

**Obra publicitaria. Obra derivada. Reproducción no autorizada. Derecho de Cita.
Condiciones. Plagio. Requisitos. Indemnización.**

PAÍS U ORGANIZACIÓN: Argentina

ORGANISMO. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala “K” de Buenos Aires

FECHA: 01/04/2014

JURISDICCIÓN: Judicial (Civil)

FUENTE: Secretaría de Jurisprudencia de la Cámara Nacional en lo Civil, Buenos Aires

DATOS: Expediente N° 65.498/2005. “BE SERIOUS S.A. c/. GONZALEZ TABOADA GUEVARA S.A. sobre Daños y perjuicios.”

SUMARIO:

“La primera cuestión litigiosa se produce cuando la actora imputa a la demandada haberse atribuido la autoría de la campaña de publicidad de su creación (campaña gráfica para los vinos) con motivo de la distribución del tríptico ...que distribuye entre sus clientes y público en general, potenciales clientes de su parte, y también que utilizó esa publicidad para la producción del montaje fílmico en su página Web (www.gtga.com.ar), sin citar al verdadero autor de la creación publicitaria que sirvió como base para esa producción.”

“La demandada niega los hechos y concluye que la sociedad actora dio su autorización para el uso de la publicidad de los vinos Trapiche y además niega que los slogans cuya titularidad se atribuye la contraria tengan originalidad, ya que son descriptivos de hechos y datos de la realidad, por lo que no son protegibles.”

“Entre las obras protegidas por el derecho de autor se destacan las llamadas obras originales y también las obras derivadas entre las que las más comunes son las adaptaciones y las traducciones. Por medio de la adaptación la obra pasa de ser de un género a otro, es el ejemplo de autos donde de los anuncios gráficos se hicieron spots para televisión. También puede adaptarse una obra sin cambiar de género.

“La adaptación debe respetar la obra originaria; en principio el autor de la obra derivada debe ceñirse a la obra que adapta y efectuar una adaptación fiel; la medida en que puede apartarse de la obra preexistente mediante la introducción de elementos ajenos a aquélla y realizar una adaptación libre e incluso utilizarla solo como inspiración en la nueva obra depende de la autorización que para ello le otorgue expresamente el autor de la obra primigenia. Solo están protegidas si presentan algún grado de creatividad”

“En nuestro caso, en realidad la demandada cuestiona la sentencia porque considera que no debe citar al titular de la obra originaria porque al adaptarla realizó una nueva obra. Como ya lo analizara esa parte sólo ha reproducido la obra de la actora e incluso, aun después del vencimiento del plazo de la autorización a Trapiche por parte de Be Serious S.A., ha mantenido la misma publicidad con mínimas variantes.”

“La adaptación debe respetar la obra originaria; en principio el autor de la obra derivada debe ceñirse a la obra que adapta y efectuar una adaptación fiel; la medida en que puede apartarse de la obra preexistente mediante la introducción de elementos ajenos a aquélla y realizar una adaptación libre e incluso utilizarla solo como inspiración en la nueva obra depende de la autorización que para ello le otorgue expresamente el autor de la obra primigenia. Solo están protegidas si presentan algún grado de creatividad”

Asimismo, las frases publicitarias (slogans) también se encuentran protegidos, pues como se ha resuelto “toda obra que contenga una creación intelectual está protegida por la ley 11.723 sin tener en cuenta su extensión”

“En el caso la creación gráfica pasó a la televisiva sin ninguna originalidad, por lo que mal puede considerarse una nueva creación protegida por la ley. En este aspecto comparto con el juez de grado la afirmación de que no se encuentra ninguna variación creativa en la adaptación efectuada por la demandada, por lo que no puede considerársela obra nueva.”

“Se ha definido al plagio como el atentado contra lo que caracteriza la expresión particular y original que el autor ha dado a su pensamiento (Mayer, Claude “Le droit d’auteur et le cinéma, p. 144). Consiste en dar por propio el trabajo ajeno desfigurado. Es tomar algo que es invención de otro, ya sea en el fondo o en la forma, o una situación, un desarrollo o una frase (conf. Satanowsky, Isidro, Derecho intelectual, T II, p. 166; Villalba, Carlos, Los ilícitos en el derecho de autor, L Ley 1981-8-5).”

“No cabe duda tampoco que en el caso de autos la agencia de publicidad demandada tenía no sólo conocimiento de que la obra de su campaña había sido de creación de la actora, sino también que la usó sin autorización apropiándose de la creación de otro con mínimas modificaciones, por lo que el plagio resulta evidente.

“El dolo o mala fe del plagiarlo puede imputársele por el conocimiento de la obra plagia-da. Cuando resultare claramente la usurpación o apropiación indebida, no hacen falta excesivas indagaciones para determinar los propósitos del plagiarlo, pues el dolo es inherente al acto reali-zado. Basta la imitación, la cual crea contra el plagiarlo la presunción de mala fe, que resulta del conocimiento del derecho que usurpa (CNCiv. Sala G, marzo 21-1994, JA 1994-IV-410).”

“En cuanto a los perjuicios, la actora no tiene la obligación de probar la existencia del daño porque éste resulta de la reproducción ilícita de la obra, ya que nadie tiene derecho a utilizar el trabajo intelectual ajeno sin consentimiento del autor “

“Es sabido que el autor de una obra intelectual tiene derecho al beneficio que hubiera podido obtener de no mediar la utilización ilícita o la mejor remuneración que hubiera podido percibir de haber autorizado la explotación. Por esta razonable alternativa se evita que sea más beneficioso infringir el derecho de autor que respetarlo, pues si el utilizador paga un precio más bajo en juicio que negociando con el titular del derecho se alientan las infracciones (CNCiv. Sala G, marzo 21-1994, Moreno, Venancio c. Iglesias, Julio y otros, JA 1994-IV-410). Del mismo modo se ha resuelto que el autor tiene derecho al beneficio que hubiera podido obtener de no mediar la utilización ilícita de la obra o la mejor remuneración que hubiera podido percibir de haber autorizado la explotación”

TEXTO COMPLETO:

En la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, a los 1 días del mes de abril de 2014, hallándose reunidos los Señores Vocales de la Sala K de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de la Capital Federal, a fin de entender en el recurso de apelación interpuesto por la parte actora en los autos caratulados: “BE SERIOUS S.A. Contra GONZALEZ TABOADA GUEVARA S.A. sobre Daños y perjuicios. Ordinario”, habiendo acordado seguir en la deliberación y voto el orden del sorteo de estudio, la Dra. Lidia Beatriz Hernández dijo:

I.- La cuestión litigiosa en la alzada.

