

Centro Regional para el Fomento del Libro en América Latina y el Caribe © CERLALC, 2014
Selección y disposición de las materias y comentarios, Federico Andrés Villalba Díaz

**Derecho de reproducción. Marco conceptual. Interpretación restrictiva.
Derecho de exhibición. Derechos transferidos. Conservación de obra de arte.
Autor original. Razonabilidad**

PAÍS U ORGANIZACIÓN: Argentina

ORGANISMO: Cámara Nacional en lo Civil de Buenos Aires, Sala “M”

FECHA: 09/03/2011

JURISDICCIÓN: Judicial (Civil)

FUENTE: Secretaria de Jurisprudencia de la Cámara Nacional en lo Civil, Buenos Aires, Argentina y la revista jurídica digital [www.elDial](http://www.elDial.com) (AA6A7A)

DATOS: Expte 109.842/04 - “Seiguerman, Luciano c/Greco, Hernán y Otros s/daños y perjuicios”

SUMARIO:

“corresponde distinguir el dominio del soporte físico o material por parte de los accionados, que por estar en el comercio puede ser enajenado, del derecho moral del autor, que referido a una obra pictórica queda reservado por ministerio de la ley al autor, salvo pacto en contrario que en el caso no se ha invocado siquiera (conf. art. 54, ley 11.723, el que consagra para este supuesto el principio recogido en los arts. 39, 47 y 51 de la misma)”

“ con respecto a las obras plásticas, la ley 11.723 establece expresamente que la venta del soporte material que contiene la obra no lleva implícita la cesión del derecho de reproducción, el cual se entiende que queda reservado al autor y sus derechohabientes (conf. art. 54 de la ley 11.723).”

“A diferencia del derecho a la exhibición (ya sea onerosa o gratuita), que es un derecho del adquirente del soporte material que contiene la obra al que se accede por el solo hecho de su adquisición, el derecho a su reproducción requiere autorización del autor y pago de remuneración.”

COMENTARIO. La sentencia tuvo su origen en un reclamo interpuesto por un artista plástico por la mutilación y alteración de un isologo, consistente en una obra *“con trabajos ornamentales de fileteado”* que fue objeto de un mural pintado sobre la fachada de un conocido centro cultural de la ciudad de Buenos Aires. Según surge del pronunciamiento, los demandados contrataron la reparación del frente del edificio que contenía la obra del actor, por parte de otros artistas, y modificaron la pintura original, consignando el nombre de los restauradores al mismo tiempo que eliminaron el del autor primigenio. **Uno de los puntos del reclamo fue que la misma obra pictórica fue reproducida por los accionados mediante afiches y en Internet, sin autorización de su autor.** En este aspecto se vulnera el perfil del derecho de autor que se refiere a explotación económica de la obra por cualquier método o procedimiento, disfrute que no

