

**Los organismos de radiodifusión. Contenido del derecho. Transmisiones de partidos.
Derechos exclusivos. Actividad periodística. Derecho de dar y recibir información.
Alcance. Derecho de cita. Ejercicio abusivo.**

PAÍS U ORGANIZACIÓN: Argentina

ORGANISMO. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala “D” de Buenos Aires

FECHA: 30/06/2014,

JURISDICCIÓN: Judicial (Comercial)

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

DATOS: CABLEVISION S.A. c/ METZGER EDUARDO JUAN Y OTROS s/ ORDINARIO”, Registro n° 75490/2003

SUMARIO:

“Los clubes y ligas de fútbol, sobre todo en el último decenio del siglo XX, solicitaron y, en la mayoría de los casos, obtuvieron, grandes sumas por los derechos televisivos de retransmisión de sus partidos (conf. Crespo-Pérez, J., Breve aproximación a los derechos televisivos en el fútbol, Cuadernos de Derecho Deportivo, Ad-Hoc, Buenos Aires, vol. 3, ps. 115/127, espec. p. 116).”

“Ello se logró a través de contratos de cesión de los derechos de retransmisión por televisión, en exclusiva, de los correspondientes encuentros, por parte de empresas de medios audiovisuales; derechos esos que del lado de éstas últimas están relacionados o son conexos con los derechos sobre el juego de fútbol (la representación, ejecución o realización del juego o espectáculo deportivo, propiamente dicho) y su organización, y que por tanto cuentan con la protección de la ley (conf. Cionfrini, E., El derecho de información, la libertad de expresión y los derechos sobre la transmisión de espectáculos por televisión – el caso de los partidos de fútbol, LL 2001-A, p. 811, espec. cap. II).”

“ En el programa “Desayuno” del 28/11/2000 no hubo una transmisión del partido Boca Juniors vs. Real Madrid del modo en que usualmente son difundidos televisivamente los eventos futbolísticos. Sin embargo, lo que sí ocurrió fue que en dicho programa se utilizaron, sin autorización ni pago, las imágenes de ese evento que eran el objeto de los derechos que por vía de cesión y en exclusividad había adquirido Cablevisión S.A.”

“ Los derechos de televisación sobre espectáculos deportivos adquiridos por empresas audiovisuales son derechos de propiedad intelectual que pertenecen al grupo de los llamados derechos conexos, y que gozan en el ámbito interno de la protección civil de la ley 11.723 y en el ámbito internacional de la tutela que brinda la Convención de Roma de 1961 aprobada por la ley 23.921, así como el Acuerdo GATT-ADPIC, aprobado por la ley 24.425”

La apuntada condición jurídica, valga señalarlo, fue reconocida por ATC S.A. con relación específica al partido de fútbol de que tratan estas actuaciones en la cláusula 5ª de la propuesta contractual del 24/11/2000 emitida por esa empresa, cuyo texto en lo pertinente es el siguiente: “...Asimismo, reconocemos que la transmisión del evento objeto de esta solicitud se encuentra amparado por la Ley N° 11.723...” (fs. 78).

De tal suerte, no es inapropiado concluir que al derecho de televisación adquirido por Cablevisión S.A. le era inherente el de autorizar o prohibir la retransmisión de sus emisiones (art. 13, inc. “a”, de la Convención de Roma de 1961; art. 14, párrafo 3º, del Acuerdo GATT-ADPIC, sección 1ª; Spector, H., ob. cit., ps. 1183/1184; Lipszyc, D., Derecho de autor y derechos conexos, Ediciones Unesco-Cerlac-Zavalía, Buenos Aires, 1993, p. 404), y que la difusión o retransmisión de las imágenes que eran objeto de ese derecho por terceros requería, en principio, del previo consentimiento de dicha empresa (art. 56, párrafo 4º, de la ley 11.723; Satanowsky, I., Derecho Intelectual, Buenos Aires, 1954, t. I, p. 411; Belluscio, A. y Zannoni, E., Código Civil y leyes complementarias, comentado, anotado y concordado, Buenos Aires, 2001, t. 8, p. 458, n° 11; Emery, M., Propiedad Intelectual – Ley 11.723, comentada, anotada y concordada con los tratados internacionales, Buenos Aires, 1999, ps. 256/257, n° 11).”

“En ese contexto, una primaria apreciación, despojada de otras connotaciones, conduciría a sostener que la utilización hecha en el programa “Desayuno” del día 28/11/2000 de imágenes del partido de fútbol adquiridas en condiciones de exclusividad por la actora, al violar el derecho conexo de propiedad intelectual que tenía sobre ellas, fue ilegítimo. Es que, como regla, quien retransmite contenidos audiovisuales de terceros sin autorización, realiza una actividad ilegítima, no porque interfiera técnicamente en la recepción de la señal por el público, ni porque compita deslealmente con quienes adquirieron de sus titulares la licencia para retransmitir, sino porque vulnera las facultades exclusivas aseguradas por la ley 11.723 (conf. Millé, A., Retransmisión de programas de televisión, Derecho de Alta Tecnología, Buenos Aires, noviembre 1991, año IV, n° 39, p. 18 y ss., espec. p. 21; Massini Ezcurra, M., Televisación y competencia desleal, ED t. 164, p. 241)”

“Ahora bien, en casos como el sub lite, para que el derecho de transmisión pública de noticias pueda ser ejercido, surge la necesidad de utilizar las imágenes como soporte o como cita de comentarios u opiniones. Y, en este sentido, resulta claro que así como un periódico o una revista tiene derecho a tomar y publicar fotografías de una representación teatral, musical, de danza o de cualquier deporte, para informar u opinar sobre ella, el mismo derecho tiene cualquier canal de televisión y cualquier programa de televisión de tomar imágenes de partidos para hacer posible la correspondiente transmisión pública de noticias, lo cual en el esquema de la ley 11.723 se enmarca en el denominado derecho de cita (conf. Cionfrini, E., ob. cit., p. 819, cap. III; Spector, H., ob. cit., p. 1193, cap. VI).”

“Como regla, el ejercicio del derecho de cita hace innecesaria toda autorización previa para proceder a la difusión de imágenes, máxime tratándose de información periodística; esa utilización es, además, también como regla, no remunerada (arg. art. 27 de la ley 11.723; Sata-

nowsky, I., ob. cit., t. I, p. 358; Belluscio, A. y Zannoni, E., ob. cit., t. 8, p. 382; Emery, M., ob. cit., p. 163).”

“Empero, el derecho de cita de que se trata no puede concebirse como absoluto o ilimitado, pues ello equivaldría a la negación misma del derecho intelectual involucrado pasivamente, especialmente cuando su explotación económica tiene caracteres de exclusividad. En este sentido, el derecho de cita supone su ejercicio regular, no abusivo (art. 1071 del Código Civil; Satanowsky; I., ob. cit., t. I, ps. 353/355), y particularmente cuando, como en el caso se trata, se lo vincula a acontecimientos de actualidad para hacerlos accesibles al público, está limitado a “... la medida justificada por el fin de la información...”, tal como lo expresa el art. 10, bis, ap. 2º, de la Convención de Berna, aprobara por ley 25.140 (conf. Lipszyc, D., ob. cit., ps. 234/235).”

“No obstante, durante la vigencia de esa ley de facto, en los medios audiovisuales prevalecía el criterio, nacido de la necesidad de adaptarse a lo dispuesto por la ley 11.723, según el cual en los programas de noticias donde se emitían imágenes de un evento deportivo de las cuales la emisora no era titular, la emisión de ellas no podía exceder los tres (3) minutos (conf. Martínez, H., ob. cit., p. 172).

“Para la misma época, la doctrina especializada entendía, precisamente, que un ejercicio razonable del derecho de cita por parte de la prensa televisiva, no podía dar lugar a una reproducción que excediera de tres (3) minutos por encuentro deportivo, respetando además la obligación legal de indicar el origen de las imágenes (conf. Spector, H., ob. cit., p. 1193, cap. VI).”

“En otras palabras, a pesar del vacío legal, imperaba la idea de que el derecho de cita aplicado a la información de eventos futbolísticos mediante la reproducción de imágenes ajenas, no era absoluto o ilimitado y se hallaba restringido a algunos minutos. Lo que es lógico pues, a la luz de la ley 11.723, desde antiguo se entiende que el derecho de cita en la reproducción de imágenes no debe abarcar sino una longitud razonable, más o menos equivalente a la extensión de los extractos que se insertan en la prensa (conf. Satanowsky, I., ob. cit., t. I, p. 359).”

“En situaciones como la precedentemente indicada, un uso de imágenes mayor a tres (3) minutos, no está aprehendido en el derecho de cita no remunerado ni exento de autorización que resguarda la ley 11.723.”

“De no ser así, el libre acceso a las imágenes sin retribución compensatoria despojaría a sus propietarios del contenido esencial de sus derechos, porque una cosa es el ejercicio del derecho de información y otra muy distinta ofrecer imágenes de un espectáculo que han sido cedidas en exclusiva a un tercero, siendo claro que extender lo primero a lo segundo es consagrar un desequilibrio entre el titular de unos derechos y el que desea obtener parte de los mismos, sin contraprestación”

“En el caso examinado, no parece dudoso que la utilización hecha en el programa “Desayuno” del 28/11/2000 de las imágenes del partido Boca Juniors vs. Real Madrid que, en exclusivi-

dad había adquirido la actora, excedió con creces al lapso de tres (3) minutos antes señalado. Y, aunque no se compartiera este último límite y se pensara incluso en alguno mayor, excedió cualquier otra utilización razonablemente proporcionada al fin informativo que se pretendía alcanzar.”

“En tal sentido, las imágenes puestas al aire ese día, acompañadas de comentarios del codemandado Víctor Hugo Morales, fueron mucho más que un breve extracto puesto al servicio de la noticia informativa. Lo hecho ese día fue, a todas luces, un ejercicio abusivo del derecho de cita permitido por la ley 11.723, pues lejos de haber tenido el pasaje de imágenes una longitud razonable, más o menos equivalente a la extensión de los extractos que se insertan en la prensa, se prolongó -en palabras del codemandado Metzger que se corroboran con la visualización del programa- por un total de 76 minutos (fs. 290).”

“Cabe observar, en este sentido, que el contenido esencial del derecho de información sobre un hecho tan noticiable como son los encuentros de fútbol se cumplimenta suficientemente dando noticia de lo que haya sucedido de interés en los mismos: sus resultados y, en todo caso, quiénes hayan marcado los goles. Eso es lo noticiable, sobre lo que se debe informar. Las imágenes restantes son puro y duro entretenimiento (conf. Terol Gómez, R., ob. cit., p. 357). Por ello, un razonable ejercicio del derecho de cita autorizado por la ley 11.723, debe circunscribirse a lo primero, pero no trasladarse a lo segundo. Si no fuera así, el derecho de cita pasaría a ser un derecho de reproducción total sin costo ni necesidad de autorización, lo que es inadmisibles.”

“Como lo señala la Convención de Berna -aprobada por ley 25.140- expresando un principio general aplicable a la materia, sólo son lícitas las citas que se hagan conforme a los usos honrados y en la medida justificada por el fin que se persiga (art. 10, inc. 1º)”

“El ejercicio del derecho de cita, en efecto, no puede asumir las proporciones de una reproducción similar en extensión o importancia a lo citado, pues en tal caso hay abuso, como lo hay siempre que se excede la lógica para tomar viso de especulación comercial (conf. Sata-nowsky, I., ob. cit., t. I, p. 354); extremo este último que en el caso sub lite parece incluso haber ocurrido, toda vez que según informó el peritaje contable de un monto de \$ 8.156,78 facturado por publicidad el día 28/11/2000 se pasó a uno de \$ 1.038.711,93 el día 30/11/2000 (fs. 860), y que de un rating promedio del programa “Desayuno” de 1.9 se pasó en la fecha del partido a uno de 9.1 (conf. informe de IBOPE de fs. 93).”

TEXTO COMPLETO:

En Buenos Aires, a 30 de junio de 2014, se reúnen los Señores Jueces de la Sala D de la Excelentísima Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial de la Capital Federal, con el autorizante, para dictar sentencia en la causa “CABLEVISION S.A. c/ METZGER EDUARDO JUAN Y OTROS s/ ORDINARIO”, registro n° 75490/2003,

precedente del JUZGADO N° 11 del fuero (SECRETARIA N° 22), donde está identificada como expediente N° 86.604/2003, en los cuales como consecuencia del sorteo practicado de acuerdo con lo previsto por el art. 268 del Código Procesal, resultó que debían votar en el siguiente orden, Doctores: Heredia, Dieuzeide, Vassallo.

Estudiados los autos la Cámara planteó la siguiente cuestión a resolver:

¿Es arreglada a derecho la sentencia apelada?

A la cuestión propuesta, el Señor Juez de Cámara, doctor Heredia dijo:

1º) Cablevisión S.A. promovió demanda contra los señores Víctor Hugo Morales y Eduardo Juan Metzger, así como contra ATC S.A. (en liquidación), con el objeto de que sean condenados a pagar "...la suma de \$ 472.000, con más sus intereses y costas o la suma que repare a Cablevisión los daños y perjuicios que los demandados le han causado, como consecuencia de la violación de los derechos exclusivos..." (fs. 46) que había adquirido para la transmisión del partido de fútbol por la Copa Intercontinental Europea, que se disputó en Tokio el 28/11/2000 entre los equipos de Boca Juniors y Real Madrid Club de Fútbol.

Al efecto, explicó que el 12/10/2000 el Club Atlético Boca Juniors Asociación Civil le había cedido en exclusividad, a cambio de un precio establecido en U\$S 1.068.687, los derechos de radio, televisión abierta, cerrada, paga o no, y cualquier otro medio o soporte audiovisual, correspondientes a la transmisión en vivo y en exclusiva del evento deportivo indicado, y que como consecuencia de la adquisición respectiva acordó la transmisión del partido por circuito cerrado (cable) con varios operadores del interior del país.

Asimismo, aclaró que el 24/11/2000 había llegado a acordar con ATC S.A. la (sub)cesión de los derechos de transmisión para la emisión del partido "en diferido" en el mismo día, en horas de la noche, para todo el país, excepto en la ciudad de Buenos Aires y en un radio de hasta 60 km., por el precio de \$ 370.000 más I.V.A.,

reservándose Cablevisión S.A. la posibilidad de comercializar la totalidad de la publicidad correspondiente a tal emisión por un valor estimado de \$ 472.000, todo lo cual, sin embargo, se frustró horas antes del partido pues la cesionaria rescindió el acuerdo de forma unilateral.