La sociedad actora demanda a González Taboada Guevara S.A. por el uso indebido del material publicitario de su creación y propiedad exclusiva y solicita su cese y la reparación de los daños y perjuicios. Reclama la suma de \$ 114.000 por el resarcimiento del daño patrimonial y \$ 30.000 por el daño extrapatrimonial o lo que resulte de la prueba.

Asimismo, amplía la demanda y dice que durante los meses de octubre y noviembre de 2005 la sociedad demandada realizó una intensa campaña publicitaria armada sobre la base de la creación original de su mandante para dar conocer la inserción de los vinos Trapiche en el mercado internacional, utilizando dos slogans prácticamente iguales a los creados por Be Serious S.A.

La demandada niega los hechos y concluye que la sociedad actora dio su autorización para el uso de la publicidad de los vinos Trapiche y además niega que los slogans cuya titularidad se atribuye la contraria tengan originalidad, ya que son descriptivos de hechos y datos de la realidad, por lo que no son protegibles.

El Juez de la anterior instancia en la sentencia de fs. 983/991 hizo lugar parcialmente a la demanda y en consecuencia condenó a la demandada a abonarle a la actora, en el plazo de diez días, la suma de \$ 80.000, con más los intereses que deberán calcularse al 8% anual desde la fecha de la mediación hasta la sentencia y a partir de entonces y hasta el efectivo pago a la tasa activa prevista en el plenario “Samudio”. Impuso las costas a la demandada vencida (conf. art. 68 del Código Procesal).

Apelan ambas partes. En su expresión de agravios a fs. 1038/1044 la demandada cuestiona la sentencia: 1) Porque se ha considerado que su parte no tenía autorización para adaptar la obra en cuestión y porque no se consideró a la adaptación como una “obra nueva”. 2) Porque la sentencia decide cuestiones que no fueron planteadas por la parte actora y que no se encuentran controvertidas. 3) Porque el a quo le ha dado, al que denomina derecho de cita, un alcance que no tiene y además ha sobrevalorado el dictamen de la Comisión de Ética. 4)

Por el monto que se ordena pagar a su parte por considerarlo excesivo. Cuestiona también la procedencia de la indemnización del daño material y del daño moral. 5) Porque en la sentencia no se ha analizado ninguno de los argumentos planteados por su parte. Solicita se revoque la sentencia.

La actora expresa agravios a fs. 1047/1051 y se queja: 1) Por la valoración realizada en la sentencia del quantum indemnizatorio por considerarlo reducido; 2) Por la tasa de interés fijada en la sentencia del 8% anual y por el cómputo desde la mediación, solicitando se los calcule desde el hecho ilícito. 3) Porque no se ha resuelto respecto del cese y abstención de uso solicitados por su parte.

Los agravios fueron contestados a fs. 1053/1054 y 1057/1063 respectivamente.

II.- Las circunstancias de autos.

Para una mejor comprensión de mis colegas de Sala trataré de sintetizar los hechos relevantes que, a mi criterio, deben considerarse a fin de solucionar el conflicto planteado en esta instancia y que, como luego diferenciaré, se centran en dos cuestiones principales.

La sociedad actora es una empresa de publicidad conocida con el nombre de Serman+Viggiano, la que en el año 2003 realizó una campaña gráfica para los vinos de la marca Trapiche, con el fin de hacer conocer el éxito de la bodega en los principales mercados del mundo a los que exportaba sus productos. La titularidad de dicha creación publicitaria no se encuentra controvertida en estos autos y surge también de la inscripción en la Dirección Nacional del Derecho de Autor, mediante el n° 68035 del 16 de octubre de 2003, con la denominación de “Campaña

Trapiche Varietales: Europa, Canadá, Japón, Mundo”.

Como se ha acreditado con la documentación acompañada y no desconocida dicha publicidad creada por la actora fue publicada en el diario La Nación y otras publicaciones durante el año 2003.

La misma actora reconoce que en el año 2004 el Directorio de Trapiche decidió cambiar de agencia de publicidad sólo con relación al mercado argentino y encomendó el trabajo a la demandada González Taboada Guevara S.A., mientras que con respecto al mercado internacional la publicidad siguió a cargo de Serman+Viggiano (conf. ejemplar acompañado de Adlantina Magazine, de febrero 2005, p. 138 y ss.).

A pesar de lo expuesto, a pedido de Trapiche, la actora le concedió en el año 2004 el derecho de uso con relación a la campaña de publicidad de su autoría por el término de un año, es decir hasta el 30 de junio de 2005, conforme la factura 001-00001925 que se adjuntó a la demanda (anexo VII a fs. 54 de los autos sobre medidas precautorias, cuyo original se encuentra reservado en sobre perteneciente a esos autos). De acuerdo a ello, se facultaba a Trapiche a hacer uso de la aludida publicidad ya sea en forma directa o a través de terceros hasta la fecha indicada.

La primera cuestión litigiosa se produce cuando la actora imputa a la demandada haberse atribuido la autoría de la campaña de publicidad de su creación con motivo de la distribución del tríptico (folleto desplegable) “De la Bodega Privada de González Taboada/Guevara”, que distribuye entre sus clientes y público en general, potenciales clientes de su parte, y también que utilizó esa publicidad para la producción del montaje filmico en su página Web

(www.gtga.com.ar), sin citar al verdadero autor de la creación publicitaria que sirvió como base para esa producción.

Además le imputa haber violado su derecho de autor al atribuirse la campaña publicitaria de su creación en el Directorio Publicitario 2005, el cual llega a las agencias de publicidad del interior del país y de América.

Entiende la actora que la demandada actuó dolosamente vulnerando su derecho de autor, provocándole perjuicios de importante consideración, tanto morales como patrimoniales.

La empresa demandada sostiene que adaptó la obra tal como fue autorizado por la contraria, y no fue citada como autora porque las obras audiovisuales publicitarias efectuadas por su parte para ser exhibidas por televisión son de su autoría de acuerdo al art. 4 inc. c) de la ley 11-723. Considera que se trata de una obra nueva y por ello no citó a Be Serious S.A.