solo alcanza el autor y sus cesionarios, sino también los herederos y derechohabientes por el término que indica la ley. Sobre esta idea se han tratado dos cuestiones. Una referida a la reproducción del isologo que tuvieron por objeto la promoción y comercialización de las actividades del centro cultural y otra, a la reproducción de la obra en CD, páginas de Internet y en afiches varios. Sobre las primeras, ambas instancias dejaron asentado que toda vez que la obra en cuestión no formaba parte del objeto principal de dicha difusión, la misma era libre. Caso contrario fue el segundo supuesto en el que el derecho de reproducción reservado al autor fue vulnerado, y por lo tanto, susceptible de ser indemnizado. Merece particular atención el párrafo donde el magistrado de alzada diferencia entre el derecho de reproducción y el de exhibición de una obra pictórica. Luego de sostener que *“con respecto a las obras plásticas, la ley 11.723 establece expresamente que la venta del soporte material que contiene la obra no lleva implícita la cesión del derecho de reproducción, el cual se entiende que queda reservado al autor y sus derechohabientes (conf. art. 54 de la ley 11.723)*. Ahora bien, cuando el mismo juez describe cuales son los derechos transmitidos dice que *“A diferencia del derecho a la exhibición (ya sea onerosa o gratuita), que es un derecho del adquirente del soporte material que contiene la obra al que se accede por el solo hecho de su adquisición, el derecho a su reproducción requiere autorización del autor y pago de remuneración. Cuando se aclara que el derecho a la exhibición se adquiere con el soporte, no es un dato menor que se haya aclarado que el carácter oneroso o gratuito del mismo viene incluido en la compraventa del contenido material*. Esta línea de pensamiento se enrola en el voto de la Dra. Brilla de Serrat en los autos *Societe Des Auteurs Dans Les Arts Graphiques et Plastiques c/ Asociación Amigos del Museo Nacional de Bellas Artes y otro s/ propiedad intelectual Ley 11.723*, donde se sostuvo que *“En relación a las obras plásticas, expresamente la norma contenida en el artículo 54 pone de relieve que la venta del soporte material de la obra artística no acarrea la cesión del derecho de reproducción....por ello “...Se torna necesario distinguir entre este derecho que queda, en principio, en el autor, de aquel que es el de exhibición, “por el que se entiende que el adquirente del soporte material que contiene la obra queda autorizado, por el hecho de su adquisición, a exponerla públicamente en forma gratuita u onerosa”¹*. En oportunidad de comentar el fallo citado que antecede sostuve que *“...quien compra un cuadro en una feria, una galería de arte, o concurre directamente al atelier del pintor para encargarlo, lo adquiere para exhibirlo. Y resulta irrelevante si con la muestra de la tela se lucra o no, porque los contratos deben ser interpretados de buena fe y con el alcance de lo que las partes verosímilmente pensaron cuando pactaron (art. 1198 del CC, primer párrafo, por aplicación del art. 12 de la ley 11.723.)* De todas maneras, opino que nada obsta a que el autor de una obra pictórica transfiera el lienzo con la sola facultad de que el adquirente lo pueda exhibir en el ámbito exclusivamente familiar; quedando en su esfera la posibilidad de autorizar la comunicación pública del arte. © **Federico Andrés Villalba Díaz, 2014**

TEXTO COMPLETO:

Expte 109.842/04 - “Seiguerman, Luciano c/ Greco, Hernán y Otros s/daños y perjuicios” – CNCIV – SALA M – 09/03/2011

En Buenos Aires, a los 9 días del mes de marzo del año dos mil once, hallándose reunidos

los señores jueces de la Sala “M” de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Dres. Mabel De los Santos, Elisa M. Diaz de Vivar y Fernando Posse Saguier, a fin de pronunciarse en los autos “Seiguerman, Luciano c/Greco, Hernán y otro s/ daños y perjuicios”, la Dra. De los Santos dijo:

1 Emery, Miguel A., “Propiedad Intelectual. Ley 11.723”. Pág. 239. Ed. Astrea. 2da. Reimpresión, Buenos Aires, 2001

I.- Que la fundada sentencia de fs. 641/645 hizo lugar parcialmente a la demanda impletrada por Luciano Seiguerman contra Hernán Greco y Federico Moya y condenó a los accionados a abonar al actor la suma de \$150.000 en concepto de indemnización del daño causado por haber modificado y alterado la obra artística de pintura de un mural, de autoría del accionante, que lucía en la fachada del Centro Cultural Torquato Tasso y por haber reproducido en Internet y mediante afiches dicha obra sin autorización de su autor.//-

Ambas partes apelaron el referido decisorio. La actora fundó su recurso a fs. 656/657 y la demandada lo hizo a fs. 661/666, fundamentación respondida con el escrito de la actora de fs. 668/673.-

La actora se agravió de que no se admitiera el cómputo de intereses sobre lo reclamado por daño moral, con fundamento en que no () fue solicitado expresamente, cuando la lectura de la demanda permite colegir que en modo alguno renunció a percibir intereses, sino que en el apartado VI, titulado “liquidación”, expresamente aludió a ellos respecto de todos los ítems que integran el reclamo indemnizatorio.-