Sostuvo que llegado el día y hora del partido, el derecho de transmisión adquirido en exclusividad fue violado por los demandados, pues en el programa "Desayuno" que conducía el señor Morales y cuya co-producción estaba a cargo del señor Metzger y de ATC S.A., se procedió a reproducir, en directo y en vivo, utilizando la señal abierta de esta última, diversos pasajes del evento deportivo, con relatos intermitentes del citado conductor, en algunos momentos a media pantalla y en otros a pantalla completa.

Tildaron de ilícita la conducta de los demandados, tanto de ATC S.A. por haber rescindido unilateralmente y en forma intempestiva el acuerdo del 24/11/2000, como de dicha empresa y de los señores Morales y Metzger por haber violado el 28/11/2000 el derecho de transmisión exclusiva que había adquirido con relación al recordado partido de fútbol. Citaron normas legales que entendieron apoyar la demanda (46/54).

2º) ATC S.A. contestó demanda oponiendo una excepción de prescripción, negando y reconociendo lo que estimó pertinente, y argumentando que en el contrato que había suscripto el día 7/7/2000 con el codemandado Metzger, por el cual acordaron la realización del programa "Desayuno" con la conducción del señor Morales, se dejó aclarado que ATC S.A. no se responsabilizaría en modo alguno por los dichos del conductor, como así tampoco los de sus entrevistados, y que, además, quedaba eximida de cualquier reclamo que eventualmente se produjera basado en la supuesta titularidad de

derechos que se afectaren o violaren. De otro lado, pidió la citación en los términos del art. 94 del Código Procesal de Emprender Producciones S.A., como cesionaria de los derechos derivados del indicado contrato del 7/7/2000 (fs.170/175, espec. fs. 173 vta. y las citas de las cláusulas 15ª y 18ª del contrato referido).

Asu turno, también resistió la demanda el señor Eduardo Juan Metzger. Explicó, ante todo, que suscribió con ATC S.A. el contrato del 7/7/2000 para una sociedad anónima en formación de la que sería su socio y a la cual le cedería los derechos contractuales respectivos, extremo que a la postre cumplió a favor de la firma Va por Más S.A. y por lo cual, consiguientemente, no podía ser considerado legitimado pasivo a título personal, ya que no puede considerársele co-productor, junto con ATC S.A., del programa “Desayuno”. Desde tal perspectiva, articuló una excepción de falta de acción. Sin perjuicio de lo anterior, subsidiariamente contestó el escrito de inicio argumentando: I) que la decisión de transmitir el 28/11/2000 el partido Boca Juniors vs. Real Madrid obedeció a una “...voluntad de informar...” coincidente entre la productora Va por Más S.A., el señor Morales y ATC S.A., fundada en “...la prevalencia del derecho de los ciudadanos a ser informados respecto de un evento deportivo trascendental...” frente a “...toda proyección monopólica discriminatoria y excluyente...”; II) que la decisión de transmitir el partido de fútbol fue anticipada por el señor Morales en el programa “Desayuno” del día anterior 27/11/2000, sin que la actora practicara intimación alguna oponiéndose o requiriendo el cese de la transmisión; III) que al finalizar la emisión del día 28/11/2000 el señor Morales agradeció el apoyo que ATC S.A. había dado a la transmisión; IV) que lo transmitido el 28/11/2000 guarda distancia con lo que es normalmente la emisión de un partido de fútbol, ya que habiendo tenido una duración de

casi 100 minutos, se reprodujeron imágenes del evento, incluidos los entretiempos y festejo final, de 76 minutos, de los cuales sólo 3 minutos con cuatro segundos fueron a pantalla completa; el resto, unos 72 minutos, osciló entre la ocupación de un cuarto y un tercio de la pantalla y, a veces, las más, con pantalla dividida; V) que tal transmisión no tuvo aptitud causal para generar daños a la actora y que, en todo caso, él fue inexistente; VI) que ninguna de las personas físicas demandadas fue responsable de la ruptura del negocio que la actora dijo haber acordado con ATC S.A. el 24/11/2000, y que por ello no puede reclamárseles el pago de \$ 472.000 por pérdida de derechos publicitarios; VII) que la transmisión del partido hecha en el programa “Desayuno” del 28/11/2000 no pudo provocar ningún daño a Cablevisión S.A., especialmente ningún lucro cesante; VIII) que dicha transmisión preservó la paz social y mitigó la ira popular que derivaba del tratamiento excluyente, discriminatorio y monopólico al que Cablevisión S.A. sometía un acontecimiento de índole popular; IX) que se actuó en ejercicio del derecho a informar y del derecho al acceso de bienes culturales, los que son prevalentes; y X) que la situación planteada en autos es análoga a la regulada por la ley 25.342 (fs. 279/301).

De su lado, el señor Víctor Hugo Morales contestó demanda oponiendo una excepción de prescripción y sosteniendo: I) que fueron las autoridades de ATC S.A. las que decidieron poner en el aire, en un segundo plano, imágenes del partido de fútbol referido, y que fue también por resolución de ellas que la transmisión respectiva se prolongó finalizado el horario destinado al programa “Desayuno”; II) que, entonces, más allá de la conocida posición ideológica, pública y notoria, que personalmente tiene sobre la difusión por canales de aire de los partidos de fútbol de suma trascen-

dencia social, lo cierto es que en el caso “...la difusión de las imágenes del partido se trató de una decisión empresaria de las autoridades de la co-demandada ATC S.A...”: III) que su parte “...no posee facultades para decidir cuáles son las imágenes que se emiten y/o salen al aire, tampoco puedo impedir que las mismas se sigan emitiendo en el programa en razón de que mi tarea en el programa consiste en ser un mero conductor y/o presentador de noticias, imágenes e invitados, no pudiendo en mi carácter de dependiente del Canal oponerme a las decisiones que éste adopte...”; IV) que, consecuentemente, “...no puede atribuirse al suscripto responsabilidad alguna por la emisión de pasajes del partido referenciado..., ya que fueron las autoridades del canal las únicas responsables de la situación...”; V) que abona lo anterior el texto del contrato que suscribiera el 20/9/2000 con ATC S.A., por el cual pasó a desempeñarse como conductor de un programa diario de noticias, de lunes a viernes, de 7.00 a 9.00 hs., con vigencia entre el 30/8/2000 y el 30/12/2000, y según el cual quedaba comprometido a “...respetar y dar cumplimiento a las indicaciones que le curse la Dirección de Noticias de la EMPRESA en lo que respecta al cumplimiento de sus obligaciones...” (cláusula 5ª); y VI) que no es responsable tampoco por la rescisión unilateral que, según la actora, había formalizado ATC S.A. del contrato del 7/7/2000, por lo que no puede reclamársele la suma de \$ 472.000 (fs. 321/334).

A fs. 363/364 se difirió el tratamiento de las excepciones de prescripción y falta de acción opuestas, y se ordenó la citación como tercero de Va por más S.A.

Esta última empresa se presentó con un escrito titulado “Contesto Demanda” en el cual, ante todo, dijo asumir “...plenamente sus obligaciones como titular de la relación contractual res-

pecto de la producción del programa “Desayuno”...”, para después resistir el progreso de la acción con defensas sustancialmente idénticas a las del responde de Eduardo Juan Metzger (fs. 393/415).

A fs. 462 se desistió de la citación de Empprender Producciones S.A.

3º) La sentencia de primera instancia: I) desestimó las excepciones de prescripción opuestas por ATC S.A. y el señor Morales, con costas; II) rechazó la defensa de falta de acción (ausencia de legitimación pasiva) articulada por Eduardo Juan Metzger, con costas; III) admitió la demanda contra ATC S.A. y Eduardo Metzger, a quienes condenó a pagar la cantidad de \$ 842.000, intereses y costas; IV) rechazó la demanda incoada contra el señor Víctor Hugo Morales, con costas a la actora; y V) rechazó la demanda respecto de Va por Más S.A., con costas a cargo del codemandado Metzger (fs. 1124/1149).

Contra esa decisión apelaron Cablevisión S.A. (fs. 1183), el codemandado Eduardo Juan Metzger (fs. 1151) y ATC S.A. (fs. 1205). El codemandado Morales instruyó a su representación letrada no apelar la imposición de costas derivada del rechazo de la excepción de prescripción que opusiera, lo que así fue tenido presente (fs. 1210 y 1212).

El señor Metzger expresó agravios a fs. 1234/1239, con la finalidad de obtener su absolución de la demanda.

Otro tanto requirió ATC S.A. por las razones que informan su escrito de fs. 1250/1257, oponiendo a todo evento, para el caso de confirmación de su condena, la consolidación de la deuda en los términos de las leyes 23.982 y 25.344.

De su lado, Cablevisión S.A. presentó el memorial de fs. 1246/1249, con el objeto de que la condena se extienda al señor Víctor Hugo Morales.

Las apelaciones del señor Metzger y de ATC S.A. fueron resistidas por Cablevisión S.A. en fs. 1268/1275; y la de Cablevisión S.A. lo fue a fs. 1265/1266 por el codemandado Morales.

La Fiscal subrogante ante la Cámara declinó dictaminar por entender no comprometido un interés general, sino solamente intereses particulares (fs. 1281).

4º) Para comprender cabalmente cuál es el terreno en que se mueven los agravios de las partes, creo fundamental detallar los hechos del caso, tal como resultan de los videos ofrecidos como prueba, que el suscripto ha procedido a visualizar antes de redactar este voto.

Sigo en ello al criterio que se desprende interpretativamente del precedente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación registrado en Fallos 315:1943, considerandos 13º y 14º.

Al efecto, haré referencia al contenido de tales videos en sus aspectos más relevantes, señalando hora y minutos de las distintas partes del programa “Desayuno” según surgen del reloj que durante las emisiones podía verse abajo y a la izquierda de la pantalla.

(a) En el video correspondiente al día 27/11/2000, es decir, el del programa “Desayuno” de la jornada anterior al partido, puede verse al señor Víctor Hugo Morales, a la hora 7.01, anunciando lo que habría de ocurrir en la mañana siguiente. Sus palabras fueron:

“...Usted va a ver en nuestra pantalla también el partido, es decir, vamos a poner el partido

porque estamos abonados a Cablevisión, la empresa a la cual Macri vendió los derechos dejando a medio país boquense afuera de la posibilidad de ver el partido...Nunca vamos a hacer primeros planos, pues tienen derechos que naturalmente vamos a respetar...”.

Tiempo después, a las 8.50 hs., refiriéndose a lo mismo agregó:

“...de refilón, como decimos, vamos a estar mirando el partido (...), somos abonados a Cablevisión, por suerte...”.

Y minutos más tarde, a las 8.59 hs., vaticinó que la pantalla se haría famosa con la transmisión del partido Boca Juniors vs. Real Madrid.

(b) El 28/11/2000, la emisión del programa “Desayuno” comienza, en lo que aquí interesa, con los panelistas de la emisión, sentado al centro de ellos el señor Morales, y detrás un monitor ya conectado con la señal televisiva que provenía de Tokio.

Entre las 7.01 hs. y 7.02 hs., antes de iniciarse el partido, el señor Morales anuncia a la audiencia que podrá ver el partido a través del apuntado monitor y dice: “...lo van a poder mirar de refilón, a espiar...”.

A las 7.07 hs. se muestra en el referido monitor, quedando el conductor adelante, la salida de Boca Juniors al campo de juego.

La transmisión del programa sigue su curso mostrando, intermitentemente, el referido monitor.

A las 7.15 hs. el equipo argentino hace un gol y el hecho es mostrado, no ya a través del monitor, sino reproduciendo en primer plano las imágenes provenientes de Tokio a pantalla

entera. Esta modalidad se prolonga hasta las 7.17 hs., lapso en que se pasa la repetición del gol e imágenes de los festejos.

A las 7.20 hs. Boca Juniors hace un segundo gol. Nuevamente se lo informa haciendo uso de las imágenes originadas en Tokio, en primer plano y con pantalla entera.

Sin ningún tipo de imagen que lo acompañe, el señor Morales anuncia a las 7.22 hs. que "...vamos a seguir viendo el partido continuamente...".

A las 7.25 hs. el equipo Real Madrid convierte un gol. Se lo informa con imágenes puestas primero a media pantalla (izquierda), y después a pantalla entera.

El señor Morales alude a las 7.36 hs., con el monitor detrás suyo, a que se estaba "...mirando por una ventanita..." el partido.

A las 7.59 hs., la imagen del partido aparece a media pantalla izquierda, quedando el señor Morales a la derecha.

El primer tiempo culminó a las 8.01 hs.

En el video correspondiente al segundo tiempo del partido, puede verse lo siguiente:

A las 8.02 hs. se comenzó a dar imágenes a pantalla entera de los goles hasta ese momento logrados.

A las 8.03 hs., siguiendo la pantalla completa, dice el señor Morales: "...podemos seguir espiando el partido...". A las 8.11 hs. reiteró esa idea: "...para poder espiar..." el partido, dijo.

A las 8.18 hs. comenzó el segundo tiempo del partido. Entre tal hora y las 8.22 hs. aparecen

imágenes del partido, en pantalla dividida a la izquierda, entremezclándose sucesivamente en la otra mitad de la pantalla comentarios del señor Morales, noticia y un video clip.

Luego de una pausa, a las 8.25 hs. se retoma la imagen del partido, en pantalla dividida a la izquierda, situación que se mantiene hasta las 8.29 hs., en que brevemente se reemplaza la imagen del partido Boca Juniors vs. Real Madrid por la de un partido local anterior, en el marco de una entrevista al jugador Omar Assad.

Dentro del minuto antes citado, se retoma la imagen del partido desde Tokio en pantalla dividida y a la izquierda.

A las 8.30 hs. se pasa brevemente a pantalla completa, retornándose a la media pantalla en pocos segundos, situación que se mantiene hasta las 8.33 hs., momento en que el programa pasa a dar algunas noticias internacionales y locales.

Siendo las 8.36 hs., vuelven las imágenes del partido, en pantalla dividida a la derecha, quedando el conductor Morales a la izquierda.

A las 8.39 hs. el citado codemandado, siempre con imágenes del partido a pantalla dividida en la derecha, dijo lo siguiente:

"...Estoy viendo este partido en nombre de toda la gente que de alguna manera, aunque sea por esta ventanita, que es una manera naturalmente de dar un servicio, puede estar observando el partido...".

La emisión sigue de igual forma, con participación del señor Morales, hasta las 8.44 hs., en que se da una noticia relacionada con un desalojo.