Esta es una de las cuestiones a resolver. Resulta relevante señalar a esta altura del relato que en los autos caratulados Be Serious S.A. contra González Taboada Guevara S.A. sobre Medidas precautorias, a fs. 378 se dispuso con fecha 11 de abril de 2005 el secuestro de los ejemplares del denominado “tríptico” (conf. fs. 345) que pudieran existir en las oficinas de la demandada y bajo las mismas condiciones se ordenó poner en conocimiento de la demandada que debería abstenerse de transmitir en el sitio Web www.gtga.com.ar, el video relativo a los vinos marca “Trapiche” titulado países”. Dicha medida fue cumplida por la demandada sin presentar apelación.

En la ampliación de demanda la actora reprocha a la demandada que durante los meses

de octubre y noviembre de 2005, es decir con posterioridad a la traba de las medidas precautorias y de la promoción de la demanda, llevó adelante una campaña publicitaria utilizando dos slogans prácticamente iguales a su obra original. Solicita también en este caso la reparación de los daños ocasionados.

He aquí la segunda cuestión a resolver, pues como se advierte ya el plazo de autorización de uso se encontraba vencido, por lo que cabe analizar si verdaderamente se utilizó la misma publicidad creada por la actora o se utilizó una obra nueva.

III.- La adaptación de la obra.

El primer agravio de la demandada se refiere a la conclusión del a quo respecto de la autorización de la adaptación y no haber considerado a la obra adaptada como una obra nueva de su propia creación.

Como es sabido, la doctrina coincide en que el derecho de autor sólo protege las creaciones formales y no las ideas. Como se ha dicho las ideas no son obras, y por ende, su uso es libre. No se puede adquirir sobre ellas protección o propiedad alguna, aun cuando sean novedosas. El derecho de autor está destinado a proteger la forma representativa, la exteriorización de su desarrollo en obras concretas aptas para ser reproducidas, representadas, ejecutadas, exhibidas, radiodifundidas, etc., según el género al cual pertenezcan, y a regular su utilización. Solo está protegida la forma sensible bajo la cual se manifiesta la idea y no la idea misma, ya sea que se encuentre expresada de manera esquemática, o bien en una obra (Lipszyc, Delia, Derecho de autor y derechos conexos, p. 62).

Por otra parte, el derecho de autor ampara toda clase de obras intelectuales, destacán-

dose las llamadas obras originales (literarias, musicales, teatrales o dramáticas, artísticas, científicas y audiovisuales, incluyéndose también los programas de ordenador) y las obras derivadas (adaptaciones, traducciones, compilaciones, anotaciones, comentarios, resúmenes y extractos, arreglos musicales y otras transformaciones) cualquiera sea su modo o forma de expresión, aunque para ser protegidas deben presentar originalidad (Lipszic, ob.cit. p. 69).

La ley protege la creación sea cual fuere el mérito y destino de la obra creada. La idea de creación lleva implícita la de originalidad (conf. Romero, A. O. Propiedad Intelectual. Ley 11723, p. 354).

Sin embargo, no se requiere que se trate de una obra completamente nueva, desprovista de elementos que integren otras del mismo género. En tal sentido también se ha dicho que a fin de considerar una obra como original sólo es exigible un aporte personal del espíritu, de carácter intelectual que distingue a lo creado de los elementos e ideas que se conocían y utilizaban, combinándolos de un modo distinto, aun cuando el enriquecimiento del caudal cultural anterior sea de modesta magnitud (CNCiv. Sala F, octubre 1-1981, ED 114-692).

Para que la ley ampare a una obra, basta que no sea copia de otra y que importe un esfuerzo intelectual de características propias. Al respecto, debe señalarse que la normativa jurídica no hace distinción alguno referido al valor técnico o estético de la obra.

La demandada sostiene que los spots televisivos fueron autorizados por la contraria y constituyen una obra nueva adaptada, por lo que en sí misma es una creación propia.

A mi criterio es la demandada y no el juez de grado quien confunde la autorización que para la utilización o adaptación de su obra publicitaria realizó la actora a favor de Trapiche, y cuya utilización y adaptación durante el término de un año no reclama, y la utilización de la creación ajena sin cita de su autor por parte de González Taboada Guevara S.A. en beneficio propio.

No se encuentra discutido que durante el año 2003 Sterman+Viggiano realizó cuatro piezas gráficas para la marca de vinos Trapiche que integraron la denominada “Campaña Trapiche Varietales: Europa, Canadá, Japón, Mundo”.

No cabe duda, contrariamente a lo sostenido por la sociedad demandada, de la originalidad de dicha obra publicitaria (conf. copias de fs. 32/35 del expediente sobre medidas precautorias, anexo I y fs. 17/20 de estos autos).

En la primera pieza gráfica, además de la botella de vino Trapiche, el centro se ilustra con varios fondos de botellas de vino y la siguiente leyenda en la parte inferior: *“En Europa uno de cada ocho vinos argentinos es Trapiche. Los vinos argentinos que elige usted y elige el mundo y la marca de fábrica”*. En la superior se enumeraban las distintas clases de vinos trapiche: Malbec. Merlot. Cabernet Sauvignon, Sauvignon Blanc, Chardonnay. Pinot Noir.

La segunda pieza está referida a Canadá y aparece una hoja de parra en el centro invocando la bandera de Canadá y además de la botella de vino Trapiche en la parte inferior aparece la leyenda *“En Canadá uno de cada dos vinos argentinos es Trapiche. Los vinos argentinos que elige usted y elige el mundo y la marca de fábrica. En la superior se enumeraban las distintas clases de vinos trapiche: Malbec. Merlot. Cabernet Sauvignon, Sauvignon Blanc, Chardonnay. Pinot Noir.*

En la tercera pieza publicitaria como centro el fondo de una botella de vino alude al círculo rojo de la bandera de Japón. En la parte inferior del aviso publicitario se lee: “En Japón, uno de cada tres vinos argentinos es Trapiche”. Los vinos argentinos que elige usted y elige el mundo y la marca de fábrica. En la superior se enumeraban las distintas clases de vinos trapiche: Malbec. Merlot. Cabernet Sauvignon, Sauvignon Blanc, Chardonnay. Pinot Noir.