Los demandados, por su parte, se agraviaron porque fue rechazada en la sentencia la falta de legitimación que habían opuesto y, en cuanto a la procedencia de la demanda, cuestionaron que la decisión haya soslayado su argumento relativo a que no existe originalidad e individualidad en la obra realizada por el actor, pues ésta fue efectuada de acuerdo con las instrucciones y directivas impartidas por los accionados. Afirmaron que la obra consiste en un isologo y, como tal, se halla fuera del ámbito artístico y dentro del campo de la publicidad, lo que permite su reproducción.-

Por razones de orden metodológico analizaré en primer lugar el agravio vinculado a la legitimación pasiva, luego los relativos a la procedencia de la pretensión y, finalmente, el atinente a los intereses, en tanto hacen al contenido accesorio de la condena.-

II.- La legitimación pasiva:

Argumentaron los accionados que no contrataron personalmente con el actor, sino que lo hicieron en representación de la Asociación Filantrópica Italiana Unión Massalubrense y en su condición de integrantes de la Comisión de Cultura. Sostuvieron en ese orden de ideas que la Asociación era la titular del local, circunstancia que sostienen haber probado con el cartel obrante en el inmueble que fuera objeto de constatación en ocasión del reconocimiento judicial realizado por la anterior juzgadora, con la declaración de la testigo Occhipinti y la prueba informativa de fs. 409, que da cuenta de una donación de pintura para el mural, efectuada a la Asociación y no a los demandados, quienes eran su presidente y tesorero. Sobre tales premisas, que sostienen que no fueron adecuadamente consideradas en la sentencia, afirman que no son los legitimados pasivos de la acción de daños impletrada.-

Corresponde destacar que los recurrentes no se han hecho cargo, al fundar su recurso, de las razones por las cuales la señora juez “a quo” desestimó la defensa de falta de legitimación y si bien tal circunstancia podría llevar a la deserción del recurso (art. 265 CPCC), atento la crítica a la valoración probatoria realizada por la juzgadora, se analizará la prueba indicada.-

A esos fines cabe recordar que la actora sostuvo en su demanda haber contratado verbalmente con los aquí demandados el trabajo de fileteado que realizó en la fachada del inmueble.-

ble de Defensa 1575 entre enero y marzo de 2001 y que dicho contrato fue celebrado con los accionados en su calidad de responsables del Centro Cultural Torquato Tasso. En su respuesta los accionados opusieron la defensa de falta de legitimación y sostuvieron que el inmueble era de propiedad de la Asociación Filantrópica Italiana Unión Massalubrense, no de los demandados.-

Ahora bien, de lo expuesto no cabe sino colegir que, como correlato de las afirmaciones referidas en que los emplazados sustentaron las defensas opuestas, ellos tenían la carga de probar estos extremos de conformidad con lo normado por el art. 377 CPCC.-

Analizando la prueba producida, que invocan en su expresión de agravios, resulta evidente que no resulta idónea la constatación de un cartel para probar la titularidad del lugar donde funciona el Centro Cultural, ni una declaración testimonial sobre el particular, ni que la pintura con que se realizó la obra hubiera sido donada a la Asociación mencionada y no a los accionados. Ello así porque para probar el dominio del inmueble la prueba idónea es un informe registral y para justificar la representación invocada de la sociedad debían adjuntar los estatutos respectivos.-

No habiendo acompañado los accionados documentación idónea para acreditar los extremos invocados al oponer la defensa en cuestión, ni ofrecido prueba informativa para probar la titularidad del inmueble por parte de la Asociación invocada, no cabe sino coincidir con las conclusiones de la señora juez “a quo” en cuanto rechaza la falta de legitimación pasiva opuesta. Máxime cuando la actora acompañó publicaciones periódicas que sindicaban a los demandados como los dueños del Centro Cultural Torquato Tasso.-