A las 8.45 hs. vuelve la situación anterior: en pantalla dividida, el partido a la derecha, y el señor Morales a la izquierda.

A las 8.48 hs., misma situación, pero el conductor Morales es reemplazado por un video clip.

A las 8.50 hs., comienza propaganda publicitaria.

Vuelve a pasarse la imagen del partido, del mismo modo ya descrito (pantalla dividida a la derecha), a partir de las 8.53 hs.

Sin modificaciones a lo anterior, apareciendo el señor Morales en pantalla dividida a la izquierda, dijo a las 9.00 hs. lo siguiente:

“...Muchas gracias a las autoridades de canal 7 por comprender que finalmente, con cierta vocación de servicio, hemos podido acercar aunque sea la ilusión de partido a la gente que no lo podía ver...”.

Continúa todo de igual forma hasta las 9.04 hs., en que la imagen del partido pasa a reproducirse en pantalla completa, con audio del señor Morales.

Con este último formato de pantalla completa y audio del citado codemandado, termina el partido y segundos después la emisión del programa “Desayuno” de ese día.

(c) Corresponde observar que en el programa del 28/11/2000, el codemandado Morales, sin hacer un relato del partido de las características que le son notoriamente conocidas, deslizó no obstante, mientras se pasaban las imágenes, continuos comentarios generales sobre el juego, pudiendo incluso en ese contexto vérselo sugiriendo o pidiendo modos concretos de transmisión. Así, por ejem-

plo, a las 8.02 hs. sugirió que las pausas se acumularan para poder dar más continuidad a las imágenes del partido; y a las 8.19 hs. pidió mantener las imágenes a la espera de la ejecución de un tiro libre.

La emisión del 28/11/2000 se caracterizó, además, por una especie de in crescendo, pues inicialmente las imágenes del partido se veían en un monitor que estaba detrás del conductor Morales, pero poco a poco empiezan ellas a ponerse en primer plano para, especialmente en el segundo tiempo del partido, emitirse prácticamente con exclusividad imágenes de esa característica (en primer plano) a media pantalla, izquierda o derecha, y en menor medida a pantalla entera. Esta impresión es corroborada por la prueba testimonial (conf. declaración de Carlos F. Polimeni, fs. 646, repregunta 1ª).

(d) En el programa “Desayuno” del día 30/11/2000 se destacan las siguientes situaciones.

El conductor Morales leyó agradecimientos del público oyente por haber puesto al aire imágenes del partido a las 7.21 hs., 7.35 hs. y a las 7.48 hs., entremezclando comentarios referidos a la situación monopólica que, según su criterio, imperaba con relación a la transmisión de partidos de fútbol de la importancia del jugado el 28/11/2000.

A las 7.22 hs. y a las 7.39 hs. se pasaron imágenes de los goles y de momentos del partido desarrollado el día 28/11/2000, en ambos casos a pantalla entera.

A las 7.38 hs. el conductor Morales lee preceptos de la Ley de Radiodifusión entonces vigente, concluyendo que es responsabilidad del Estado Nacional que un partido llegue a todo el público.

5º) En su memorial de agravios el señor Metzger dijo:

“...ATC, durante el programa Desayuno, no transmitió el partido cedido por Boca Juniors a Cablevisión. Lo que hizo fue informar. La televisión pública informó (...) No emitió el producto vendido por Boca Juniors a Cablevisión. Emitió otro producto: mostró periodistas informando sobre diversos temas, también sobre el encuentro deportivo, con imágenes algunas plenas, otras truncas, todo ello enmarcado dentro del profundo debate que ya existía sobre las emisiones de fútbol (...) ATC emitió imágenes del encuentro, no emitió el partido. El partido es otra cosa (...) El programa ejerció el derecho de informar, a ser informado y el derecho de acceso a los bienes culturales...” (fs. 1236 y vta.).

Como se aprecia, el codemandado contrasta, como cosas distintas, el hecho de transmitir un partido de fútbol con el hecho de informar sobre su desarrollo, sosteniendo que fue esto último lo que ocurrió el 28/11/2000.

Dicho contraste no es inaceptable pues, en verdad, no puede equipararse la transmisión televisiva de un partido de fútbol (que supone el uso de pantalla completa; el relato del evento, jugada por jugada, a cargo de un locutor; comentarios periodísticos; entrevistas a personas vinculadas o de interés; etc.), con la captación de imágenes del acontecimiento deportivo con la finalidad de ofrecer información sobre los mismos.

Y, ciertamente, lo detallado en el considerando anterior muestra a las claras que en el programa “Desayuno” del 28/11/2000 no hubo una transmisión del partido Boca Juniors vs. Real Madrid del modo en que usualmente son difundidos televisivamente los eventos futbolísticos.

Sin embargo, lo que sí ocurrió fue que en dicho programa se utilizaron, sin autorización ni pago, las imágenes de ese evento que eran el objeto de los derechos que por vía de cesión y en exclusividad había adquirido Cablevisión S.A.

Metzger dice que ello se hizo con finalidad puramente informativa.

De lo que se trata es, entonces, de verificar si la utilización de tales imágenes, cuya explotación no tenía contractualmente acordada sino la actora, podía ser efectuada con tal finalidad informativa, sin autorización y de forma gratuita.

Tal es, en sustancia, el concreto conflicto de autos en su primera aproximación.

Un conflicto que enfrenta el derecho de Cablevisión S.A. a la utilización en exclusiva de imágenes por las que abonó una cuantiosa suma (conf. peritaje contable, fs. 747 vta.), frente al derecho de quien o quienes las utilizaron, sin pagar costo alguno, con el argumento de ejercer con ello el derecho de informar al gran público no suscriptor de los servicios televisivos por cable prestados por la actora o por otras operadoras de cable con las cuales esta última había trabado acuerdos para la emisión en directo del partido.

Veamos, pues, con más detenimiento los alcances de ese conflicto y su resolución a la luz de la ley, la doctrina y la jurisprudencia.

6º) Los clubes y ligas de fútbol, sobre todo en el último decenio del siglo XX, solicitaron y, en la mayoría de los casos, obtuvieron, grandes sumas por los derechos televisivos de retransmisión de sus partidos (conf. Crespo-Pérez, J., Breve aproximación a los derechos televisivos en el fútbol, Cuadernos de Derecho Deportivo,

Ad-Hoc, Buenos Aires, vol. 3, ps. 115/127, espec. p. 116).

Ello se logró a través de contratos de cesión de los derechos de retransmisión por televisión, en exclusiva, de los correspondientes encuentros, por parte de empresas de medios audiovisuales; derechos esos que del lado de éstas últimas están relacionados o son conexos con los derechos sobre el juego de fútbol (la representación, ejecución o realización del juego o espectáculo deportivo, propiamente dicho) y su organización, y que por tanto cuentan con la protección de la ley (conf. Cionfrini, E., El derecho de información, la libertad de expresión y los derechos sobre la transmisión de espectáculos por televisión – el caso de los partidos de fútbol, LL 2001-A, p. 811, espec. cap. II).

En efecto, los derechos de televisación sobre espectáculos deportivos adquiridos por empresas audiovisuales son derechos de propiedad intelectual que pertenecen al grupo de los llamados derechos conexos, y que gozan en el ámbito interno de la protección civil de la ley 11.723 y en el ámbito internacional de la tutela que brinda la Convención de Roma de 1961 aprobada por la ley 23.921, así como el Acuerdo GATT-ADPIC, aprobado por la ley 24.425 (conf. Spector, H., Naturaleza y alcance de los derechos de retransmisión por televisión de espectáculos deportivos, JA 2001-III, p. 1179, esp. cap. II; Martínez, H., La transmisión de los derechos deportivos – titularidad de los derechos de transmisión, en la obra colectiva dirigida por Etcheverry, A. y Pachecoy, S., “Servicios de Comunicación Audiovisual”, La Ley-UBA, Buenos Aires, 2010, p. 174).

La apuntada condición jurídica, valga señalarlo, fue reconocida por ATC S.A. con relación específica al partido de fútbol de que tratan estas actuaciones en la cláusula 5ª de la pro-

puesta contractual del 24/11/2000 emitida por esa empresa, cuyo texto en lo pertinente es el siguiente: “...Asimismo, reconocemos que la transmisión del evento objeto de esta solicitud se encuentra amparado por la Ley N° 11.723...” (fs. 78).

De tal suerte, no es inapropiado concluir que al derecho de televisación adquirido por Cablevisión S.A. le era inherente el de autorizar o prohibir la retransmisión de sus emisiones (art. 13, inc. “a”, de la Convención de Roma de 1961; art. 14, párrafo 3º, del Acuerdo GATT-ADPIC, sección 1ª; Spector, H., ob. cit., ps. 1183/1184; Lipszyc, D., Derecho de autor y derechos conexos, Ediciones Unesco-Cerlac-Zavalía, Buenos Aires, 1993, p. 404), y que la difusión o retransmisión de las imágenes que eran objeto de ese derecho por terceros requería, en principio, del previo consentimiento de dicha empresa (art. 56, párrafo 4º, de la ley 11.723; Satanowsky, I., Derecho Intelectual, Buenos Aires, 1954, t. I, p. 411; Belluscio, A. y Zannoni, E., Código Civil y leyes complementarias, comentado, anotado y concordado, Buenos Aires, 2001, t. 8, p. 458, n° 11; Emery, M., Propiedad Intelectual – Ley 11.723, comentada, anotada y concordada con los tratados internacionales, Buenos Aires, 1999, ps. 256/257, n° 11).

En ese contexto, una primaria apreciación, despojada de otras connotaciones, conduciría a sostener que la utilización hecha en el programa “Desayuno” del día 28/11/2000 de imágenes del partido de fútbol adquiridas en condiciones de exclusividad por la actora, al violar el derecho conexo de propiedad intelectual que tenía sobre ellas, fue ilegítimo. Es que, como regla, quien retransmite contenidos audiovisuales de terceros sin autorización, realiza una actividad ilegítima, no porque interfiera técnicamente en la recepción de la señal por el público, ni porque compita deslealmente con

quienes adquirieron de sus titulares la licencia para retransmitir, sino porque vulnera las facultades exclusivas aseguradas por la ley 11.723 (conf. Millé, A., *Retransmisión de programas de televisión*, Derecho de Alta Tecnología, Buenos Aires, noviembre 1991, año IV, n° 39, p. 18 y ss., espec. p. 21; Massini Ezcurra, M., *Televisación y competencia desleal*, ED t. 164, p. 241).

Pero la cuestión no es tan sencilla ni lineal porque, como se anticipó, al derecho de la actora cuyo contenido se acaba de describir, se opuso -según lo expresara el codemandado Metzger- el derecho a dar y recibir información, ejercido en un contexto muy especial como es el vinculado a un evento deportivo de importancia, bajo el argumento de la exclusión del gran público no suscriptor de los servicios de cable prestado por aquella o por empresas que le son vinculadas.

7º) No es discutible que a los demandados, cada uno desde su posición relativa como empresa, productor o periodista/conductor, le asiste el derecho de dar y recibir información.

En este sentido, la libertad de expresión que consagran en forma amplia los arts. 14 y 32 de la Constitución Nacional, contiene la de dar y recibir información (conf. CSJN, 15/4/1993, "Gutheim, Federico c/ Alemann, Juan", Fallos 316:703), y tal objeto ha sido especialmente señalado por el art. 13, inc. 1º, de la Convención Americana de Derechos Humanos, llamada Pacto de San José de Costa Rica, ratificada por la ley 23.054 (conf. CSJN, 12/3/1987, "Costa, Héctor Rubén c/ MCBA. y otros", Fallos 310:508), habiendo destacado al respecto la más alta autoridad judicial del país que la especial relevancia del derecho a dar y recibir información se hace aún más evidente con relación a la difusión de asuntos atinentes a la cosa pública o que tengan trascendencia para

el interés general (conf. CSJN, 2/7/1993, "Pérez Arriaga, Antonio c/ Arte Gráfica Editorial Argentina S.A.", Fallos 316:1623; íd. 17/12/1996, "Gesualdi, Dora Mariana c/ Cooperativa Periodistas Independientes Limitada y otros s/ cumplimiento ley 23.073", Fallos 319:3085, voto del juez Boggiano; íd. 22/12/1998, "Kimel, Eduardo G. y Singerman, Jacobo s/ art. 109 C. P.", Fallos 321:3596, voto de los jueces Fayt y Boggiano).

Desde luego, como una expresión positiva de ese derecho se encuentra el derecho a la transmisión pública de noticias (conf. Ekmejdjian, M., *Derecho a la información*, Buenos Aires, 1992, p. 39), que desde la mirada del periodismo supone el acceso a la información (conf. Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso "Kimel c/ Argentina", sentencia del 2/5/2008), bajo la idea de que con ello no solo está en juego un derecho individual, sino también el derecho social a la información de las personas que viven en un Estado Democrático (conf. CSJN, doctrina de Fallos 306:1892; 310:508; in re "Grupo Clarín S.A. y otros c/ Poder Ejecutivo Nacional s/ acción meramente declarativa", sentencia del 12/10/2013).

Ahora bien, en casos como el sub lite, para que el derecho de transmisión pública de noticias pueda ser ejercido, surge la necesidad de utilizar las imágenes como soporte o como cita de comentarios u opiniones. Y, en este sentido, resulta claro que así como un periódico o una revista tiene derecho a tomar y publicar fotografías de una representación teatral, musical, de danza o de cualquier deporte, para informar u opinar sobre ella, el mismo derecho tiene cualquier canal de televisión y cualquier programa de televisión de tomar imágenes de partidos para hacer posible la correspondiente transmisión pública de noticias, lo cual en el esquema de la ley 11.723 se enmarca en el denominado derecho de cita (conf. Cionfrini, E., ob. cit., p.

819, cap. III; Spector, H., ob. cit., p. 1193, cap. VI).

Como regla, el ejercicio del derecho de cita hace innecesaria toda autorización previa para proceder a la difusión de imágenes, máxime tratándose de información periodística; esa utilización es, además, también como regla, no remunerada (arg. art. 27 de la ley 11.723; Satanowsky, I., ob. cit., t. I, p. 358; Belluscio, A. y Zannoni, E., ob. cit., t. 8, p. 382; Emery, M., ob. cit., p. 163).