En la cuarta gráfica en el centro con tres racimos de uvas se representa la forma de Europa, Asia y América y nuevamente en la parte inferior se anuncia “En más de 40 países el vino argentino es Trapiche”. Los vinos argentinos que elige usted y elige el mundo y la marca de fábrica. En la superior se enumeraban las distintas clases de vinos trapiche: Malbec. Merlot. Cabernet Sauvignon, Sauvignon Blanc, Chardonnay. Pinot Noir.

No cabe duda, y reitero que la creación de la actora merece protección legal.

En efecto, en este sentido comparto aquella doctrina que sostiene que el derecho de autor no nace del registro sino de la obra misma (conf. Satanowsky, ob.cit. T II, p. 136 y ss).

Autor otorga en razón de los depósitos efectuados, no crea un derecho indiscutible a favor del beneficiario, sino una presunción “ iuris tantum”, pudiendo discutirse en juicio si la obra depositada debe gozar o no de la tutela jurídica que la ley dispensa (C.S.J.N. E.D. 27-32; CNCiv. Sala A, ED 26-772; CNCiv. Sala C, ED 55-459; CNCiv. Sala F, ED 43-619; Salas- Trigo represas, T III, p. 436; Singer, Ignacio, “Los derechos de autor, el registro y la valoración judicial”, en LL 1981-C-497).

En primer lugar, no se ha ni siquiera intentado en autos destruir la presunción que surge del registro de la obra en cuanto a la originalidad de la misma. De todas maneras, reitero que la prueba de la actora no sólo acredita la inscripción de la obra publicitaria en el Registro sino también que se trata de una verdadera creación original, en cuanto a las ilustraciones y los slogans.

Pues bien, la demandada sostiene que su adaptación de la obra original de la actora es en sí misma una obra creativa y por tanto tenía derecho a presentarla como propia. Adelanto que la simple comparación con la creación original le quita toda razón a su planteo.

Como ya lo he manifestado es cierto que entre las obras protegidas por el derecho de autor se destacan las llamadas obras originales y también las obras derivadas entre las que las más comunes son las adaptaciones y las traducciones. Por medio de la adaptación la obra pasa de ser de un género a otro, es el ejemplo de autos donde de los anuncios gráficos se hicieron spots para televisión. También puede adaptarse una obra sin cambiar de género.

La adaptación debe respetar la obra original; en principio el autor de la obra derivada debe ceñirse a la obra que adapta y efectuar una adaptación fiel; la medida en que puede apartarse de la obra preexistente mediante la introducción de elementos ajenos a aquélla y realizar una adaptación libre e incluso utilizarla solo como inspiración en la nueva obra depende de la autorización que para ello le otorgue expresamente el autor de la obra primigenia. Solo están protegidas si presentan algún grado de creatividad (Lipszyc, Delia, ob. cit. P. 113).

En el caso la creación gráfica pasó a la televisiva sin ninguna originalidad, por lo que mal puede considerarse una nueva creación protegida por la ley. En este aspecto comparto con el juez de grado la afirmación de que no se encuentra ninguna variación creativa en la adaptación efectuada por la demandada, por lo que no puede considerársela obra nueva.

La queja de la demandada en tal sentido carece de fundamentos suficientes, pues ni siquiera ha indicado cuál es el nuevo contenido que aparece en la adaptación. En los spots sólo se ha limitado a reproducir la obra de la actora.

Pero ello no es todo, la demandada utilizó en su página Web, en el llamado tríptico, un desplegable denominado “De la Bodega Privada de González Taboada Guevara” con fotogramas de tres comerciales para la marca de vinos Trapiche y en el Directorio Publicitario 2005 de la Asociación Argentina de Agencias de Publicidad, un fotograma de un comercial para marca de vinos Trapiche, utilizando como suya la obra publicitaria creación de la actora, sin cita de su autor.

Como bien se dice en el Dictamen de la Comisión de Ética de la Asociación Argentina de Agencias de Publicidad quien recibió el folleto desplegable (véase sobre reservado) puede percibir (entender, apreciar) que todas las piezas exhibidas en el mismo son obras originales creadas por la actora, y no meras adaptaciones. Que la misma interpretación puede aplicarse a la inclusión en el Directorio Publicitario 2005 de la AAAP de los fotogramas de un comercial y a los comerciales en la página Web de González Taboada Guevara S.A. Tal percepción que puede ser intuita o elaborada por los receptores del mensaje (eventuales anunciantes) la Comisión entiende que el comportamiento de GTG no es compatible con los usos,

costumbres y prácticas publicitarias, siendo su accionar objetable.

Agrega, “que el proceder de GTG no condice con el espíritu de las pautas expresadas en el Código de ética profesional al decir que “las agencias asociadas se obligan a fomentar y mantener la unión y disciplina entre los miembros de la Asociación por todos los medios a su alcance y establece que las Agencias asociadas entienden sin embargo que la actividad honesta y responsable y concuerdan en desenvolverse conforme a las normas de ética establecidas en el Código de Ética Profesional y en la Declaración de principios”. En definitiva se resuelve llamar la atención a González Taboada Guevara, sin perjuicio del planteo judicial formulado por las asociadas.

La demandada cuestiona también el valor que el juez a quo le dio a ese dictamen de la Comisión de Ética de la Asociación Argentina de Agencias de Publicidad y a la interpretación que efectuó respecto de la omisión de la cita del autor.

No cabe duda de la relevancia del dictamen referido, pues se trata precisamente de conclusiones de publicistas, pares de las partes, que pone de manifiesto la falta de ética en el accionar de la demandada.

Por otra parte hace mención a la utilización de la obra de la actora como propia en el desplegable de publicidad de su agencia, en el Directorio Publicitario 2005 de la AAAP de los fotogramas de un comercial y a los comerciales en la página Web de González Taboada Guevara S.A, todos los medios indicados en la demanda.

En el sobre blanco reservado en el que consta material secuestrado de la agencia de la sociedad demandada se incluye el material de publi-

cidad de esa agencia en el que constan todos los fotogramas que reproducen la obra creativa de la actora, sin aclaración alguna, tanto en las ilustraciones como en los slogans. De la misma manera también se ha usado ese material en el Directorio Publicitario del año 2005 de la Asociación de Agencias Argentinas de Publicidad y en la página Web de González Taboada Guevara.