Por las razones antes expuestas, considero que en el caso no es necesario acudir, para decidir la cuestión, a la denominada doctrina de las cargas probatorias dinámicas -que traslada la carga probatoria poniéndola en cabeza de quien se encuentre en mejores condiciones de probar un hecho (cfr. C.S.J.N., 10/12/1997, “Pinheiro, Ana María y otro c/ I.S.S.P.F.”, Fallos 320:2117)- para decidir la cuestión. Ello así pues, conforme el artículo 377 CPCC, cada parte debe acreditar el presupuesto fáctico de su pretensión o defensa y, por consiguiente, la carga de la prueba de los hechos invocados para confirmar la ausencia de legitimación pasiva opuesta pesaba sobre los accionados.-

No constituye óbice que la legitimación sea unos de los aspectos vinculados a la admisibilidad de la acción que, por consiguiente, debe probar el actor, máxime cuando medió un contrato verbal y los demandados no negaron la celebración del mismo con el actor y agregaron prueba documental indiciaria de que los accionados son titulares del local y del fondo de comercio que funciona con el nombre de fantasía “Torquatto Tasso”. En ese orden de ideas cabe recordar que, en definitiva y sin necesidad de ninguna regla fija, todo el problema de la carga de la prueba se dirime en el momento de confrontar las respectivas alegaciones de las partes, estudiando la valoración que cada una de ellas pudiera merecer a la luz de los principios de continuidad, normalidad, dificultad y colaboración o lealtad (cfr. Muñoz Sabaté, Luis, Técnica probatoria, Editorial Praxis, Madrid, p. 52, citado por De los Santos, Mabel, “Algo más acerca de la doctrina de las cargas probatorias dinámicas”, J.A. 1993-IV-866).-

En ese orden de ideas interesa destacar que la distribución de la carga probatoria contenida en el art. 377 del C.P.C. funciona también como parámetro decisorio, indicándole al juez

como resolver ante la ausencia de prueba de hechos fundantes -lo que es conocido en la doctrina procesal como “carga objetiva”-, debiendo en tal supuesto el juzgador fallar contra quien tenía la carga de probar y no lo hizo. En el derecho romano el juez, en caso de no tener claros los hechos o el derecho aplicable, podía emitir el denominado “non liquet” -vale decir: no lo veo claro- abstenerse de pronunciar sentencia de mérito y absolver la instancia. En nuestros tiempos el juez no puede dejar de juzgar en ningún caso: si la omisión fuese de derecho, por silencio, oscuridad o insuficiencia de las leyes, deberá recurrir a los principios de leyes análogas o a los generales del derecho (arts. 15 y 16 del Código Civil). Si se trata de una cuestión de hecho, como en el caso, corresponde aplicar los principios que ordenan la distribución de la carga de la prueba como parámetros decisorios.-

Por consiguiente, habiendo reconocido los demandados haber contratado con el actor para la realización del trabajo de fileteado en la fachada del inmueble donde funciona el Centro Cultural Torquatto Tasso y no habiendo probado que fuese la Asociación Filantrópica Italiana Unión Massalubrense la titular del dominio del inmueble, como invocaron, ni que el contrato fuera celebrado en representación de la Asociación, ni a nombre de quien se encuentra habilitado el lugar, corresponde confirmar sin más la defensa de falta de legitimación pasiva opuesta (conf. art. 377 CPCC).-

III.- Sobre la originalidad y valor artístico de la obra realizada por Seiguerman:

Los demandados imputan arbitrariedad a la sentencia por no haber analizado la defensa opuesta sobre la falta de originalidad de la obra del actor, que afirman se trata de un “isologo” con elementos ornamentales de fileteado,

como afirmó el consultor técnico propuesto por su parte (v. fs. 622/623). Sostuvo que el actor realizó su pintura conforme instrucciones y directivas de los comitentes, trabajo que cualquier otro letrista podría haber confeccionado.-