Empero, el derecho de cita de que se trata no puede concebirse como absoluto o ilimitado, pues ello equivaldría a la negación misma del derecho intelectual involucrado pasivamente, especialmente cuando su explotación económica tiene caracteres de exclusividad. En este sentido, el derecho de cita supone su ejercicio regular, no abusivo (art. 1071 del Código Civil; Satanowsky, I., ob. cit., t. I, ps. 353/355), y particularmente cuando, como en el caso se trata, se lo vincula a acontecimientos de actualidad para hacerlos accesibles al público, está limitado a "...la medida justificada por el fin de la información...", tal como lo expresa el art. 10, bis, ap. 2º, de la Convención de Berna, aprobada por ley 25.140 (conf. Lipszyc, D., ob. cit., ps. 234/235).

Llegado a este punto del análisis, bien se comprende la necesidad de determinar si la transmisión hecha en el programa "Desayuno" del 28/11/2000 con relación al partido de fútbol Boca Juniors vs. Real Madrid, excedió o no abusivamente el derecho de cita antes mencionado en el contexto de la finalidad informativa tenida en mira al ejercerlo y de la especial naturaleza del mencionado evento.

8º) En el día en que tuvo lugar el hecho examinado, todavía regía en nuestro país la Ley

de Radiodifusión nº 22.285 que no contenía ninguna disposición relacionada directa y claramente con la materia litigiosa. En su texto se hacía referencia a los casos de interferencia o interacción entre servicios de radiodifusión habilitados, pero en términos que podrían entenderse ajenos a la problemática de autos (art. 29, reglamentado por el art. 21 del decreto 286/81; Schifer, C. y Porto, R., Radiodifusión – marco regulatorio, El Derecho, Buenos Aires, 2007, ps. 116/117).

No obstante, durante la vigencia de esa ley de facto, en los medios audiovisuales prevalecía el criterio, nacido de la necesidad de adaptarse a lo dispuesto por la ley 11.723, según el cual en los programas de noticias donde se emitían imágenes de un evento deportivo de las cuales la emisora no era titular, la emisión de ellas no podía exceder los tres (3) minutos (conf. Martínez, H., ob. cit., p. 172).

Para la misma época, la doctrina especializada entendía, precisamente, que un ejercicio razonable del derecho de cita por parte de la prensa televisiva, no podía dar lugar a una reproducción que excediera de tres (3) minutos por encuentro deportivo, respetando además la obligación legal de indicar el origen de las imágenes (conf. Spector, H., ob. cit., p. 1193, cap. VI).

En otras palabras, a pesar del vacío legal, imperaba la idea de que el derecho de cita aplicado a la información de eventos futbolísticos mediante la reproducción de imágenes ajenas, no era absoluto o ilimitado y se hallaba restringido a algunos minutos. Lo que es lógico pues, a la luz de la ley 11.723, desde antiguo se entiende que el derecho de cita en la reproducción de imágenes no debe abarcar sino una longitud razonable, más o menos equivalente a la extensión de los extractos que se insertan

en la prensa (conf. Satanowsky, I., ob. cit., t. I, p. 359).

9º) La hoy vigente Ley de Medios Audiovisuales nº 26.522 llenó ese vacío legal con especificidades que guardan relación con lo anterior.

En efecto, tras asegurar el derecho de acceso universal -a través de los servicios de comunicación audiovisual- a los contenidos informativos de interés relevante y de acontecimientos deportivos, y de encuentros futbolísticos u otro género, esa ley dispone lo siguiente:

“...Art. 80. - Cesión de derechos. Ejercicio del derecho de acceso. La cesión de los derechos para la retransmisión o emisión, tanto si se realiza en exclusiva como si no tiene tal carácter, no puede limitar o restringir el derecho a la información. Tal situación de restricción y la concentración de los derechos de exclusividad no deben condicionar el normal desarrollo de la competición ni afectar la estabilidad financiera e independencia de los clubes. Para hacer efectivos tales derechos, los titulares de emisoras de radio o televisión dispondrán de libre acceso a los recintos cerrados donde vayan a producirse los mismos. El ejercicio del derecho de acceso a que se refiere el párrafo anterior, cuando se trate de la obtención de noticias o imágenes para la emisión de breves extractos libremente elegidos en programas informativos no estarán sujetos a contraprestación económica cuando se emitan por televisión, y tengan una duración máxima de tres (3) minutos por cada acontecimiento o, en su caso, competición deportiva, y no podrán transmitirse en directo...”

Como se aprecia, el art. 80 de la ley 26.522 (que en este punto reconoce fuente en el art. 2.1. de la ley española nº 21/1997 de 3 de julio, Reguladora de las Emisiones y Retransmisiones de Competiciones y Acontecimientos De-

portivos), se refiere al ejercicio del derecho de acceso a los estadios para elaborar extractos informativos, es decir, para obtener la noticia y generar la imagen con cámaras y elementos técnicos propios.

No se refiere el precepto, pues, a una situación como la de autos, de utilización de imágenes obtenidas por un tercero o de su titularidad para ser aplicadas a un uso informativo.

Empero, la solución para este último caso no puede ser distinta pues si el límite temporal de tres (3) minutos indicado existe cuando quien se vale de las imágenes es el que las ha tomado haciendo uso del derecho de acceso a los recintos deportivos cerrados, con igual y hasta tal vez con mayor razón la restricción debe existir si de lo que se trata es del aprovechamiento de imágenes que no son de obtención propia sino de origen ajeno, máxime si sobre ellas existen pactados derechos de exclusividad de uso.

De tal suerte, en situaciones como la precedentemente indicada, un uso de imágenes mayor a tres (3) minutos, no está aprehendido en el derecho de cita no remunerado ni exento de autorización que resguarda la ley 11.723.

De no ser así, el libre acceso a las imágenes sin retribución compensatoria despojaría a sus propietarios del contenido esencial de sus derechos, porque una cosa es el ejercicio del derecho de información y otra muy distinta ofrecer imágenes de un espectáculo que han sido cedidas en exclusiva a un tercero, siendo claro que extender lo primero a lo segundo es consagrar un desequilibrio entre el titular de unos derechos y el que desea obtener parte de los mismos, sin contraprestación (conf. Terol Gómez, R., Fútbol, televisión y derecho a la información (a vueltas con la ley 21/1997, de 3 de julio, re-

guladora de las emisiones y retransmisiones de competiciones y acontecimientos deportivos, Revista de Administración Pública – Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, vol. 158, p. 349 y ss., espec. p. 358).

10º) A esta altura, interesa observar que un conflicto de derechos como el que estrictamente plantean estas actuaciones ha sido resuelto por las normas comunitarias y jurisprudencia europeas con un alcance sustancialmente análogo al anticipado.

En efecto, la Directiva 2010/13/UE del Parlamento Europeo y del Consejo del 10 de marzo de 2010 sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas a la prestación de servicios de comunicación audiovisual (Directiva de servicios de comunicación audiovisual), cuyo antecedente inmediato es la Directiva Europea nº 65/2007 (fuente esta última también de nuestro art. 80 de la ley 26.522), estableció, en lo pertinente, lo siguiente:

“...Artículo 15º.- 1. Los Estados miembros velarán porque, a efectos de la emisión de breves resúmenes informativos, cualquier organismo de radiodifusión televisiva establecido en la Unión tenga acceso, en condiciones justas, razonables y no discriminatorias, a acontecimientos de gran interés público transmitidos en exclusiva por un organismo de radiodifusión televisiva bajo su jurisdicción. 2. Si otro organismo de radiodifusión televisiva establecido en el mismo Estado miembro que el organismo que pretende obtener el acceso ha adquirido derechos exclusivos sobre el acontecimiento de gran interés para el público, el acceso se solicitará a dicho organismo. 3. Los Estados miembros velarán por que se garantice dicho acceso, permitiendo para ello a los organismos de

radiodifusión televisiva seleccionar libremente extractos breves procedentes de la señal emitida por el organismo de radiodifusión televisiva transmisor indicando, a menos que resulte imposible por razones prácticas, como mínimo su origen. 4. Como alternativa al apartado 3, los Estados miembros podrán establecer un sistema equivalente que logre el acceso por otros medios, en condiciones justas, razonables y no discriminatorias. 5. Los extractos breves se utilizarán únicamente para programas de información general y solo podrán utilizarse en los servicios de comunicación audiovisual a petición si el mismo prestador del servicio de comunicación ofrece el mismo programa en diferido. 6. Sin perjuicio de lo dispuesto en los apartados 1 a 5, los Estados miembros velarán por que, de conformidad con sus ordenamientos y prácticas jurídicas, se determinen las modalidades y las condiciones relativas a la prestación de dichos extractos breves, en particular con respecto a cualesquiera acuerdos de contraprestación, la longitud máxima de los extractos breves y los límites de tiempo en lo que se refiere a su transmisión. Cuando se haya previsto una contraprestación por ellos, esta no superará los costes adicionales en los que se haya incurrido directamente por prestar el acceso...”.

La fundamentación jurídica de la solución aportada por el transcripto art. 15 de la Directiva 2010/13/UE fue expuesta en los Considerandos de esta última, de la siguiente manera (se transcribe lo pertinente):

“...(55) Para proteger la libertad fundamental de recibir información y garantizar la plena y adecuada protección de los intereses de los espectadores de la Unión Europea, quienes gocen de derechos exclusivos de radiodifusión televisiva sobre un acontecimiento de gran interés para el público deben conceder a otros organismos de radiodifusión televisiva el derecho a utilizar

extractos breves para su emisión en programas de información general en condiciones equitativas, razonables y no discriminatorias, y teniendo debidamente en cuenta los derechos exclusivos (...) Tales extractos breves podrían utilizarse en emisiones de radiodifusión que alcancen todo el territorio de la UE por cualquier canal, incluso los canales dedicados a los deportes, y no deben superar los 90 segundos (...) (56) Las prescripciones de la presente Directiva relativas al acceso a acontecimientos de gran interés para el público a efectos de la emisión de resúmenes breves de carácter informativo se entienden sin perjuicio de lo dispuesto en la Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información, y de los correspondientes convenios internacionales en materia de derechos de propiedad intelectual y derechos conexos...”.

La jurisprudencia de la Unión Europea ha examinado los alcances de la Directiva 2010/13/UE y su predecesora, en el aspecto indicado, en un caso que interesa sobremanera referir pues, entiendo, corrobora el resultado del balance de derechos que es menester realizar en autos para resolver con justicia.

Se trata del asunto C-283/11 “Sky Österreich GmbH c/ Österreichischer Rundfunk”, examinado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en sentencia del 22/1/2013.

Los antecedentes y la decisión adoptada fueron los siguientes.

La sociedad Sky Österreich GmbH (en lo sucesivo, «Sky») recibió la autorización del órgano regulador en materia de comunicaciones de Austria (Kommunikationsbehörde Austria,

en adelante KommAustria) para transmitir vía satélite la programación digital codificada denominada «Sky Sport Austria». Como consecuencia de ello, dicha sociedad adquirió, mediante contrato, los derechos de radiodifusión televisiva en exclusiva para Austria de los partidos de la Liga Europa durante las temporadas 2009/2010 a 2011/2012. Posteriormente, Sky y Österreichischer Rundfunk (en adelante ORF) celebraron un acuerdo relativo a la concesión a ORF del derecho a emitir breves resúmenes informativos sobre los partidos de fútbol de las indicadas temporadas.

En ese marco, ORF hizo una consulta a la KommAustria de la cual resultó: a) que, dado que Sky gozaba de derechos de radiodifusión televisiva en exclusiva, debía conceder a ORF el derecho a emitir breves resúmenes informativos, sin que ORF tuviera que abonar una remuneración que superara los costes adicionales en los que Sky hubiera incurrido directamente por prestarle acceso a la señal del satélite, costes que en este caso concreto eran nulos; b) al mismo tiempo, KommAustria determinó las condiciones para el ejercicio de dicho derecho por parte de ORF.

Contra esta resolución ambas partes presentaron recurso de apelación ante el Bundeskommunikationssenat, quien estimó que el derecho a emitir breves resúmenes informativos constituía una injerencia en el derecho de propiedad del organismo de radiodifusión televisiva que había adquirido contractualmente los derechos de radiodifusión televisiva en exclusiva. En tales circunstancias, el Bundeskommunikationssenat decidió plantear la cuestión al Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante TJEU).

En su sentencia del 22/1/2013 el TJEU recordó, ante todo, que el art. 17, apartado 1, de la

Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea establece que “...Toda persona tiene derecho a disfrutar de la propiedad de los bienes que haya adquirido legalmente, a usarlos, a disponer de ellos y a legarlos. Nadie puede ser privado de su propiedad más que por causa de utilidad pública, en los casos y condiciones previstos en la ley y a cambio, en un tiempo razonable, de una justa indemnización por su pérdida. El uso de los bienes podrá regularse por ley en la medida en que resulte necesario para el interés general...”.

A continuación hizo referencia a la Directiva 2010/13/UE. Observó que el art. 15, apartado 1, de la citada Directiva dispone que, a efectos de la emisión de breves resúmenes informativos, cualquier organismo de radiodifusión televisiva establecido en la Unión debe tener acceso a acontecimientos de gran interés público transmitidos en exclusiva por un organismo de radiodifusión televisiva; y que: a) según el apartado 3 del mismo artículo, dicho acceso quedaba garantizado, en principio, mediante la prestación de acceso a la señal emitida por el organismo de radiodifusión televisiva transmisor, pudiendo los demás organismos seleccionar libremente extractos breves procedentes de esa señal; b) según el apartado 6 que, cuando se haya previsto una contraprestación para el titular de los derechos de radiodifusión televisiva en exclusiva, ésta no superará los costes adicionales en los que se haya incurrido directamente por prestar acceso a la señal.

Interpretó, frente al apuntado marco normativo, que se planteaba como cuestión la de si las garantías que confiere el art. 17, apartado 1, de la Carta de Derechos Fundamentales se extienden efectivamente a los derechos de radiodifusión televisiva en exclusiva adquiridos por contrato, bajo la idea de que la protección que confiere dicho artículo no recae sobre meros

intereses o expectativas de índole comercial, cuyo carácter aleatorio es inherente a la esencia misma de las actividades económicas, sino sobre derechos con un valor patrimonial de los que se deriva, habida cuenta del ordenamiento jurídico, una posición jurídica adquirida que permite que el titular de tales derechos los ejercite autónomamente y en su propio beneficio.

Al respecto juzgó que los derechos de radiodifusión televisiva en exclusiva son derechos conferidos a título oneroso, mediante una estipulación contractual, a ciertos organismos de radiodifusión televisiva, permitiéndoles retransmitir determinados acontecimientos en exclusiva, lo que tiene como consecuencia excluir la posibilidad de que otros organismos de radiodifusión televisiva efectúen una retransmisión televisiva de cualquier tipo de tales acontecimientos. Por ello, correspondía considerar que esos derechos no constituyen meros intereses o expectativas de índole comercial, sino que están dotados de un valor patrimonial.