Como se advierte, y tal como se indicó en el dictamen de la Comisión de Ética de la Asociación Argentina de Agencias de Publicidad, la utilización de la obra sin indicación de su autor o aclaración de la adaptación induce al lector a entender “que todas las piezas exhibidas en el mismo son obras originales creadas por la demandada”.

En cuanto al llamado derecho de cita que la demandada también cuestiona, entiendo que asiste razón al juez a quo en el sentido que la obra adaptada no es original sino es una mera reproducción para el medio televisivo de la creación publicitaria de la actora; por lo que resultaba necesario citar al autor de la obra original.

Asimismo, reitero que la sociedad demandada utilizó la obra publicitaria de la actora para su propio provecho, pues no se trata de la adaptación televisiva (la que por sus características también debería aclarar el autor de la obra original), aunque tal circunstancia no está en juego porque la actora no cuestiona su utilización durante el período de autorización.

Como surge del testimonio de fs. 310 vta. de Horacio Augusto Castelli, consejero de marketing y estrategia de comunicaciones, muchas agencias hacen un folleto de sus capacidades creativas y sus servicios para distribuir en el mercado el material allí incluido que representa

su capital de talento y capacidad de originalidad creativa. Agregó el testigo que la base conceptual entre la campaña gráfica y la televisiva es la misma.

IV.- El uso de la obra de autoría de la actora sin autorización.

La demandada se queja por la falta de congruencia de la sentencia y de la omisión de sus argumentos.

En cuanto a este último aspecto, debe tenerse presente que los jueces no están obligados a ponderar una por una y exhaustivamente todas las probanzas, ni a seguir a las partes en todos y cada uno de los argumentos que esgrimen en resguardo de sus pretendidos derechos pues basta que lo hagan respecto de los que estimaren conducentes o decisivos para resolver el caso, pudiendo preferir algunas de las pruebas producidas a otras u omitir referencia a las que estimaren inconducentes o no esenciales (esta Sala, 2000-05-30, V.D.A. c. D.S.,M.T., L Ley 2000- D-603 y Concha Pardo, Juan A. c. La Primera de Martínez S.A. La Ley 2000-F-491, CNCiv. Sala B, 1999-04-26, Fernández, Antonio c. Consorcio de Propietarios Santiago del Estero 690, L Ley 1999-E-571; CNCiv. Sala F, feb.7-996, Asociación Mutual de la Industria y el Comercio de la República Argentina c. Vide-la, Lucía, La Ley 1996-D-868, entre otros).

Habiendo resuelto bien la cuestión haciendo mención de los fundamentos y pruebas relevantes, para concluir que la obra adaptada no es original, pues es una mera réplica, por lo que debió citar autoría de la creación original.

Tampoco advierto falta de congruencia en la sentencia. El principio de congruencia se refiere exclusivamente a la forma en que los órganos jurisdiccionales deben resolver las cuestio-

nes que quedan sometidas a su decisión como consecuencia de la articulación de la relación procesal (SCBA Ac. 26408 15 de mayo 1979). Al decir de Guasp consiste en la conformidad que debe existir entre la sentencia y la pretensión o pretensiones que constituyen el objeto del proceso más la oposición u oposiciones en cuanto delimitan ese objeto (Derecho procesal civil, Madrid 1961, p. 533).

En el sistema dispositivo que informa al proceso civil predomina el señorío de la voluntad de las partes pues son éstas quienes fijan y determinan el objeto litigioso y aportan el material de conocimiento (Díaz, Instituciones de derecho procesal, vol. I, p. 341, núm. 17). El órgano jurisdiccional queda así vinculado por los límites del thema decidendum los cuales no pueden ser excedidos desde que son los justiciables los que precisan los hechos que deben ser materia de juzgamiento derivándose como consecuencia de ello el principio de congruencia al cual deben ajustarse en su cometido los jueces (art. 34 inc 4 y 163 inc. 6 C.Proc.).

Dichas directivas no son ajenas al procedimiento de la segunda instancia, desde que también son las partes las que a través de la expresión de agravios, conocida como demanda de apelación delimitan la potestad decisoria de la alzada (art. 260 y 272 CPr). Precisamente los planteos de las partes en esta alzada repiten aquello que consideraron constituía el objeto de la litis en la instancia anterior. Entender lo contrario implicaría un excesivo rigor formal en cuanto a los términos de la pretensión.

Además, uno de los fundamentos del principio de congruencia está en la indefensión de las partes en una materia resuelta en la sentencia que no fue objeto de litis y en autos no se afectó ningún derecho en tal sentido.

De allí que si de incongruencia cabe hablar, en ella se habría incurrido al omitir resolver la cuestión planteada respecto de omisión de la cita del creador de la obra publicitaria original. Es que la decisión debe comprender todas las pretensiones, ha de ser plena; debe hacerlo contemplando las que se hayan formulado en el juicio, esto es, ha de ser congruente con la forma como ha quedado trabada la relación jurídica procesal (art. 34 inc. 4 del Código Procesal).

La sentencia que otorga menos de lo pedido es congruente en la medida que el demandado haya hecho valer tal límite. Será en cambio incongruente, si concede incluso menos de lo admitido por el demandado, ya que si la pretensión del actor marca el límite máximo, la admisión parcial del demandado marca el límite mínimo de la discrecionalidad del juzgador (Betti, Diritto processale civile, p. 225).

En este sentido cabe recordar que en ciertas situaciones una pretensión puede llevar otra implícita (Colombo-Kiper, Código procesal Civil y comercial de la Nación, TII, p. 188).

No cabe olvidar el poder de disposición de las partes, que sólo cede en aquellos supuestos en que el interés social esté comprometido por lo que se admite la necesidad de hacer prevalecer los poderes del juez sobre las facultades dispositivas de las partes. Es recién en tales hipótesis en que el proceso civil adquiere carácter inquisitivo pues las partes carecen de la disponibilidad del derecho o de la relación que les sirve de fundamento y la autonomía privada debe ceder paso a una mayor injerencia del órgano judicial (Palacio, Derecho Procesal civil, T I, p. 370, num. 50).