No es cierto que la magistrada de primera instancia no trató dicha defensa, sino que lo hizo afirmando que la obra daba cuenta de un manejo personal del color por parte del actor y concluyó sobre su valor artístico y originalidad. Agregó que no constituía óbice a tales conclusiones el deterioro posterior de la obra, cuando no se probó que el tratamiento previo de la pared para la realización del mural estuviese a cargo del actor.-

Cabe señalar sobre el particular que la obra pictórica se diferencia del dibujo en que el artista no se limita a combinar líneas, sino que encuentra en el color un poderoso elemento para expresar su sensibilidad creativa. El Código Civil reconoció su importancia como bien inmaterial al reputar a la pintura como “principal” cuando el arte tenga mayor importancia “que la materia en que se ha ejercido”, como la tabla o el lienzo (art. 2335 CC). Señala Emery sobre el particular que el codificador adhirió a la solución de los proculeyanos, no impuesta en el derecho romano, pero en cuya doctrina se inspira todo el derecho de autor (conf. Emery, Miguel A., Propiedad intelectual, Astrea, Buenos Aires, 1999, p. 39, con cita de Lafaille, Héctor, Derechos reales, T. I, p. 484, nota al art. 2335).-

En el caso, sin soslayar que tampoco se realiza una crítica concreta a los fundamentos de la anterior juzgadora, no cabe sino coincidir con sus conclusiones. Ello así porque la pintura mural es un tipo de pintura bidimensional condicionada por los parámetros arquitectónicos o muros que actúan de soporte. De allí que las condiciones de solidez y permeabilidad de los

muros hace que este tipo de pinturas resulten muy sensibles a la humedad. Tales circunstancias aconsejar no pintar en fachadas o lugares expuestos a la acción de lluvias o nieblas ni en muros que por razones de construcción o de emplazamiento, tengan humedad, como fuera realizado por el actor de autos, a requerimiento de los demandados (v. <http://www.artelista.com/pintura-mural.html>).

Si bien entiendo que el tratamiento del soporte sobre el cual se realiza la obra es parte del procedimiento técnico para su realización, al que no puede estar ajeno el artista (v. informe del perito arquitecto de fs. 472/480), no veo que en el caso dicha circunstancia tenga relevancia para decidir sobre la existencia del derecho moral del autor sobre su obra, que constituye el fundamento del reclamo de autos. Distinta es la situación que plantea la conservación exterior del muro, que se encuentra a cargo del propietario del inmueble y se halla implícita en el contrato de exhibición de la pintura (conf. CNCiv., Sala I, 12/8/97, LL, 1997-F-651).

En ese sentido la jurisprudencia del fuero ha señalado en casos similares que, aún cuando el autor de una obra pictórica no haya formulado limitaciones al poder de disposición de la misma por el propietario del edificio, la conducta de quien contrató los servicios de un artista para pintar un mural, que varios años después tapó mediante un nuevo mural, importa la destrucción del trabajo y afecta el derecho moral del autor de la obra (conf. CNCiv., Sala C, 14/10/93, JA, 1995-II-367).

La afirmación relativa a que la obra de Seiguerman se trata de un “isologo realizado con algunos elementos ornamentales de fileteado”, conforme sostuvo la parte demandada sobre la base de las conclusiones que el consultor técnico Del Villano expusiera a fs. 622 vta., tam-

poco es idónea para desvirtuar la pretensión del actor. En primer lugar, cabe puntualizar que el isologo o isologotipo es un identificador gráfico que sirve para firmar las comunicaciones de una entidad (empresa, producto, servicio o institución, etc.), que se conforma por la unión de un símbolo gráfico y un estímulo textual representado con signos tipográficos. Sin embargo, la obra pictórica realizada por Seiguerman, de que dan cuenta las fotografías glosadas en autos (v. fs. 607 y documentación reservada), excede el concepto de simple logo y reúne las características propias del filete artístico. Así lo confirma en su informe el prestigioso artista Alfredo Jorge Genovese, quien señala como rasgos de originalidad el formado por las hojas de acanto y las bandas rectas en los sectores más externos de la obra que surgen de las formas mismas de la fachada (v. fs. 608).