Ahora bien, el TJUE apreció que, al lado de lo anterior, a partir de la Directiva 2007/65 del 19 de diciembre de 2007, el Derecho de la Unión exige que se garantice el derecho de los organismos de radiodifusión televisiva a emitir breves resúmenes informativos relativos a acontecimientos de gran interés para el público sobre los cuales existen derechos de radiodifusión televisiva en exclusiva, sin que los titulares de tales derechos puedan exigir una contraprestación superior a los costes adicionales en los que hayan incurrido directamente por prestar el acceso a la señal (los que por hipótesis pueden ser nulos).

Teniendo en cuenta tal normativa de la Unión, concluyó que una cláusula contractual de otorgamiento de derechos de transmisión televisiva en exclusividad no confiere a un organismo

de radiodifusión televisiva una posición jurídica adquirida, protegida por el artículo 17, apartado 1, de la Carta de Derechos Fundamentales, que le permita un ejercicio autónomo de su derecho de retransmisión en el sentido de que pueda exigir una contraprestación superior a los costes adicionales en los que haya incurrido directamente por prestar acceso a la señal. En otras palabras, un titular de derechos de retransmisión televisiva en exclusiva de acontecimientos de gran interés para el público no puede invocar la protección del derecho de propiedad conferida por el artículo 17, apartado 1, de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

De seguido, también el TJUE examinó la cuestión a la luz del art. 16 de la mencionada Carta de Derechos Fundamentales, por el cual se dispone que "...se reconoce la libertad de empresa de conformidad con el Derecho de la Unión y con las legislaciones y prácticas nacionales...".

Aclaró que de conformidad con su propia jurisprudencia, la libertad de empresa no constituye una prerrogativa absoluta, sino que debe tomarse en consideración en relación con su función en la sociedad; y que con arreglo a esa jurisprudencia la libertad de empresa puede quedar sometida a un amplio abanico de intervenciones del poder público que establezcan limitaciones al ejercicio de la actividad económica en aras del interés general.

Con esa base de entendimiento, interpretó que el art. 15, apartado 6, de la Directiva 2010/13 no afecta al contenido esencial de la libertad de empresa, pues dicha disposición no impide el ejercicio de la actividad empresarial, en cuanto tal, del titular de los derechos de radiodifusión televisiva en exclusiva. En tal sentido, recordó que la comercialización en exclusiva de los acontecimientos de gran interés para el público

en la actualidad está en alza y puede limitar considerablemente el acceso del público a la información relativa a dichos acontecimientos. Desde este punto de vista, el artículo 15 de la Directiva 2010/13 pretende salvaguardar la libertad fundamental de recibir información, garantizada por el artículo 11, apartado 1, de la Carta, y fomentar el pluralismo en la producción y en la programación de noticias en la Unión, protegido por el apartado 2 del propio artículo 11. Es innegable, dijo, que la salvaguarda de las libertades protegidas por el artículo 11 de la Carta constituye un objetivo de interés general cuya importancia procede destacar, en particular, en una sociedad democrática y pluralista; y que dicha importancia es especialmente evidente en el caso de los acontecimientos de gran interés para el público.

Por tanto, juzgó que resultaba obligado reconocer que el artículo 15 de la Directiva 2010/13 persigue efectivamente un objetivo de interés general, y que en particular su apartado 6 resultaba apropiado para garantizar la consecución del objetivo perseguido, pues ofrece a todo organismo de radiodifusión televisiva la posibilidad de emitir efectivamente breves resúmenes informativos e informar así al público sobre acontecimientos de gran interés para éste que son comercializados en exclusiva, garantizando a estos organismos el acceso a tales acontecimientos. Ese acceso se les garantiza con independencia, por una parte, de su poder comercial y de su capacidad financiera y, por otra parte, del precio abonado para adquirir los derechos de radiodifusión televisiva en exclusiva, de las negociaciones contractuales con los titulares de dichos derechos y de la magnitud de los acontecimientos de que se trate.

Recordó que cuando están en juego varios derechos y libertades fundamentales protegidos por el ordenamiento jurídico, la valoración de si

una disposición del Derecho de la Unión resulta desproporcionada debe efectuarse respetando la necesaria conciliación de las exigencias relacionadas con la protección de distintos derechos y libertades y el justo equilibrio entre ellos; y que al establecer sus exigencias en cuanto a la utilización de los extractos de la señal, el legislador de la Unión ha velado por encuadrar con precisión el alcance de la injerencia en la libertad de empresa y el eventual beneficio económico que los organismos de radiodifusión televisiva pueden obtener de la emisión de un breve resumen informativo. En efecto, el artículo 15 de la Directiva 2010/13 dispone, en su apartado 5, que los breves resúmenes informativos sobre acontecimientos retransmitidos en exclusiva no pueden emitirse en cualquier tipo de programa de televisión, sino sólo en programas de información general. Además, de conformidad con ese mismo considerando y con el artículo 15, apartado 6, de la Directiva 2010/13, los Estados miembros deben determinar las modalidades y las condiciones relativas a la prestación de los extractos de la señal teniendo debidamente en cuenta los derechos de radiodifusión televisiva en exclusiva. A este respecto, de los apartados 3, 5 y 6 de dicho artículo y del referido considerando 55 se deriva que tales extractos deben, en particular, ser breves, y que su longitud máxima no debe superar los 90 segundos. Asimismo, los Estados miembros deben determinar los límites de tiempo en lo que se refiere a su transmisión. Por último, recordó el TJUE, los organismos de radiodifusión televisiva que emitan un resumen informativo deben indicar, con arreglo al mismo apartado 3, el origen de los extractos breves que utilicen en sus resúmenes, lo que puede tener un efecto publicitario positivo para el titular de los derechos de radiodifusión televisiva en exclusiva de que se trate.

11º) El marco ponderativo expuesto en los considerandos anteriores, permite extraer las

siguientes apreciaciones aplicables a la resolución del conflicto de derechos de que tratan estas actuaciones, estableciendo un adecuado balance entre ellos.

I. Que la protección que la ley 11.723 brinda a los derechos de televisación, como igualmente la que deriva de la libertad de empresa y de la posición jurídica ganada mediante los contratos que posibilitan su adquisición con carácter de exclusividad, debe ceder ante el derecho de dar y recibir información referente a eventos de interés general, como podría ser ciertos partidos de fútbol de carácter relevante.

II. Que, por ello, quienes tengan derechos exclusivos de radiodifusión televisiva sobre un acontecimiento de la indicada naturaleza, deben aceptar que otros organismos de radiodifusión televisiva utilicen extractos breves para su emisión en programas de información general.

III. Que en nuestro medio, antes de la sanción de la ley 26.522, lo mismo que bajo su vigor, esa utilización de imágenes ajenas no puede superar de un lapso razonable, proporcionado a la necesidad informativa, estimable en tres (3) minutos; lapso temporal, se advierte, incluso superior al del art. 15 de la recordada Directiva 2010/13 de la Unión Europea, fijado en 90 segundos.

IV. Que la utilización con ese límite temporal de derechos de televisación adquiridos en exclusividad, no está sujeta a remuneración alguna, salvo la que pudiera resultar, si existiera, de los costes adicionales en los que hubiera directamente incurrido el titular de esos derechos por prestar el acceso.

V. Que la utilización debe hacerse con indicación de quién es el titular de los derechos de televisación accedidos.

12°) En el caso examinado, no parece dudoso que la utilización hecha en el programa “Desayuno” del 28/11/2000 de las imágenes del partido Boca Juniors vs. Real Madrid que, en exclusividad había adquirido la actora, excedió con creces al lapso de tres (3) minutos antes señalado. Y, aunque no se compartiera este último límite y se pensara incluso en alguno mayor, excedió cualquier otra utilización razonablemente proporcionada al fin informativo que se pretendía alcanzar.

En tal sentido, las imágenes puestas al aire ese día, acompañadas de comentarios del codemandado Víctor Hugo Morales, fueron mucho más que un breve extracto puesto al servicio de la noticia informativa.

Lo hecho ese día fue, a todas luces, un ejercicio abusivo del derecho de cita permitido por la ley 11.723, pues lejos de haber tenido el pasaje de imágenes una longitud razonable, más o menos equivalente a la extensión de los extractos que se insertan en la prensa, se prolongó -en palabras del codemandado Metzger que se corroboran con la visualización del programa- por un total de 76 minutos (fs. 290).

Cabe observar, en este sentido, que el contenido esencial del derecho de información sobre un hecho tan noticiable como son los encuentros de fútbol se cumplimenta suficientemente dando noticia de lo que haya sucedido de interés en los mismos: sus resultados y, en todo caso, quiénes hayan marcado los goles. Eso es lo noticiable, sobre lo que se debe informar. Las imágenes restantes son puro y duro entretenimiento (conf. Terol Gómez, R., ob. cit., p. 357). Por ello, un razonable ejercicio del derecho de cita autorizado por la ley 11.723, debe circunscribirse a lo primero, pero no trasladarse a lo segundo. Si no fuera así, el derecho de cita pasaría a ser un derecho de reproducción

total sin costo ni necesidad de autorización, lo que es inadmisibles.

Como lo señala la Convención de Berna -aprobada por ley 25.140- expresando un principio general aplicable a la materia, sólo son lícitas las citas que se hagan conforme a los usos honrados y en la medida justificada por el fin que se persiga (art. 10, inc. 1°).

El ejercicio del derecho de cita, en efecto, no puede asumir las proporciones de una reproducción similar en extensión o importancia a lo citado, pues en tal caso hay abuso, como lo hay siempre que se excede la lógica para tomar viso de especulación comercial (conf. Santanowsky, I., ob. cit., t. I, p. 354); extremo este último que en el caso sub lite parece incluso haber ocurrido, toda vez que según informó el peritaje contable de un monto de \$ 8.156,78 facturado por publicidad el día 28/11/2000 se pasó a uno de \$ 1.038.711,93 el día 30/11/2000 (fs. 860), y que de un rating promedio del programa “Desayuno” de 1.9 se pasó en la fecha del partido a uno de 9.1 (conf. informe de IBOPE de fs. 93).

Por cierto, no importa que del apuntado total de 76 minutos de pasaje de imágenes, solamente 3 minutos con 4 segundos hubiera sido a pantalla completa y el resto, las más de las veces, en segundo plano a través de un monitor, o en primer plano a pantalla dividida, pues aun bajo las últimas formas de exposición no dejó de producirse el aprovechamiento de una propiedad intelectual ajena en una medida ilegal.

Tampoco importa que la emisión hubiera sido hecha indicándose que las imágenes provenían de la señal de Cablevisión S.A. La indicación de quién es el titular de los derechos televisivos no basta, por sí misma, para sostener la legitimidad del ejercicio del derecho de cita de

que se trata. Es una condición necesaria, pero no suficiente.

13º) Desde perspectiva afín pero distinta, interpreto que no hay motivos para excluir el juicio de ilicitud que acabo de hacer.

Veamos.

(a) La mención hecha en autos de la ley 25.342, promulgada el 3/11/2000, carece de relación directa e inmediata con la cuestión controvertida, por lo que su ponderación no incide en la decisión que corresponde adoptar.

Dicha ley se refirió exclusivamente a los derechos de transmisión televisiva de encuentros de fútbol con participación de la Selección Nacional Argentina (art. 1º).

Su objeto, en efecto, no fue reglar lo atinente a los derechos de transmisión de encuentros con participación de clubes de fútbol local, aunque se tratase de torneos internacionales, sino solo los de la apuntada selección (conf. De Bianchetti, A., La transmisión y televisación del espectáculo público deportivo, LL 2002-B, p. 993). Prueba cabal de ello es, aparte de su propio texto, que tras la sanción de la ley 25.342 el entonces COMFER solamente intimó a la actora y a otras empresas a emitir los encuentros de fútbol con participación de la Selección Nacional y no con intervención de clubes locales, tal como surge de resoluciones administrativas que pueden consultarse en la página web de la actual AFSCA (conf. Resolución n° 682/2001 sobre “Intimar a los licenciatarios Multicanal S.A. y Cablevisión S.A., a emitir los encuentros de fútbol detallados en el art. 1 de la Ley 25.342 por el servicio complementario que poseen”; Resolución n° 1266/2001 sobre “Intimar a las empresas licenciatarios Multicanal S.A. y Cablevisión S.A., para el cumplimiento de las

obligaciones, debiendo comercializar los derechos televisivos, para la televisación en abierto y directo de los partidos de la Selección de Fútbol”; y Resolución n° 1426/2001 sobre “Ordenar a Dayco Holding Ltd, Multicanal S.A. y Cablevisión S.A., transmitir en directo el partido correspondiente a las eliminatorias del Mundial Fútbol Corea-Japón 2002”).

La ley 25.342 es, pues, normativa ajena al sub lite.

(b) El decreto 1563/93 (BO del 26/7/93), vigente al tiempo del acontecimiento de autos, solamente estableció el derecho de los licenciatarios o autorizados de servicios de televisión “abierta” a adquirir, en condiciones normales de mercado, los derechos de transmisión adquiridos en exclusividad por parte de otros licenciatarios o autorizados referentes a torneos deportivos en los cuales participaran equipos representando a la República Argentina (art. 1º), lo que evidencia la inexistencia, al tiempo que aquí interesa, de norma alguna que exceptuara a los primeros del acatamiento a los límites referidos en el considerando 11º.

(c) La invocación de que Cablevisión S.A. actuaba monopólicamente, discriminando y excluyendo al gran público no suscriptor de sus servicios o de los prestados por las empresas con las que había hecho acuerdos para la transmisión del partido, no aporta un argumento concluyente contrario a lo desarrollado y concluido.

Es que la existencia de posición dominante no implica necesariamente transgresión al régimen de defensa de la competencia, lo cual ha sido incluso declarado jurisdiccionalmente con relación a los partidos de fútbol que transmitía Cablevisión S.A. por cable “codificado” (conf. CNPen.Econ., Sala B, 29/8/2003, “VCC S.A.;

Multicanal S.A.; Cablevisión TCI S.A. y otros s/ infracción a la ley 22.262 – Ministerio de la Producción – Secretaría de Competencia – expediente n° 064002331/99”, fallo transcrito in extenso por Martínez, H., ob. cit., ps. 182/202).