En la litis, si bien la actora no cuestionó el uso de su obra adaptada por el término de un año, pues había otorgado autorización para tal fin, lo

cierto es que se encuentra acreditado en autos no sólo que la demandada utilizó para la publicidad de su propia agencia la obra de titularidad de la actora, sino que también se ha probado que siguió haciendo campaña publicitaria con posterioridad al vencimiento del término de la autorización.

En efecto, la actora en el año 2004 le concedió a Trapiche el derecho de uso con relación a la campaña de publicidad de su autoría por el término de un año, es decir hasta el 30 de junio de 2005, conforme la factura 001-00001925 que se adjunto a la demanda (anexo VII a fs. 54 de los autos sobre medidas precautorias, cuyo original se encuentra reservado en sobre perteneciente a esos autos). Tal concesión facultaba a Trapiche a hacer uso de la aludida publicidad ya sea en forma directa o a través de terceros hasta la fecha indicada.

A pesar de ello, González Taboada Guevara S.A. contrató los servicios de la Sarmiento Publicidad Exterior para la publicación de la siguiente pauta publicitaria “Trapiche. En más de sesenta países el vino argentino es Trapiche. Los vinos que elige Usted y elige el mundo.”, bajo las siguientes pautas del 1 al 31 de octubre de 2005, soporte PPL, por \$ 15.000 más IVA. (conf. fs. 304/305).

También a fs. 345/357 obra la contestación de oficio de la Editorial Atlántida S.A. con el que se acredita que con fecha octubre de 2005 se publicó el aviso “Trapiche. En más de sesenta países, el vino argentino es Trapiche. Los vinos que Ud. elige y elige el mundo”, en la Revista Gente con fechas 18 de octubre; 25 de octubre, 1 de noviembre de 2005, 25 de abril de 2006, 2 de mayo de 2006 y 16 de mayo de 2006.

Asimismo, Publirevistas S.A. informa a fs. 387 que la agencia González Taboada Guevara

S.A. ha solicitado la publicación de los avisos de Trapiche en el año 2004 (en el plazo autorizado) y en octubre y noviembre de 2005.

En el mismo sentido, el anexo 6 de la pericial contable a fs. 504 y la contestación al punto pericial 2, de fs. 518 y vta. da cuenta de las ganancias de la demandada por la campaña seguida denominada “Varietales” del vino Trapiche reproduciendo con mínimas variantes la obra de creación de la actora sin reconocimiento de su paternidad.

Se advierte fácilmente que no se trata de la publicidad de los vinos Trapiche durante el período autorizado por el titular de obra publicitaria, sino que esa obra se utilizó siguiendo la campaña durante todo el año 2005 y parte del 2006. Por ello, la sentencia resulta congruente con lo solicitado en la demanda y en su ampliación por la actora y que contó con la contestación de la demandada.

V.- El denominado derecho de cita.

La demandada cuestiona la sentencia pues sostiene que el a quo le ha dado, al que denomina derecho de cita, un alcance que no tiene.

En general se entiende, como una limitación al derecho de autor, la posibilidad de la cita de fragmentos relativamente breves de otra obra escrita, sonora o audiovisual, así como de obras artísticas aisladas, para apoyar o hacer más inteligibles las opiniones de quien escribe o para referirse a opiniones de otro autor. Debe tratarse de obras ya divulgadas y ser realizada a título de cita y sólo podría hacerse con fines docentes o de investigación y en la medida justificada por la finalidad de esa incorporación. Siempre deben indicarse la fuente de la cita y el autor de la obra a fin de respetar el derecho moral del autor y de que no se confundan la

opinión de quien cita con la del autor citado. (Lipszyc, Delia, ob.cit. p. 231). El art. 10 de la ley 11.723 se refiere al derecho de cita.

En nuestro caso, en realidad la demandada cuestiona la sentencia porque considera que no debe citar al titular de la obra originaria porque al adaptarla realizó una nueva obra. Como ya lo analizara esa parte sólo ha reproducido la obra de la actora e incluso, aun después del vencimiento del plazo de la autorización a Tropiche por parte de Be Serious S.A., ha mantenido la misma publicidad con mínimas variantes. Obsérvese que en la obra de la actora se habla de cuarenta países y en la publicidad de la demandada cuando ya no contaba con autorización de sesenta países. La cantidad de países mencionados (cuarenta y sesenta) es la única diferencia.

No cabe duda entonces que afectó al titular de la obra., pues nadie tiene derecho a publicar sin permiso del autor una producción sin afectar el derecho intelectual del titular, conforme lo prevé el art. 9 de la ley 11.723.

Resulta indudable que el derecho de paternidad artística es el derecho del autor a que se reconozca su condición de creador de la obra. Protege la íntima vinculación existente entre éste y el fruto de su actividad espiritual.

En nuestra legislación el art. 17 de la Constitución Nacional al establecer que “todo autor o inventor es propietario exclusivo de su obra, invento o descubrimiento, por el término que le acuerde la ley”, es la base de la ley 11.723 que protege la obras intelectuales, la que protege no sólo las obras artísticas o literarias sino también la obra que no está alejada del comercio. Así, por ejemplo, las frases publicitarias son también pasibles de protección, como los diseños o modelos industriales

(Emery, Miguel Ángel, Propiedad Intelectual. Ley 11723, p. 3).

Obsérvese que independientemente de los derechos patrimoniales del titular e incluso después de la cesión de estos derechos, el autor conservará el derecho a reivindicar la paternidad de la obra (art. 6 bis del Convenio de Berna). Y en el mismo sentido se ha dispuesto que el autor de cualquier obra protegida, al disponer de su derecho por venta, cesión o de cualquier otra manera, conserva la facultad de reclamar la paternidad de la obra (art. 11 de la Convención Interamericana de Washington).

El derecho a la paternidad comprende entonces el derecho a reivindicar la condición de autor cuando se ha omitido la mención de su nombre y el derecho a defender su autoría cuando ella es impugnada.

Asimismo, las frases publicitarias (slogans) también se encuentran protegidos, pues como se ha resuelto “toda obra que contenga una creación intelectual está protegida por la ley 11723 sin tener en cuenta su extensión” (CN-Civ. Sala A, nov. 18-1960. L Ley 101-403; CN-Fed. Civ y Com. Sala II, nov. 7- 1985, L Ley 1986-C-133).

En el mismo sentido el art. 1 de la ley 22362 en su art. 1 autoriza el registro marcario de las frases publicitarias originales.