Cabe recordar que para que una obra intelectual esté protegida, la originalidad o individualidad no requiere novedad temática, sino que basta “que exprese lo propio del autor, que lleve la impronta de su personalidad” (Lipszyc, Delia, Derechos de autor y derechos conexos, Bs. As., Ed. Unesco-Cerlalc-Zavalía, 1993, ps. 65/66). En el derecho de autor el término creación no tiene el significado corriente de sacar algo de la nada, ni es necesario que la inspiración del autor esté libre de toda influencia ajena, por lo que aún cuando se utilicen ideas no propias la creación no se afecta. Sólo es necesario que la obra sea distinta de otras, que no sea una copia o imitación (Satanovsky, Isidro, Derecho intelectual, T. I, Bs. As., TEA, 1954, pp. 170/171, nro. 109).

Los numerosos bocetos reservados en autos y realizados por el actor como trabajos preparatorios dan cuenta de un proceso de creación, vale decir que ha mediado concepción, composición y expresión (Lipszyc, Ob. Cit., p. 70) luego plas-

mados en la obra. Cabe recordar que la pintura mural no permite improvisaciones, siendo indispensables los bocetos donde deben estar resueltos la distribución de las masas, los valores cromáticos y la entonación sobre papel fuerte como tarea previa a la pintura (conf. <http://www.artelista.com/pintura-mural.html>). En autos, la documental que fuera agregada por el actor da clara cuenta del proceso de elaboración del mural conforme las pautas antedichas.-

Finalmente, con referencia a la crítica de los demandados relativa a que no era razonable exigir que conservaran una pared deteriorada porque había una pintura en el frente, es menester formular algunas precisiones. En efecto, corresponde distinguir el dominio del soporte físico o material por parte de los accionados, que por estar en el comercio puede ser enajenado, del derecho moral del autor, que referido a una obra pictórica queda reservado por ministerio de la ley al autor, salvo pacto en contrario que en el caso no se ha invocado siquiera (conf. art. 54, ley 11.723, el que consagra para este supuesto el principio recogido en los arts. 39, 47 y 51 de la misma).-

De allí que el acto de enajenación a los accionados de la obra material -que en autos fue verbal-, no requería formulación de reserva expresa para mantener la titularidad del derecho moral en cabeza del artista. En otras palabras, el autor conserva, aún después de la cesión, el derecho de reivindicar la paternidad de la obra y de oponerse a cualquier deformación, mutilación u otra modificación de ella o a cualquier otro menoscabo que pudiera afectar su honor o su reputación, aspectos inherentes a este derecho moral (conf. art. 51 ley 11.723).-

Por consiguiente, la conducta que debieron observar los demandados ante el deterioro de la pared y la necesidad de recuperar el frente del Centro Cultural, compatible con el derecho mo-

ral de autor subsistente en cabeza del artista no obstante el pago del precio por los comitentes, era que encomendaran al autor su reparación en lugar de contratar a otras artistas que superpusieron modificaciones a la obra original, eliminando el nombre de su autor y consignando el propio.-

Sobre el particular, tal como señaló con acierto la anterior sentenciante, pese a que los accionados afirmaron haber intentado localizar al actor para la reparación del mural, no acreditaron este extremo fundamental como argumento de descargo. Por el contrario, fue el accionante quien probó que la línea telefónica de la que era titular funcionó normalmente durante el tiempo anterior y contemporáneo con la reparación de la pintura de la fachada del Torquato Tasso. Asimismo cabe puntualizar que la declaración de la testigo Occhipinti, empleada de los accionados (v. fs. 414/415) resulta insuficiente para probar tal extremo, por tratarse de una testigo de oídas, vale decir, quien relata lo que le han dicho los propios accionados o terceros y no lo que ha visto o percibido por sí misma.-