Aparte de ello, los derechos de propiedad intelectual de cuya extensión y ejercicio se trata en autos, son, por definición, derechos de exclusión y, por ende, instrumentos jurídicos utilizados típicamente para restringir la competencia en un cierto mercado. Justamente la función de los derechos de propiedad intelectual es restringir la competencia en el mercado de bienes y servicios (conf. Spector, H., ob. cit., p. 1191), extremo que, valga señalarlo, no ha sido negado por el recordado art. 15 de la Directiva 2010/13/UE en cuyos Fundamentos, ya transcritos por este voto, puede leerse que lo atinente al acceso a acontecimientos de gran interés para el público a efectos de la emisión de resúmenes breves de carácter informativo, se entiende sin perjuicio de la armonización de los aspectos relacionados con los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información.

(d) No ignora el suscripto que la falta de transmisión por un canal “abierto” de un partido de fútbol como el disputado el 28/11/2000, pudo ser percibida como una injusta exclusión discriminatoria y contraria al interés del gran público no suscriptor de los servicios audiovisuales prestados por la actora.

De hecho, en esa línea de pensamiento, cabe recordar un proyecto de ley presentado en el año 2002 por los entonces diputados Ricardo Quintela, Eduardo A. Menem y Oscar F. González, por el cual se propiciaba una apertura en la materia, y en cuyos fundamentos puede leerse una crítica a la “...metodología abusiva de sus derechos que ejercen las empresas

mediáticas autorizadas a actuar en el territorio nacional como ya ocurriera con...los partidos disputados por Boca Juniors al intentar ganar la copa del mundo de equipos profesionales, cuando se transmitió solo por el Grupo Cablevisión, tanto como el que enfrentó al xeneize con el Real Madrid..., discriminándose a las personas...” (conf. Honorable Cámara de Diputados de la Nación, expediente: 8039-D-2001, publicado en Trámite Parlamentario n° 219, Fecha: 05/02/2002).

Empero, tengo para mí que en un Estado de Derecho, frente a situaciones que subjetivamente pudieran percibirse como injustas, el camino a seguir no es el ejercicio de vías de hecho con aptitud para desconocer ilícitamente derechos de terceros, sino petitionar a las autoridades para que la injusticia cese (art. 14 de la Constitución Nacional). En ese reprochable esquema se insertó, ciertamente, lo ocurrido en el programa “Desayuno” del 28/11/2000 cuando, según las palabras del señor Metzger, se eligió “...quebrar parcialmente el cepo que imponía Cablevisión...” (fs. 1236), o según las palabras del señor Morales se colocó una “ventanita” para que se pudiera “espíar” el partido.

Y aunque las intenciones que determinaron lo anterior pudieran, acaso, haber sido buenas, no justificaban ellas el ataque a derechos ajenos, fuera de todo proceso legal, que tuvo lugar ese día en perjuicio de la actora.

Es que el art. 19 de la Constitución Nacional establece el principio general que prohíbe a los hombres perjudicar los derechos de un tercero: alterum non laedere, que se encuentra entrañablemente vinculado a la idea de reparación. A ello se yuxtapone la reglamentación que hace el Código Civil (arts. 1109 y 1113) que, en cuanto a las personas y las responsabilidades consecuentes no las arraiga con carácter exclusivo

y excluyente en el derecho privado, sino que expresa un principio general que regula cualquier disciplina jurídica (conf. CSJN, 2/3/1993, “Radiodifusora Buenos Aires SA. c/ Formosa, Provincia de (Subsecretaría de Comunicación Social) s/ cobro de australes”, Fallos 316:225; íd. 1/2/2002, “Gorosito, Juan Ramón c/ Riva S.A. y otro s/ accidentes art. 1113 C.C. - daños y perjuicios”, Fallos 325:11; íd. 30/3/2004, “Morea, Mariana Marcela c/ E.N. - M° Justicia y DDH - SPF s/ daños y perjuicios”, Fallos 327:857; íd. 21/9/2004, “Aquino, Isacio c/ Cargo Servicios Industriales S.A. s/ accidentes ley 9688”, Fallos 327:3753; íd. 5/6/2007, “Ramírez, Juan Carlos c/ E.B.Y. s/ daños y perjuicios”, Fallos 330: 2548; entre otros).

(e) Tampoco se ignora que la ley 26.522 consagró una mayor amplitud del derecho al acceso de contenidos audiovisuales relacionados con los encuentros de fútbol, encomendando al Poder Ejecutivo Nacional la adopción de medidas reglamentarias para que el ejercicio de los derechos exclusivos de retransmisión o emisión televisiva, no perjudique el derecho de los ciudadanos a seguir dichos acontecimientos en directo y de manera gratuita, en todo el territorio nacional (art. 77); y que en ejecución de ello la Autoridad Federal de Servicios de Comunicación Audiovisual -AFSCA- dictó la Resolución n° 981 del 22/8/2013, en cuyo anexo se enumeran diversos eventos de importancia análoga a la que tuvo la Copa Intercontinental en cuyo marco se disputó el partido Boca Juniors vs. Real Madrid del 28/11/2000.

Empero, esa mayor amplitud hoy existente, no estaba en la letra de la legislación vigente aquél día y, por tanto, no podría ser invocada para excluir la ilicitud de que se trata. Es que en materia de actos ilícitos civiles, la ley nueva no puede modificar los efectos jurídicos de los hechos sucedidos con anterioridad a su vigor,

o cambiar con respecto a dichos actos su calificación legal, en cuanto generadora de derechos y obligaciones (conf. Aguiar, H., Hechos y Actos Jurídicos – Actos Ilícitos, Buenos Aires, 1936, t. II, p. 106, n° 23; Salvat, R. y Acuña Anzorena, A., Tratado de Derecho Civil Argentino, Buenos Aires, 1958, t. IV [Fuentes de las Obligaciones – Hechos Ilícitos], p. 363, n° 3031; Alterini, A., Responsabilidad civil, Buenos Aires, 1974, p. 42, n° 43; Borda, G., La reforma de 1968 al Código Civil, Buenos Aires, 1971, p. 54, n° 27, “a”).

f) En fin, la ilicitud de que se trata no puede erradicarse por el hecho de que, en conocimiento de la situación, Cablevisión S.A. se abstuviera de intimar oponiéndose a la transmisión o reclamando su cese. Ello es así, por cuanto aparte de que la actora no estaba obligada a cursar intimación alguna, su silencio no puede ser interpretado como un consentimiento o falta de oposición suya a la producción del ilícito. Y, aun si no se compartiera lo anterior, porque el consentimiento de la víctima no es elemento relevante para alterar la responsabilidad del autor del daño, pues el régimen de los actos ilícitos es de orden público y no está sujeto a la regulación de los particulares (conf. Llambías, J., Tratado de Derecho Civil – Obligaciones, Buenos Aires, 1973, t. IV-A, p. 676, n° 2255).

14°) Definida la ilicitud de lo ocurrido el 28/11/2000 en el programa “Desayuno”, corresponde examinar la suerte que toca a cada uno de los demandados frente a ello.

Comienzo por ATC S.A.

En su expresión de agravios esta empresa plantea su irresponsabilidad con base en la cláusula 18ª del contrato que suscribiera con el codemandado Metzger el 7/7/2000.

El texto de esa cláusula es el siguiente:

“...Reclamos de Terceros. La PRODUCTORA declara poseer los derechos suficientes para celebrar el presente contrato, debiendo presentar, previo a su firma, la documentación que acredite su titularidad. Consecuentemente, garantiza a ATC que no se verá perturbada en el uso y goce pacífico de los mismos; en el supuesto de recibir la emisora reclamos de terceros basados en la supuesta titularidad de esos derechos, procederá a comunicar tal circunstancia a LA PRODUCTORA a efectos de que ésta asuma la responsabilidad que le quepa...” (fs. 275).

El juez a quo no solo concluyó que la transcripta cláusula aprehendía una situación fáctica ajena al caso examinado, sino que además afirmó que ella era inoponible a la actora (fs. 1140 vta.).

Lo expuesto por el magistrado es correcto.

(a) La cláusula, en efecto, se refiere a otro marco fáctico.

Mediante ella el señor Metzger garantizó a ATC S.A. la propiedad de los derechos intelectuales, el nombre y características del programa “De-sayuno” cuyos derechos de exhibición, como productor, le cedía a la emisora de acuerdo a la cláusula 19^a, asumiendo la responsabilidad por cualquier reclamo de terceros que hubiera al respecto.

Así lo expone, con razón, Cablevisión S.A. al contestar agravios (fs. 1270).

De ninguna manera la cláusula 18^a tiene el alcance pretendido de establecer una irresponsabilidad de ATC S.A. por hechos como el de autos.

Las generalidades expuestas por ATC S.A. referentes a las reglas de interpretación de los contratos, a la necesidad de una interpretación contextual o sistémica, económica y que pondere la buena fe negocial, son estériles para negar lo que surge de la letra misma de la citada cláusula.

Es que la exégesis contractual, como lo ha señalado la Corte Suprema de Justicia de la Nación, se agota cuando los términos o expresiones empleados en un contrato son claros y terminantes, sin que resulte necesaria una labor hermenéutica adicional (conf. CSJN, 27/12/96, “Kerestegian de Mamprelan, Marietta c/ Kerestegian, Nazaret s/ escrituración”, Fallos 319:3395; íd. 19/8/99, “Francisco Sguera SA. c/ Estado Nacional - Dirección Nacional de Transportes Marítimos y Fluviales s/ cumplimiento de contrato”, Fallos 322:1546; íd. 6/3/01, “Punte, Roberto Antonio c/ Neuquén, Provincia del s/ cumplimiento de contrato”, Fallos 324:606).

(b) A todo evento, si por hipótesis esa cláusula tuviera la significación pretendida por ATC S.A., esto es, la de mantenerla indemne frente a un reclamo como el de autos (lo que se niega), sería ella inoponible a Cablevisión S.A., toda vez que lo acordado en ese sentido sería “res inter alios acta” respecto de esta última (arts. 1195 y 1199 del Código Civil; CNCom. Sala D, 22/6/10, “Tevycom Fapeco SA c/ Conevial Infraestructura y Servicios SA s/ ordinario”, considerando 6º; íd Sala D, 3/9/2010, “Rey, Armando Víctor c/ Palese, Jorge Luis y otro s/ ordinario”, considerando 8º; Favier Dubois, E. (p) y Favier Dubois, E. (h), Las cláusulas de indemnidad en los acuerdos comerciales, cap. 4, ap. 7º, en Errepar DSE, nº 266, tomo XXII, enero 2010, p. 5, cap. 8, pto. “d”).

(c) Además, las cláusulas del contrato del 7/7/2000, dan cuenta de una verdadera asocia-

ción con fines comunes entre la productora y la emisora, que no pueden desligar a esta última de las consecuencias perjudiciales provocadas por el suceso (conf. CNCiv. Sala H, 21/2/2011, “S. L. J. c/ América Televisión S.A. y otros s/ ordinario - daños y perjuicios”, considerando V).

(d) La responsabilidad de ATC S.A. tiene fundamento, en fin, por su carácter de dueño de la cosa -las ondas por las que se hizo la transmisión- (conf. CNCiv. Sala A, 3/4/89, “Alvelo Hernández de Montes c/ Canal 12 Río de la Plata y otro”, JA 1989-II, p. 519), o bien por el hecho del otro sobre el cual debió ejercerse un control (conf. Kemelmajer de Carlucci, A., Daños causados por los dependientes, Buenos Aires, 1992, ps. 95/96, con estricto tratamiento de la situación referente a los canales de televisión).

En suma, en este aspecto, el recurso de ATC S.A. no merece acogida.

15º) El aspecto central de los agravios propuestos por el codemandado Metzger en lo que hace a la verificación de la ilicitud denunciada por la actora, ha sido ya examinado en los considerandos 5º a 12º de este voto.

Cabe aquí señalar, todavía, para dar conclusión al tratamiento de sus quejas sobre el fondo del asunto, lo siguiente.

El productor es la persona responsable del proceso de operaciones por las que se gestionan y organizan secuencialmente los contenidos sonoros o audiovisuales, para configurar una señal, programa o producto audiovisual (conf. Memelsdorff, J., Barrenechea, A. y de Zavalía, F., Las productoras de contenidos – Los contratos artísticos – Régimen de derechos, en la obra colectiva dirigida por Etcheverry, A. y Pachecoy, S., “Servicios de Comunicación Audiovisual”, La Ley-UBA, Buenos Aires, 2010, p.

205 y ss., espec. p. 218). Es el que organiza el trabajo técnico, industrial y artístico concerniente a la realización material e intelectual de la obra. La concibe y la crea, desarrolla todas las actividades indispensables para que se exteriorice y se lo menciona en calidad de tal en el título. Aparece por un lado como un hombre de negocios, es el jefe de una empresa. Por otra parte, cumple una actividad artística e intelectual. Su vigilancia, capacidad de trabajo y previsión son extraordinarias. Su presencia es indispensable (conf. Satanowsky, I., t. I, p. 232, nº 151).

En las condiciones que anteceden, no puede exculparse el señor Metzger afirmando que el poder de decisión de emitir imágenes lo tenía mayormente ATC S.A., a quien debe tenerse como primera responsable de todo aquello que se pone en el aire (fs. 1237). Esto es así, pues su condición de productor, así presentado incluso por una voz en off al inicio del programa “Desayuno”, con clara posibilidad de injerencia en el formato de cada emisión, lo hacía personalmente responsable de los contenidos audiovisuales transmitidos, en conjunción con la empresa televisiva (conf. doctrina de los siguientes fallos: CNCiv. Sala H, 21/2/2011, “S. L. J. c/ América Televisión S.A. y otros s/ ordinario - daños y perjuicios”, considerando V; CNCiv. Sala E, 27/8/2012, “O. M. G. c/ Grinstein, Marisa Ivonne y otros s/ daños y perjuicios”).

16º) La sentencia de primera instancia absolvió de la demanda al señor Víctor Hugo Morales.

Ello agravia a la actora pues: I) el fallo fue autocontradictorio, ya que rechazó la demanda contra el señor Morales después de haber destacado la participación protagónica que tuvo en los hechos; II) no tuvo debidamente en cuenta las palabras del citado codemandado pronunciadas el 27/11/2000, el mismo día del partido

y los subsiguientes, de las cuales se infiere que conocía la ilegalidad del acto, supo con anticipación su ocurrencia, avaló su comisión y alentó al televidente a ver las imágenes ilícitamente captadas; III) es arbitraria la apreciación que la sentencia recurrida hizo de la prueba confesional absuelta por la actora; IV) ni los contratos agregados a los autos, ni las declaraciones testimoniales rendidas, son suficientes para contrarrestar lo que surge de aquellas palabras pronunciadas por el señor Morales; V) no se ponderó adecuadamente que del ilícito el señor Morales obtuvo un usufructo personal directo en cuanto a su imagen, e indirecto en término de ganancias para sus empleadores que se tradujo en beneficio también propio (fs. 1246/1249).