VI.- El plagio

Se ha definido al plagio como el atentado contra lo que caracteriza la expresión particular y original que el autor ha dado a su pensamiento (Mayer, Claude “Le droit d’auteur et le cinéma, p. 144). Consiste en dar por propio el trabajo ajeno desfigurado. Es tomar algo que es invención de otro, ya sea en el fondo o en la forma, o

una situación, un desarrollo o una frase (conf. Satanowsky, Isidro, Derecho intelectual, T II, p. 166; Villalba, Carlos, Los ilícitos en el derecho de autor, L Ley 1981-8-5).

Siguiendo este concepto puede señalarse que existe plagio cuando: a) La obra conforme una imitación, es decir, algo más que una inspiración y menos que una copia servil; b) La parte imitada constituya fundamento original y novedoso de la creación que ha dado nacimiento al derecho de autor; c) Lo imitado no es la idea sino la línea argumental, la composición del plan o el desarrollo original dado a la acción (conf. Satanowsky, ob.cit. T II, p. 203).

Asimismo, el dolo resulta ineludible para el plagio, es decir, el conocimiento de que existe otra obra anterior cuya parte original es apropiada. Por ello, los parecidos fortuitos o no intencionales excluyen el plagio.

De acuerdo a lo expuesto, y aceptando que el plagio es la copia deliberada, ya de una manera literal o desfigurada del trabajo original de otro, queda excluido por la falta de intencionalidad, o por la falta de coincidencia de lugares o de tiempo.

Al comparar las publicaciones de la demandada en el folleto desplegable, en el Directorio 2005 y en su página Web; así como la campaña publicitaria que siguió después del vencimiento del plazo de autorización para hacerlo, no cabe duda que la imitación surge evidente respecto de la obra de la actora, sin citar su autoría. Se origina así el primer requisito del plagio, o sea, la imitación, aun cuando ésta no constituya una copia servil sino que ofrezca alguna variante pero sin alterar la esencia de la obra original.

La originalidad de la obra publicitaria de la actora no ofrece dudas y constituye el segundo

elemento requerido por la ley para constituir el plagio. Como se ha acreditado la actora no solo inscribió su obra en el Dirección Nacional de Derechos de Autor, sino que durante el año 2003 las cuatro piezas gráficas para la marca de vinos Trapiche que integraron la denominada “Campaña Trapiche Varietales: Europa, Canadá, Japón, Mundo” fueron publicadas en diversas revistas y diarios.

En este aspecto, cabe destacar que una obra es protegida en su conjunto y basta para su tutela que una parte de ella revista carácter creativo, o que lo tenga el conjunto, si se tiene en cuenta la organización de los varios elementos que la componen aunque éstos, considerados aisladamente no sean susceptibles de tutela (CNCiv. Sala D, junio 28-1995, Tirigall, Horacio y otra c. Impreba S.A., JA 1998-I-394).

Como ya lo manifestara el dolo resulta necesario para tipificar el plagio, pues es ineludible el conocimiento de que existe otra obra anterior cuya parte original es apropiada.

No cabe duda tampoco que en el caso de autos la agencia de publicidad demandada tenía no sólo conocimiento de que la obra de su campaña había sido de creación de la actora, sino también que la usó sin autorización apropiándose de la creación de otro con mínimas modificaciones, por lo que el plagio resulta evidente.

El dolo o mala fe del plagiario puede imputarse por el conocimiento de la obra plagiada. Cuando resultare claramente la usurpación o apropiación indebida, no hacen falta excesivas indagaciones para determinar los propósitos del plagiario, pues el dolo es inherente al acto realizado. Basta la imitación, la cual crea contra el plagiario la presunción de mala fe, que resulta del conocimiento del derecho que usurpa (CN-Civ. Sala G, marzo 21-1994, JA 1994-IV-410).

VII.- La indemnización.

La demandada se agravia por el monto que se ordena pagar a su parte por considerarlo excesivo. Cuestiona también la procedencia de la indemnización del daño material y del daño moral. La actora se queja por considerar reducido el resarcimiento.

En primer lugar cabe destacar que el objeto de la demanda se refiere al cobro de los daños y perjuicios producidos por el hecho ilícito. En la demanda la actora reclama por el uso indebido de su creación en el folleto desplegable, en el Directorio 2005 y en la página Web de la demandada y en la ampliación de demanda por la campaña que siguió después del vencimiento del plazo de un año de autorización, con una imitación casi completa de la obra originaria. Dejando expresamente mención que demanda lo que resulte de la prueba.

El juez a quo ha fijado la suma total de \$ 80.000.

Como surge de los considerandos anteriores en autos se ha acreditado la originalidad de la obra de la actora y la apropiación cometida por la demandada.

El derecho intelectual presenta en su ejercicio dos aspectos, uno material o patrimonial que acuerda al autor el disfrute económico de la obra, y otro moral o extramatrimonial, que se traduce en el derecho a ser reconocido en la calidad de autor, y que se respete la integridad y fidelidad de su obra (Satanowsky, Derecho intelectual, T I, p. 52; Mouchet, Carlos y Radaelli, Sigfrido, Derechos intelectuales sobre obras literarias y artísticas, p. 85).

Desde esa perspectiva puede sostenerse que comete un hecho ilícito aquel que viola el ejercicio del derecho intelectual, prescindiendo de la

voluntad del titular del derecho (Villalba, Carlos A. Los ilícitos en el derecho de autos, LL 1981-B-5). Tal ilicitud obliga a reparar los perjuicios ocasionados, en virtud de las normas generales sobre responsabilidad delictual y cuasidelictual del Código Civil.

Ante ello, la actora no tiene la obligación de probar la existencia del daño porque éste resulta de la reproducción ilícita de la obra, ya que nadie tiene derecho a utilizar el trabajo intelectual ajeno sin consentimiento del autor (Satanowsky, ob.cit. T II, p. 182).

Es sabido que el autor de una obra intelectual tiene derecho al beneficio que hubiera podido obtener de no mediar la utilización ilícita o la mejor remuneración que hubiera podido percibir de haber autorizado la explotación. Por esta razonable alternativa se evita que sea más beneficioso infringir el derecho de autor que respetarlo, pues si el utilizador paga un precio más bajo en juicio que negociando con el titular del derecho se alientan las infracciones (CN-Civ. Sala G, marzo 21-1994, Moreno, Venancio c. Iglesias, Julio y otros, JA 1994-IV-410). Del mismo modo se ha resuelto que el autor tiene derecho al beneficio que hubiera podido obtener de no mediar la utilización ilícita de la obra o la mejor remuneración que hubiera podido percibir de haber autorizado la explotación (CNCiv. Sala C, marzo 7-2005, Gribman Hugo c. Carrizo, Cecilia y otros, Lexis, 1/70023077-1).