Por las razones expuestas, soy de la opinión de confirmar la decisión de la señora juez “a quo” en cuanto admite la pretensión resarcitoria formulada por el actor.-

IV.- Sobre la violación del derecho de reproducción:

Se agravia finalmente la parte demandada de que se hubiera condenado también a indemnizar al actor por la reproducción publicitaria no autorizada de la obra, con fundamento en que se trata de un isologo cuyo fin es estrictamente publicitario.-

Atento el valor artístico reconocido a la pintura mural realizada por el actor en la fachada del Centro Cultural Torquato Tasso cabe concluir

que los argumentos esgrimidos por los apelantes carecen de aptitud para modificar lo resuelto en primera instancia sobre la invocada violación del derecho de reproducción.-

Por otra parte, con respecto a las obras plásticas, la ley 11.723 establece expresamente que la venta del soporte material que contiene la obra no lleva implícita la cesión del derecho de reproducción, el cual se entiende que queda reservado al autor y sus derechohabientes (conf. art. 54 de la ley 11.723). A diferencia del derecho a la exhibición (ya sea onerosa o gratuita), que es un derecho del adquirente del soporte material que contiene la obra al que se accede por el solo hecho de su adquisición, el derecho a su reproducción requiere autorización del autor y pago de remuneración.-

Ahora bien, cabe aclarar que tratándose de una obra situada en forma permanente en un lugar abierto al público no puede afirmarse que la fotografía del inmueble y, consecuentemente, del mural para fines publicitarios del Centro Cultural constituya una violación al derecho de reproducción pues no es la imagen el objeto principal de la difusión, sino que lo son las actividades artísticas que allí se realizan. Sin embargo, en el caso el actor no reclama por la difusión fotografías de la fachada y, por consiguiente del mural realizado, sino por la utilización por los accionados del diseño del fileteado efectuado para ilustrar CD, páginas de Internet y afiches, reproducciones que involucran un evidente fin de lucro y que por tal razón encuadran en el ámbito del derecho de reproducción reservado al autor.-

V.- Intereses:

Se agravió el actor por cuanto la magistrada de primera instancia denegó el cómputo de intereses sobre las sumas indemnizatorias. Sobre el particular debo señalar que esta Sala en

su anterior composición se ha pronunciado a favor del cómputo de los intereses moratorios cuando la lectura del escrito de demanda permitía concluir que la accionante postulaba la obtención de una reparación plena de los perjuicios sufridos. Se sustentó dicha decisión en que el art. 1069 del C. Civil establece que el daño “comprende no sólo el perjuicio efectivamente sufrido, sino también la ganancia de que fue privado el damnificado por el acto ilícito y que en este Código se designa por las palabras pérdidas e intereses” y en que ninguna ley establecía que la alusión expresa a los intereses tuviera carácter sacramental (conf. esta Sala, “Matuk c/ T.A.R. SA y otros”, 21/9/2006, LL 2007-B, 43), criterio adoptado asimismo por antigua jurisprudencia (JA 1989-I-80).-

Así lo he sostenido en varios trabajos de doctrina vinculados a la denominada “flexibilización de la congruencia procesal”, licencia excepcional que procura evitar perjuicios a la garantía de la tutela judicial efectiva, derivados de situaciones en las que la observancia estricta del principio de congruencia constituye un exceso ritual, y que tiene por único límite que no se menoscabe el ejercicio del derecho de defensa de la parte contraria (conf. De los Santos, M., “Flexibilización de la congruencia”, LL 2007-F, 1278, entre otros allí mencionados).-