Entiendo que corresponde dar la siguiente respuesta.

Creo importante destacar, ante todo, que es la propia recurrente la que califica al señor Morales como un dependiente, al decir que él fue artífice de un beneficio económico "...para sus empleadores..." (fs. 1248 vta.). De esta manera, pues, la actora coincide con el citado codemandado en cuanto reiteradamente destacó en autos que el 28/11/2000 actuó simplemente como dependiente del canal o de la producción al conducir el programa "Desayuno".

De tal aceptada premisa, sin embargo, no puede extraerse sin más una decisión favorable a la absolución del señor Morales, pues en nuestro derecho la responsabilidad del comitente no excluye la personal que eventualmente cupiera al dependiente, siendo la forma de asumir esa eventual responsabilidad la propia de las obligaciones concurrentes, indistintas o in solidum (art. 1122 del Código Civil; Belluscio, A. y Zannoni, E., ob. cit., t. 5, ps. 662/663; Llambías, J., ob. cit., t. IV-A, ps. 240/242, n° 2444; Bueres,

A. y Highton, E., Código Civil y normas complementarias – análisis doctrinal y jurisprudencial, Buenos Aires, 2005, t. 3-B, ps. 166/167, n° 2; Cifuentes, S. y Sagarna, F., Código Civil, comentado y anotado, Buenos Aires, 2011, t. II, ps. 838/839).

Corresponde, pues, examinar si existe mérito para establecer una responsabilidad personal del citado codemandado.

(a) Como se dijo, el señor Morales afirmó reiteradamente su condición de dependiente que se limitó a cumplir órdenes.

En concreto, al contestar demanda dijo que el día 28/11/2000 condujo el programa "...bajo las directivas de las autoridades del Canal..." y que "...la difusión de las imágenes del partido se trató de una decisión empresaria de las autoridades...". Aseveró también en esa oportunidad que actuó como "...un mero conductor y/o presentador de noticias, imágenes e invitados...", y que no tenía la posibilidad de oponerse a las decisiones que las autoridades del canal adoptasen, las compartiera o no en su fuero interior. A su juicio, entonces, fueron "...las autoridades del canal las únicas responsables de la situación que se plantea en autos..." (fs. 329).

Al alegar el señor Morales modificó su defensa, pues ya no atribuyó sólo responsabilidad al canal, sino que también se la achacó al codemandado Metzger (fs. 945: "...episodio que sólo pudo pasar por la conjunta responsabilidad de ATC y de Metzger...").

Al contestar agravios ante esta Alzada sus apoderados dijeron, en fin, que "...el Sr. Morales no hizo más que acatar las órdenes recibidas de ATC y de su productor, de acuerdo a los términos del contrato que los unía..." (fs. 1266).

(b) Es de observar que, en contraposición al relato efectuado por el señor Morales en sus distintas presentaciones, el entonces director de programación de ATC S.A. dijo en una nota enviada tras los sucesos a la actora que "... La decisión de reproducir imágenes del partido Boca-Real Madrid por la final Intercontinental, fue tomada en un momento en el que, por el horario de trabajo, no se encontraba en el canal ningún directivo, y por cierto tampoco fuimos consultados vía telefónica de tal iniciativa. De haberlo hecho, nos hubiéramos negado rotundamente, ya que no teníamos ninguna intención de hacerlo, conociendo la exclusividad de los derechos por ustedes obtenidos. Aprovecho para aclarar que una frase del conductor dicha en el programa, en la que agradecía a las autoridades del canal la posibilidad de haber mostrado tales imágenes, corren exclusivamente por su cuenta dado que dicha autorización jamás fue tramitada y mucho menos conferida..." (fs. 90).

A su turno, dando otra versión diferente de las anteriores, el codemandado Metzger expuso al contestar demanda "...que la voluntad de informar ampliamente acerca del partido Boca Juniors Vs. Real Madrid..., fue coincidente entre la productora Va x más S.A., el señor Víctor Hugo Morales y ATC S.A. pues todos ellos concordaban..."; y como elemento que juzgó corroborante del entendimiento que existía entre los otros codemandados destacó a continuación que "...ATC S.A. apoyó la transmisión, extendió el horario de "Desayuno" en varios minutos, circunstancia que suscitó el expreso agradecimiento del señor Víctor Hugo Morales al terminar el programa..." (fs. 288).

(c) Como se aprecia, a la hora de recibir el reclamo de Cablevisión S.A. los tres codemandados adoptaron actitudes excluyentes entre sí: I) el señor Morales dijo que la decisión fue de

ATC S.A. y de Metzger, y que la obedeció sin posibilidad de oposición suya en el marco de la relación de dependencia que lo vinculaba; II) ATC S.A. sostuvo no haber tomado ninguna decisión, ni haber siquiera sido consultada; y III) el codemandado Metzger aseveró que hubo una decisión colectiva de la que participaron activamente el señor Morales y ATC S.A.

Este lamentable panorama de posturas contrapuestas (especialmente poco creíble en la versión de ATC S.A., ya que no puede esta última alegar sorpresa de lo ocurrido, cuando el 27/10/2000 se anticipó en el curso del programa "Desayuno" que al día siguiente se pondrían al aire imágenes del partido), que proviene de quienes por haber sido protagonistas inmediatos de lo ocurrido debería haber mostrado una versión unívoca de los hechos o al menos más concordante, fue superado por el juez a quo en sentido favorable al señor Morales al ponderar: I) que en razón de su negativa a responder debía tenerse a la actora por confesa en cuanto a que tal codemandado solamente había sido el conductor del programa "Desayuno" en el marco de una relación de dependencia con ATC S.A. y la producción; II) que de los contratos de fs. 163/169 y 303/306 surgía que la producción del programa era de Metzger y que Morales era su mero conductor; III) que las declaraciones testimoniales habían corroborado que el señor Morales recibía indicaciones de la producción, no participaba en esta última y solo ejecutaba órdenes, no teniendo voz ni voto (fs. 1445 vta./1146).

Aunque Cablevisión S.A. sostiene que la sentencia incurrió en arbitrariedad al ponderar las probanzas precedentemente enumeradas, personalmente no entiendo que la hubiera, especialmente ponderando lo que efectivamente surge de la prueba testimonial citada por el juez a quo, la endeble crítica ensayada sobre

ella a fs. 1248 y vta., y la posibilidad, por consecuencia de lo anterior, de también computar en los términos del art. 417 del Código Procesal la confesión prestada por la actora (conf. Fenochietto, E. y Arazi, R., Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, comentado y concordado, Buenos Aires, 1993, t. 2, ps. 415/417, n° 5).

De tal suerte, tengo como “formalmente” probado que el señor Víctor Hugo Morales efectivamente obedeció órdenes de sus superiores ATC S.A., de Eduardo J. Metzger o de ambos, en el sentido de proceder a la emisión el día 28/11/2000 de las imágenes del partido Boca Juniors vs. Real Madrid cuyos derechos exclusivos de televisión pertenecían a la actora.

Pues bien, a mi modo de ver, aun a la luz de lo anterior, la situación del citado codemandado no es de inocencia.

(d) La obediencia debida como causa de eximición de responsabilidad no puede ser invocada en la relación jerárquica que existe entre un empleado o dependiente con relación a su comitente o principal.

En efecto, una orden del patrón, empleador o comitente, no justifica en modo alguno la comisión de un acto ilícito por parte del empleado o dependiente (conf. Planiol, M. y Ripert, G., Tratado Práctico de Derecho Civil Francés, Cultural S.A., La Habana, 1946, t. 6, p. 775, n° 561, texto y jurisprud. cit. en nota n° 2; Demogue, R., Traité des Obligations en Général, Librairie Arthur Rousseau, París, 1923, t. III, ps. 517/518, n° 320). Es que, como lo enseña Llambías, no es un superior legítimo fuera del marco de las funciones encomendadas necesariamente lícitas, el comitente o principal con respecto al empleado o dependiente, de suerte que el acto dañoso que este último obre no queda cubier-

to por la orden que pudiera haber recibido ya que el agente sólo está sujeto a las instrucciones de su principal en lo que concierne a un cometido lícito; ese principal no es un superior legítimo para la realización de actos ilícitos. Y proviniendo la orden de un superior ilegítimo sólo podría quedar exento de responsabilidad un agente que fuera víctima de una violencia moral excluyente de su libertad por coerción eventual que implicase el temor a la desobediencia (conf. Llambías, J., ob. cit., t. III, p. 674, n° 2253, n° 674; en el mismo sentido: Mosset Iturraspe, J., Responsabilidad por daños, Buenos Aires, 1980, t. III [eximentes], p. 96), situación esta última que el señor Morales no ha invocado como ocurrida.

A todo evento, aun si se pensase que, por el contrario, la obediencia debida puede ser causa de justificación en la relación jerárquica existente entre un empleado o dependiente y su comitente, principal o empleador (en este sentido: Mazeaud, H. y L. y Tunc, A., Tratado teórico práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual, Buenos Aires, 1961, t. I, vol. II, p. 146, n° 497), la decisión final no habría de variar.

Así lo entiendo, porque en tal caso, para que funcione la eximente de responsabilidad, el contenido de la orden recibida por el comitente no ha de ser manifiestamente delictivo, ya que el deber de obediencia en una democracia no es ilimitado ni ciego, y de ahí la posibilidad de su control no sólo formal sino también material. Por ello, cuando la orden es ilegítima y además lo es inequívocamente por su carácter delictuoso, si el subordinado no obstante la cumple, no es dudoso que incurre en responsabilidad por los daños causados (conf. Trigo Represas, F. y López Mesa, M., Tratado de la Responsabilidad Civil, Buenos Aires, 2004, t. I, ps. 957/958; Belluscio, A. y Zannoni, E., ob. cit., t. 5, p. 19; Bueres, A. y

Highton, E., ob. cit., t. 3-A, p. 85; Barros Bourie, E., Tratado de responsabilidad extracontractual, Santiago de Chile, 2006, p. 136, n° 80; Brun, P., Responsabilité civile extracontractuelle, Litec, París, 2005, ps. 203/204, n° 388).

Dicho con otras palabras, la subordinación no constituye, por sí misma, una causa de exoneración a favor del empleado que participa a sabiendas de la falta de su empleador (conf. Le Tourneau, P., La responsabilité civile, Dalloz, París, 1982, p. 250, n° 742).

(e) En la especie, no ignoraba el señor Morales que los derechos de televisación del partido no le correspondían ni a ATC S.A., ni al codemandado Metzger, sino que eran de Cablevisión S.A. en exclusividad.

Corroborando ello sus propias palabras puestas al aire el día 27/11/2000, las que transcribo nuevamente pero subrayando ahora párrafos esenciales: "...Usted va a ver en nuestra pantalla también el partido, es decir, vamos a poner el partido porque estamos abonados a Cablevisión, la empresa a la cual Macri vendió los derechos dejando a medio país boquense afuera de la posibilidad de ver el partido...Nunca vamos a hacer primeros planos, pues tienen derechos que naturalmente vamos a respetar...".

Y no podía desconocer el señor Morales, desde luego, que reproducir en el programa "Desayuno" no un breve extracto informativo acompañado de imágenes de los momentos importantes del partido, sino todo el partido de principio a fin, excedía hasta el más amplio ejercicio que puede concebirse como válido del derecho de cita que el régimen de propiedad intelectual concede, incluso en el ámbito de la información periodística y del derecho de dar y recibir información.

En otras palabras, no pudo ignorar y, más bien, no ignoró, que una emisión del partido como la que le fue ordenada hacer el 28/11/2000, particularmente con la extensión que se le impuso, esto es, transmitir al aire las imágenes de "todo" el partido y no solo de sus aspectos más relevantes, era un abuso y, por tanto, un acto ilícito, que infringía derechos de la actora (art. 1071 del Código Civil).

La idea, que se puede inferir de las palabras pronunciadas por el señor Morales, en el sentido de que la infracción a derechos ajenos no existía si las imágenes no se ponían en primeros planos sino en una "ventanita" al solo efecto de permitir "espíar" el partido creando la "ilusión" de estar viéndolo, no puede ser aceptada. Al margen de que, en los hechos, las imágenes sí fueron puestas generalmente en primer plano, normalmente a mitad de pantalla y en menor medida a pantalla entera, lo cierto y concreto es que una emisión de tales características era ilícita a la luz del derecho vigente el 28/11/2000, pues lo que reprueba la ley 11.723 es la reproducción de propiedad intelectual ajena, hecha sin autorización y en medida mayor de la autorizada por el derecho de cita, cualquiera sea el tamaño o formato de esa reproducción. No es el tamaño con el que se hace la reproducción lo que importa, sino la reproducción misma sin derecho.

Cualquier inteligencia contraria que pudiera haber tenido el citado codemandado sobre lo que claramente se presentaba como ilegal, no constituyó sino, en el mejor de los casos, un error de derecho suyo sobre lo que era lícito según la ley e inhábil, por tanto, para excusar la consiguiente responsabilidad por actos ilícitos (art. 923 del Código Civil; Llambías, J., ob. cit., t. III, ps. 688/689, n° 2267; Bueres, A. y Highton, E., ob. cit., t. 2-B, p. 484).

Tampoco podía ser excusa para actuar como se actuó lo dicho por el señor Morales, más de una vez, en el sentido de que la reproducción de las imágenes estaba habilitada “por ser abonados” de Cablevisión S.A.. La condición de abonado (aceptado que lo fuera, lo que no se acreditó tampoco) no legitima a la utilización de la señal provista por el cableoperador del modo cuestionado en estas actuaciones, esto es, para ser aprovechada, aunque sea indirectamente, por terceros. Esa condición, por el contrario, solamente habilita al usuario a un uso privado o personal del servicio, salvo autorización expresa.

A mi modo de ver, en síntesis, frente a la orden ilegal recibida de sus superiores, debió el señor Víctor Hugo Morales no obedecer dócilmente.

Es que la subordinación jurídica privada, que alcanza al dependiente, no justifica su obrar dañoso en cumplimiento de una orden ilegal del principal, porque la dependencia solo se funda en intereses privados -los del comitente- y porque solo existe para hechos, servicios u obras lícitos (conf. Mosset Iturraspe, J., ob. cit., loc. cit.).

