

Tampoco se exponen motivos de relieve que justifiquen apartarse de la imposición de costas.

El art. 68 del Código Procesal consagra el criterio objetivo de la derrota, como fundamento de la imposición de las costas. Las mismas son un corolario del vencimiento y tienden a resarcir al vencedor de los gastos de justicia en que debió incurrir para obtener ante el órgano jurisdiccional, la satisfacción de su derecho. Estas deben ser

reembolsadas por el vencido con prescindencia de la buena fe, de su mayor o menor razón para litigar y de todo concepto de culpa, negligencia, imprudencia o riesgo y de la malicia o temeridad de su contrario (conf., esta Sala, 14/6/1994, Arena, María v. Empresa Línea de Microómnibus 47 S.A. s/daños y perjuicios).

La eximición que autoriza el art. 68 del Código Procesal procede, en general, cuando “media razón fundada para litigar”, expresión ésta que contempla aquellos supuestos en que, por las particularidades del caso, cabe considerar que el vencido actuó sobre a base de una convicción razonable acerca del hecho invocado en el litigio. Sin embargo, no se trata de la mera creencia subjetiva en orden a la razonabilidad de su pretensión, sino de la existencia de circunstancias objetivas que demuestren la concurrencia de un justificativo para eximirlo de costas y sólo ha de disponérsela cuando existan motivos muy fundados, por la preponderancia del criterio objetivo de la derrota.

En el caso, creo que corresponde confirmar lo resuelto.

Finalmente, ambas partes se agravian, aunque en sentido opuesto, de los montos fijados en concepto de indemnización del daño material.

Es un hecho no controvertido que el libro fue publicado y se encuentra a la venta. Al ser así, no coincido con el juez de primera instancia en que la difusión de los párrafos fuera de lo autorizado pudo en alguna medida haber frustrado la venta, por haber perdido en otros países el carácter de primicia o novedad. Pero lo cierto es que se trataría de una chance, pues no hay pruebas concretas de que ello haya ocurrido. Si las hubiera, esa sería la indemnización. Lo dicho vale tanto para el libro como para los párrafos difundidos.

Ahora bien, teniendo en cuenta que la obra cuenta con alrededor de 1600 páginas, creo que la chance de que la difusión de algunos fragmentos, aunque sean los más importantes, haya afectado la venta posterior, es baja o nula, porque nada se ha probado.

Por ende, encuentro que debe rechazarse el rubro.

También se agravia el actor del monto fijado en concepto de daño moral. Sin embargo, considero que la suma es razonable y que debe ser confirmada.

Por todo lo expuesto, voto para que se rechace la indemnización del daño material y que se la confirme en todo lo demás que decide; con costas de esta instancia en un 80% a la demandada, sustancialmente vencida.

El Dr. Kiper dijo:

Discrepo con mi distinguido colega en lo que hace a la indemnización del daño material. Como es sabido, la violación de las normas sobre propiedad intelectual genera la obligación de resarcir el perjuicio causado. El art. 9 de la ley 11.723 dispone que nadie tiene derecho a publicar, sin permiso del autor o de sus derechohabientes, una producción científica, literaria artística o musical que hubiera sido anotada o copiada durante su ejecución o exposición en público o en privado.

En el caso, observo que el diario demandado cedió, a título oneroso, el contenido de una publicación, para lo cual precisaba el permiso del actor. Es obvio que, al menos como probabilidad, cabe aceptar que bien pudo el actor haber comercializado su obra, en lugar de quien carecía de derecho a hacerlo. No obstante, como se trata de una chance, y que tampoco se ha demostrado que ello haya afectado la posterior venta de la obra, encuentro que es elevada la suma fijada por el a quo en forma prudencial (\$20.000), y propongo que se la reduzca a la de pesos diez mil (\$10.000).

Tampoco coincido con la distribución de las costas que propone mi colega. No hay que perder de vista que el actor se vio obligado a demandar para que le fuera reconocido su derecho, y que la condición de vencido debe apreciarse en forma global, y no en forma aritmética, en función de la suma que finalmente se admite.

Además, si la suma por la cual progresa la demanda

es inferior a la pretendida, ello de por sí beneficia doblemente a la demandada: a) debe pagar menos; b) los honorarios serán menores, pues dependen del monto del juicio. Por ende, eximir la también del pago de una parte de las costas me parece que constituye un excesivo privilegio para quien resulta-en esencia- perdidosa.

La Dra. Abreut de Beghe, por las consideraciones expuestas por el Dr. Mayo, adhiere a su voto.

Con lo que se dio por finalizado el acto, firmando los señores Jueces por ante mi de lo que doy fe.-Fdo. Jorge A. Mayo, Liliana E. Abreut de Begher, Claudio M. Kiper.-

///nos Aires, 9 de abril de 2010.-

Y VISTO, lo deliberado y conclusiones establecidas en el acuerdo transcrito precedentemente, por mayoría de votos, el Tribunal decide: rechace la indemnización del daño material y que se la confirme en todo lo demás que decide; con costas de esta instancia en un 80% a la demandada, sustancialmente vencida.-

Regístrese, notifíquese y, oportunamente, devuélvase. Fdo. Jorge A. Mayo, Liliana E. Abreut de Begher, Claudio M. Kiper.-