La cuestión también ha sido objeto de tratamiento en el XXIV Congreso Nacional de Derecho Procesal, celebrado en Mar del Plata los días 8, 9 y 10 de noviembre de 2007, donde se admitió la posibilidad excepcional de flexibilizar la congruencia para evitar excesos rituales en perjuicio de los derechos de quienes solicitan tutela jurisdiccional (conf. <http://www.procesal-2007mdp.com.ar/conclusiones.htm>), solución que se estableció que resulta admisible en tanto no se afecte la garantía de la defensa de la contraparte.-

En mi opinión, tratándose de los intereses que tienen por finalidad compensar la demora en el pago de la indemnización de los daños causados por el ilícito, no existe afectación de la defensa en juicio cuando no se ha explicitado la pretensión accesoria de modo expreso en la demanda. Es que la concesión de intereses no depende de prueba, su procedencia es inequívoca y el arranque de su cómputo se encuentra determinado por la fecha del ilícito o desde que se produce cada perjuicio objeto de la reparación, conforme la jurisprudencia plenaria del fuero (cfr. CNCiv., en pleno, “Gómez c. Empresa de Transportes”, 16/12/58, LL, 93-667).-

No obstante lo expuesto, en el caso, tal como invocó en su responde a la expresión de agravios, el actor formuló un expreso pedido de intereses al indicar los ítems integrantes de su pretensión indemnizatoria a fs. 120. Habida cuenta de tal circunstancia y teniendo en cuenta que la demanda constituye una unidad lógica inescindible, lo que hace irrelevante que la cuestión no fuera luego reiterada en el petitorio final de la demanda, voto por revocar lo decidido en la sentencia sobre el particular y admitir sin más la petición respectiva, debiendo liquidarse los intereses moratorios sobre las sumas de condena.-

Con respecto a la tasa de interés aplicable, en el fallo plenario de esta Cámara, dictado con fecha 20 de abril de 2009 en los autos: “Samudio de Martínez, Ladislaa c/Transportes Doscientos setenta S.A. s/daños y perjuicios”, se estableció que: “1) Corresponde dejar sin efecto la doctrina fijada en los fallos plenarios “Vázquez, Claudia Angélica c/Bilbao, Walter y otros s/daños y perjuicios” del 2/8/93 y “Alaniz, Ramona Evelia y otro c/Transportes 123 SACI interno 200 s/daños y perjuicios” del 23/3/04;;; 2) Corresponde aplicar para el cómputo de los intereses correspondientes la tasa activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida

a treinta días del Banco de la Nación Argentina, y 3) que esta tasa deberá computarse desde el inicio de la mora hasta el cumplimiento de la sentencia, salvo que su aplicación en el período transcurrido hasta el dictado de dicha sentencia implique una alteración del significado económico del capital de condena que configure un enriquecimiento indebido”.-

De conformidad con las referidas premisas, este Tribunal ha entendido que la tasa activa debe liquidarse desde la mora respecto de los montos líquidos a esa fecha, cuyo reintegro o pago proceda. Sin embargo, a los fines de que no se produzca una situación que importe un enriquecimiento indebido, respecto de aquellos ítems cuya determinación cuantitativa ha sido realizada conforme valores vigentes al tiempo de la sentencia -como sucede en el caso, que han sido fijados en la sentencia de primera instancia- la tasa activa establecida en el plenario debe calcularse desde la sentencia y, en estos casos, la tasa de interés a liquidar desde la mora -configurada el 31/3/2004 (v. telegrama intimatorio reservado en autos)- hasta el inicio del cómputo de la tasa activa será del 8% anual.-

Por todo lo expuesto voto por confirmar la sentencia apelada en lo principal que decide, revocándola parcialmente en cuanto deniega el cómputo de intereses, los que deberán liquidarse del modo expuesto en el considerando que antecede.-

Los Dres. Fernando Posse Saguier y Elisa M. Diaz de Vivar adhieren por análogas consideraciones al voto precedente. Con lo que terminó el acto, firmando los señores jueces por ante mi que doy fe.//-

Fdo: Mabel De los Santos - Fernando Posse Saguier - Elisa M. Diaz de Vivar.-