En este sentido, la obediencia no debe ser ciega, sino inteligente, diligente y prudente (conf. Capel.CC Rosario, Sala I, 16/11/1981, “Dasso, S. Arístides c/ The First Bank of Boston”, ED t. 99, p. 682, del fallo de primera instancia), y la que no reúne tales características, compromete a quien la presta, haciéndolo civilmente responsable lo mismo que a quien dio la orden.

No se trata, bien se ve, de responsabilizar el codemandado Morales tan solo por sus ideas o creencias, como lo sostienen sus apoderados a fs. 1265 vta. De lo que se trata, por el contrario, es pura, exclusiva y sencillamente de constatar que fue voluntario partícipe de una

infracción a derechos ajenos tutelados por la ley, más allá de las buenas intenciones que pudieron haberlo guiado en la ocasión (art. 1081 del Código Civil).

Y si alguna duda cupiera sobre cuanto he expuesto, todavía me importa señalar siquiera como obiter dictum, que la ilicitud de la transmisión de que se trata habría sido incluso reconocida extrajudicialmente por el señor Morales en el reportaje al que aludió el testigo Poliméni en fs. 645 vta., respuesta 6ª. En efecto, en reportaje publicado por el diario Página 12 del 30/11/2000 se indican como provenientes del citado codemandado las siguientes palabras: “...Pudimos estar mal legalmente, pero lo que hicimos fue legítimo éticamente...” (el ejemplar indicado puede consultarse en la página web del señalado diario).

Propondré al acuerdo, pues, revocar en este aspecto la sentencia recurrida, haciendo extensiva la condena al señor Víctor Hugo Morales, con carácter concurrente, indistinto o in solidum.

17º) El juez de la instancia anterior entendió que Cablevisión S.A. había sufrido un lucro cesante consistente en lo que dejó de percibir como consecuencia de la improcedente transmisión del 28/11/2000, el que de acuerdo al peritaje contable rendido en autos había trepado a la cantidad de \$ 842.000, resultante de la conversión de igual cantidad expresada en dólares estadounidenses a la paridad U\$S 1 = \$ 1, en función de lo dispuesto por las leyes 25.561, 25.820 y normas concordantes (fs. 1148).

Este especial aspecto del fallo fue apelado exclusivamente por el codemandado Metzger, quien afirma la improcedencia de la indemnización de tal daño material por entender que, en realidad, ninguna pérdida sufrió Cablevisión

S.A. toda vez que, a pesar de la referida transmisión hecha por la señal de ATC S.A., aquella cableoperadora no se vio impedida de cobrar a sus abonados, ni sufrió mengua la publicidad que se pasó durante la emisión del partido, por la noche, en diferido, sino que por el contrario es de presumir que aquella aumentó por el interés que despertó la difusión alcanzada por el evento durante la mañana. Sostiene, además, que el monto fijado por lucro cesante se relaciona con el rompimiento del contrato alcanzado por la actora con ATC S.A. el día 24/11/2000, a lo cual es ajena su parte (fs. 1237 vta./1238 y vta.).

El agravio es inadmisibles.

La circunstancia de que Cablevisión S.A. no hubiera dejado de cobrar a sus abonados, no implica inexistencia de lucro cesante, pues se trata de cosas desvinculadas entre sí.

De otro lado, no es cuestión de presunciones contrarias a la pretensión de la actora como se pretende en fs. 1238, sino de prueba concreta del daño aportada a la causa que el recurrente omite examinar.

En efecto, el testigo Alberto D. Fidanza, gerente comercial de ATC S.A., declaró -sin recibir críticas- que había sido aceptada la propuesta del 24/11/2000 por la cual ese canal de televisión otorgaba a Cablevisión S.A. la posibilidad de comercializar la totalidad de la publicidad correspondiente a la emisión “en diferido”, pero que un día antes del partido “...se anuló el contrato...”, sin recordar por qué (fs. 700 y vta., respuestas 3ª y 4ª).

Tal testimonio es prueba suficiente de la intempestiva rescisión que la actora denunció en su demanda, sin que pueda objetarse su valor por el hecho de ser la única declaración que

se refirió al aspecto indicado, toda vez que en nuestro derecho no rige la máxima testis unus, testis nullus (conf. Palacio, L. y Alvarado Velloso, A., Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, explicado y anotado jurisprudencial y bibliográficamente, Santa Fe, 1994, t. 8, p. 450; CNCom. Sala D, 29/11/06, «Ernesto Ricardo Hornus S.A. c/ Ingalfa S.A. s/ sumario»; íd. Sala D, 12/9/2007, “Converques S.R.L. s/ quiebra s/ incidente de extensión»; id. Sala D, 30/8/2010, “Rafael Herrera Vegas e Hijos S.R.L. c/ Quebrachito Granos S.A.”; id. Sala D, 15/5/2007, “Nuñez, Arrua Asunción c/ Plan Rombo S.A. s/ ordinario”; CNFed.Civ.Com. Sala 2, causas 3543 del 14/5/85; 5291 del 16/2/88; etc.).

En ese marco, la actora tiene indudable derecho al resarcimiento del lucro cesante, tal como lo resolvió el juez a quo (conf. Bueres, A. y Highton, E., ob. cit., t. 2-A, ps. 222/223; Pizarro, R. y Vallespinos, C., Instituciones de Derecho Privado – Obligaciones, Buenos Aires, 2006, t. 2, ps. 665/666; Lorenzetti, R., Tratado de los Contratos – Parte General, cit., p. 629), cabiendo observar, al respecto, que el quantum de tal perjuicio resarcible fue acreditado en autos por el peritaje contable con el alcance que también definió el magistrado de la instancia anterior sin crítica específica en los agravios.

Al deber resarcitorio correspondiente no puede mostrarse ajeno el señor Metzger. Es que la rescisión del negocio acordado con Cablevisión S.A. un día antes de la emisión del cuestionado programa que ATC S.A. y el recurrente coproducían, no puede ser entendida sino como decidida de consuno por ambos e inmediatamente relacionada, a modo de prolegómeno, con lo que ocurrió el 28/11/2000 en perjuicio de dicha cableoperadora. La coproducción, en efecto, impide aceptar suertes diferenciadas entre los productores. Como ya lo expresé, las cláusulas del contrato del 7/7/2000, dan cuenta de una

verdadera asociación con fines comunes entre la productora y la emisora, que impide desligar a una de la otra de las consecuencias perjudiciales provocadas por el suceso.

De ahí, entonces, la improcedencia de la queja del señor Metzger.

18°) La codemandada ATC S.A. solicita que se declare que la condena a su cargo se atienda en los términos de la ley 25.344 y su decreto reglamentario, estableciéndose además que los intereses fijados por la sentencia recurrida no corran más allá de la fecha de corte del 31/12/1999 prevista en esa normativa.

Se trata de una pretensión inadmisibles.

De acuerdo al art. 13 de la ley 25.344, las deudas que se consolidan en el Estado Nacional y que deben ser canceladas del modo previsto en sus restantes disposiciones y las de la ley 23.982, son las de causa anterior al 1° de enero de 2000 (conf. CSJN, Fallos 328:1740; 329:1040; 331:1846).

En el caso, el ilícito del que deriva la deuda objeto de la condena tuvo lugar, como tantas veces se dijo, el 28/11/2000, es decir, en fecha “posterior” a la de corte indicada por la Ley de Consolidación.

Por consiguiente, esta última normativa no recibe aplicación en la especie.

19°) En todos y cada uno de los pedidos de revocatoria formulados contra la sentencia recurrida, fue implícita la pretensión de que se modificase la imposición de costas resuelta en la instancia anterior.

Al ser ello así y teniendo en cuenta la complejidad del asunto, sus particularidades, novedad

y dificultad jurídica, así como que es resuelto con base jurídica provista por el tribunal (esta Sala, 28/12/2009, “Murias Linares, R. c/ Camillas Álvarez A.” y otros), propondré al acuerdo que las expensas del juicio se distribuyan en ambas instancias en el orden causado (art. 68, segunda parte, del Código Procesal).

Quedan fuera de esta última solución, empero, por haber consentimiento expreso o ausencia de apelación, las costas correspondientes al rechazo de la excepción de prescripción opuesta por el señor Morales, que fueron a él impuestas; y las del rechazo de la demanda contra Va por Más S.A. que quedaron a cargo del code mandado Metzger.

20°) Por lo expuesto, propongo al acuerdo rechazar las apelaciones de ATC S.A. y del señor Eduardo Juan Metzger, y admitir el recurso de Cablevisión S.A. con el efecto de extender la condena al señor Víctor Hugo Morales en forma concurrente, indistinta o in solidum. Las costas deben correr del modo precisado en el considerando 19°.

Así voto.

El señor Juez de Cámara doctor Dieuzeide adhiere al voto que antecede.

El señor Juez de Cámara doctor Vassallo dice:

I. Adhiero en lo sustancial al profundo y estudiado voto de mi apreciado colega el Dr. Heredia.

Pero disiento en un aspecto accesorio, como es el referido a la decisión sobre costas.

II. El señor Juez preopinante propone al Acuerdo distribuir las costas del proceso en el orden causado, salvo aquellas que no han sido materia de recurso.

Y para sustentar esta solución excepcional, destacó la complejidad de la cuestión en estudio, sus particularidades, ser un conflicto novedoso, y que la solución fue sustentada en base jurídica provista por la Sala.

Es objetivamente real lo expuesto por el Dr. Heredia en ese capítulo de su voto. Sin embargo entiendo que tales peculiaridades no alcanzan, cuanto menos en este caso, para adoptar una solución en materia de costas que se aleje del principio general en la materia.

Debe recordarse que la condena en costas al vencido es la regla y su dispensa la excepción. Así para apartarse de aquel principio es menester desarrollar razones fundadas y relevantes pues la exención debe ser aplicada con criterio restrictivo (Arazi R. y Rojas J., Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, T. I, página 310).

Según lo expresa el segundo párrafo de la norma invocada, las cuestiones que podrían dar lugar a que el vencido pueda ser eximido de costas deberían fincar en cuestiones dudosas de derecho o de hecho. En el primer caso la incertidumbre podría derivar de una nueva legislación, ausencia de antecedentes doctrinarios y/o jurisprudenciales por tratarse de cuestión novedosa, fallos con soluciones contrapuestas que evidencien una postura dubitativa en el foro local o, en el específico caso, que el propio tribunal colegiado presente criterios divergentes en los votos que construyen la sentencia. En la restante hipótesis, las cuestiones dudosas de hecho podrían emerger en la obligación de demandar, cuando los hechos se desarrollaron en una forma confusa, cuando no media oposición del demandado sobre el aspecto principal aunque sí sobre otros accesorios o tangenciales, etc. (Falcón E., Tratado de Derecho Procesal Civil y Comercial, T. III, página

626/627; Palacio L. y Alvarado Velloso, A., Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, T. 3, páginas 98/102).

Pero al tratarse de la excepción a una regla, entiendo que la situación tiene que ser clara (esta Sala, 17.4.2013, “Petrocchi, Pablo Adrián c/ Banco Macro Bansud S.A. y otro”), punto sobre el cual disiento.

Con el mayor respeto intelectual hacia mi colega, no advierto que las razones expuestas en el voto inicial justifiquen una solución que se aparte de la ya referida regla.

Si bien podría tratarse de una cuestión que, desde la óptica de la regulación puntual y específica de los medios de comunicación, sería un conflicto usualmente no debatido en los tribunales locales, tal evaluación se desdibuja si advertimos, cuanto menos en mi opinión que, como lo destaca mi apreciado colega, “...los derechos de televisación sobre espectáculos deportivos adquiridos por empresa audiovisuales son derecho de propiedad intelectual que pertenecen al grupo de los derechos conexos, y que gozan en el ámbito interno de la protección civil de la ley 11.723...” (capítulo 6). En definitiva, más allá del específico tratamiento que el primer votante efectuó, en punto al específico manejo de los derechos audiovisuales, entiendo que la consideración de este conflicto aplicando principios generales de responsabilidad civil llevaría a igual conclusión.

Y tal línea de pensamiento se ve reforzada, a mi juicio, por la calidad profesional en materia de medios de los tres demandados, que no permiten presumir una conducta inocente de su parte (arg. artículo 902 del código civil).

Esto también ha sido destacado por mi colega al señalar que la violación al derecho de exclu-

sividad que había adquirido Cablevisión S.A. “...fue reconocida por ATC S.A...” (Capítulo 6); y también por los señores Metzger y Morales (capítulo 15,e y 16, d).

Así y parafraseando una vez más el voto del Dr. Heredia, coincido con él en que “...en un Estado de Derecho, frente a situaciones que subjetivamente pudieran percibirse como injustas, el camino a seguir no es el ejercicio de vías de hecho con aptitud para desconocer ilícitamente derechos de terceros, sino petitionar a las autoridades para que la injusticia cese (art. 14 de la Constitución Nacional). En ese reprochable esquema se insertó, ciertamente, lo ocurrido en el programa “Desayuno” del 28/11/2000 cuando, según las palabras del señor Metzger, se eligió “...quebrar parcialmente el cepo que imponía Cablevisión...” (fs. 1236), o según las palabras del señor Morales se colocó una “ventanita” para que se pudiera “espíar” el partido” (capítulo 13,d).

Por todo lo expuesto, no advierto en el caso, motivos fácticos ni jurídicos que autoricen una solución excepcional en materia de costas.

Propicio entonces que las mismas sean impuestas, en ambas instancias, a los vencidos (artículo 68 código procesal).

III. Con esta parcial disidencia, adhiero al voto del señor Juez Heredia.

Concluida la deliberación los señores Jueces de Cámara por mayoría acuerdan:

- (a) Rechazar las apelaciones de ATC S.A. y del señor Eduardo Juan Metzger, y admitir el recurso de Cablevisión S.A. con el efecto de extender la condena al señor Víctor Hugo Morales en forma concurrente, indistinta o in solidum.
- (b) Imponer las costas del modo precisado en el considerando 19°.
- (c) Diferir la consideración de los honorarios hasta tanto hayan sido regulados los de la anterior instancia.

Notifíquese y una vez vencido el plazo del art. 257 del Código Procesal, devuélvase la causa al Juzgado de origen.

Cúmplase con la comunicación ordenada por la Excma. Corte Suprema de Justicia de la Nación (Ley 26.856 y Acordadas 15/13 y 24/13).

Pablo D. Heredia

Gerardo G. Vassallo

Juan José Dieuzeide

Julio Federico Passarón
Secretario de Cámara