Al respecto se ha sostenido que no puede descomponerse en derechos independientes de naturaleza diversa el conjunto de facultades que integran el derecho intelectual, ya que este "ius in re intelectuali" es un único derecho que contiene facultades de actuar, con fundamento a la vez patrimonial y extrapatrimonial. Pero, sin ninguna duda, este derecho único muestra un aspecto material o patrimonial que acuerda

al autor la facultad de obtener y exigir el disfrute de las utilidades económicas de su obra y otro aspecto, este extrapatrimonial o moral, que se traduce en el derecho a ser reconocido como el autor de la obra y que se respete la integridad y fidelidad de ésta (CNCiv. Sala A, octubre 1-1985, Lazaridis, Hugo c. Ed. Perfil S.A., voto Dr. Zannoni, JA 1988-II-38).

No se trata pues de otorgar el daño moral a una persona jurídica sino de reconocer el resarcimiento del derecho intelectual atacado que, reitero, contiene un aspecto patrimonial, por lo que el autor tiene derecho al beneficio que hubiera podido obtener de no mediar la utilización ilícita de la obra y un aspecto extrapatrimonial o moral, que se traduce en el derecho a ser reconocido como el autor de la obra y que se respete la integridad y fidelidad de ésta.

Desde esa perspectiva y habiéndose estimado el monto indemnizatorio en la demanda, dejándose librado a lo que resulte de la prueba, el juez puede fijar directamente la indemnización cuando se ha probado tanto la existencia del daño como el monto del mismo. Empero, puede ocurrir que mediando estimación (definitiva o provisional) se haya producido prueba suficiente acerca de la existencia de la obligación pero no sobre su cuantía. Frente a tal hipótesis, el art. 165 apartado tercero del Código Procesal dispone “que la sentencia fijará el importe del crédito o de los perjuicios reclamados, siempre que su existencia esté legalmente comprobada, aunque no resultare justificado su monto” (conf. Palacio, Derecho Procesal Civil, TV, p. 443).

En el caso entiendo que asiste razón a la actora, pues además del uso indebido de la obra en el folleto, cuyo número puede oscilar entre 250 a 500 ejemplares (véase pericial contable ya citada y declaraciones testimoniales de fs.

310/311 y 334), en el Directorio 2005 y en el página Web de la demandada, que no cabe duda ha afectado a la actora pues es publicidad que llega a potenciales clientes y afecta su derecho al reconocimiento de su obra; también deberá valorarse la campaña que realizó González Taboada Guevara S.A. posterior al plazo de autorización del vino Trapiche imitando con mínimas variaciones la obra de la actora durante la segunda parte del año 2005 y algunos meses del 2006 (véase en este aspecto anexo anexo 6 de la pericial contable a fs.504 y la contestación al punto pericial 2, de fs. 518 y vta. que da cuenta de las ganancias de la demandada por la campaña seguida denominada “Varietales” del vino Trapiche de creación de la actora sin reconocimiento de su paternidad y sin su autorización).

Por ello, considero que de acuerdo a la pericial contable, ganancias percibidas sólo durante los meses de octubre y noviembre de 2005 por el uso indebido de la obra de titularidad de la actora, además del perjuicio producido por distribuir falsamente publicidad de la obra como si fuera propia entre clientes potenciales y aplicando el art. 165 del Código Procesal, entiendo que debe indemnizarse a Be Serious S.A. por la violación de su derecho intelectual, en su aspecto patrimonial y moral, en la suma de \$ 180.000, teniendo presente que tanto en la demanda como en su ampliación se ha dejado librado a lo que resulte de la prueba.

VIII.- Tasa de interés.

.....

IX.- Cese de uso.

Por último, la actora se agravia porque no se ha resuelto respecto del cese y abstención de uso solicitados por su parte.

En este aspecto entiendo que la cuestión se ha tornado abstracta pues no sólo la demandada no ha cuestionado la medida cautelar, sino que con la prueba producida se ha acreditado que el uso indebido se extendió sólo hasta la primera mitad del año 2006.

Por ello, no habiéndose acreditado que la demandada continúe a la época de la sentencia atribuyéndose indebidamente la obra de la actora, propondré rechazar el agravio.

Por las consideraciones expuestas, en caso de resultar compartido este voto por mis colegas de Sala, deberá: 1) Modificarse la sentencia en cuanto al monto indemnizatorio, el que se incrementa a la suma de \$ 180.000; 2) Establecer la tasa de interés moratorio correspondiendo aplicar la tasa activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina, con cómputo desde el inicio de la mora (la fecha del hecho) hasta el cumplimiento de la sentencia; 3) Confirmarla en lo demás que decide y fue materia de agravios; 4) Imponer las costas de alzada a la demandada en su condición de vencida (art. 68 del Código Procesal).

El Dr. Domínguez y el Dr. Ameal por las consideraciones y razones aducidas por la Dra. Hernández, votan en el mismo sentido a la cuestión propuesta.

//nos Aires, abril 1 de 2014.

Y visto lo deliberado y conclusiones establecidas por mayoría de votos el Tribunal decide: 1) Modificar la sentencia en cuanto al monto indemnizatorio, el que se incrementa a la suma de \$ 180.000; 2) Establecer la tasa de interés moratorio correspondiendo aplicar la tasa activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina, con cómputo desde el inicio de la mora (la fecha del hecho) hasta el cumplimiento de la sentencia; 3) Confirmarla en lo demás que decide y fue materia de agravios; 4) Imponer las costas de alzada a la demandada en su condición de vencida (art. 68 del Código Procesal).

Difiérase la regulación de honorarios para una vez aprobada en autos liquidación definitiva.

Regístrese, notifíquese y devuélvase. LIDIA B. HERNANDEZ - CARLOS A. DOMÍNGUEZ-OSCAR. J. AMEAL - RAQUEL E. RIZZO (SEC.).