

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

Obra fotográfica. Obra por encargo. Alcance de la protección. Formalidades registrales. Plagio. Dominio público. Uso libre

PAÍS U ORGANIZACIÓN: Uruguay

ORGANISMO. TRIBUNAL DE APELACIONES EN LO CIVIL DE TERCER TURNO de Montevideo

FECHA: 25/07/2012

JURISDICCIÓN: Judicial (Civil)

FUENTE: Portal del Poder Judicial de la República Oriental del Uruguay

DATOS: SENTENCIA N°172/12 Silva, Rosario c/ Padenal S.A. - daños y perjuicios.

SUMARIO:

“La Sala comparte la conclusión a que se arribara en el grado anterior en cuanto a que las fotografías sobre que versa el contradictorio de autos, eran de propiedad del Sr. Carlos Gardel, habiendo sido confeccionadas por encargo de éste.”

“Que la actora carece de los derechos que invocara en dicho escrito, los que en cambio, sólo corresponden al comitente de la obra luego de su recepción, y luego al Estado, no siendo la reclamante la legitimada para autorizar o no su uso.”

“El hecho de que se efectuara una inscripción de conformidad con el art. 53 de la citada norma, no aparece como determinante de una solución distinta: el derecho del alegado autor puede ser revisado, en sede jurisdiccional, incidenter tantum, puesto que de la inscripción no resulta sino una presunción que, en autos, cae ante la demostración de que la obra fotográfica fue materia de un encargo de la persona cuya imagen se preservó por ese medio.”

“la demandada no supuso incumplimiento o inobservancia de obligación o deber algunos, en tanto no debía conocer o indagar en qué condiciones o con qué límites o extensión se pudo haber adquirido la imagen de portada por el emisor... la obligación de vigilar o controlar las publicaciones, reproducciones, etc., en el caso no habría de referir a la reproducción artística (contenida en el disco), sino a un accesorio respecto del cual el vendedor no puede conocer las condiciones precisas en que se produjo, especialmente cuando se trata de una obra que pasó al dominio del comitente.”

“resultaba importante determinar si las fotos de Carlos Gardel que lucen en la portada de los CD, pueden calificarse meramente como obra “por encargo” o se trata de una producción artística (voto de la disidencia)”-

Así, lo afirmado en la demanda, no hace más que resaltar la obra artística realizada por el fotogra-

fo José María Silva en el año 1933; tampoco de la frase de un sitio de Internet puede concluirse como lo hace la accionada: “no estamos ante una foto espontánea, realizada al azar, sino todo lo contrario”, por lo cual “todos los derechos que acceden a la misma (tanto patrimoniales como morales) pertenecen a quien realizó el encargo”.- En el caso Carlos Gardel.-**(voto de la disidencia)”-**

*la legitimación activa la atribuyo al actor, que es quien detenta los derechos que establece el art.2 de la Ley 9.739, entre los cuales se encuentra la venta de las fotos sin autorización del titular de la propiedad intelectual.- Los derechos o facultades del autor o en el caso del cesionario, son exclusivos (art.2 de la ley citada), lo que supone que solo ellos pueden autorizar la utilización o explotación de la obra. **(voto de la disidencia)”--***

*El límite temporal no ha transcurrido (art.33 de la ley citada), en tanto se establece: “El derecho de explotación económica por el adquirente, pertenecerá a éste hasta después de quince años de fallecido el autor...” y se ha acreditado que, el Sr.José María Silva Fernández, falleció el 3 de enero de 2000 (fs.45).- **(voto de la disidencia)”-***

COMENTARIO. En este caso se debatió cual era la naturaleza de una obra fotográfica de la imagen de Carlos Gardel que fue obtenida por un fotógrafo uruguayo en el año 1933. La postura mayoritaria de la Cámara de Apelaciones fue que se tuvo por acreditado que la fotografía fue encargada por el famoso artista y en dicho carácter, la obra se encontró en el dominio público a la hora de la presente acción. La postura de la minoría en disidencia fue sustancialmente distinta ya que consideró que no se tuvo por probada la calidad de “obra por encargo” y que en atención a lo dispuesto por la ley de derecho de autor, la foto en cuestión se encuentra dentro del dominio privado y por ende, la reproducción de la misma debe ser realizada con la autorización expresa de quien detenta ese derecho. Otro punto en análisis desde la mayoría, fue que el hecho de que la fotografía fuera registrada no causaba efectos en cuanto a la atribución de derechos si es que la misma estaba considerada como caída en el dominio público. En importante destacar que el régimen autoral local establece una presunción legal de legitimación a favor de la persona retratada cuando ésta fue realizada por encargo, según el art. 20 de la ley de derecho de autor de Uruguay que establece que “*Las fotografías, estatuas, cuadros y demás formas artísticas que representen a una persona, se considerarán de propiedad de ésta, comprendido el derecho de reproducción, siempre que hayan sido ejecutadas de encargo.*” De todas formas entiendo que no se consideró suficientemente el hecho de que aun cuando la obra se encuentre fuera del dominio privado la paternidad del autor originario de la misma debería identificar su creación, ya que los derechos morales son perpetuos, de acuerdo a todas las legislaciones vigentes del continente. En el caso analizado se determinó que la demandada no concurría en responsabilidad por no haber consignado el nombre del autor porque se encontraba en el dominio público, haciendo caso omiso a la posibilidad de que la sociedad sepa quién es el autor de cada creación. El Convenio de Berna en su art. 2.1 reconoce expresamente como objeto protegido a las “obras fotográficas a las cuales se asimilan las expresadas por procedimiento análogo a la fotografía”. De todas maneras, la tutela con respecto al resto no es igual ya que establece un plazo menor con respecto al de 50 años que gozan las otras creaciones. Según el glosario de derecho de autor y derechos conexos de la OMPI la obra fotográfica es una imagen de objetos de la realidad, producida sobre una superficie sensible a la luz y otra radiación y estas obras pueden ser protegidas por el derecho de autor siempre que su composición, selección o modo de captación del objeto elegido muestre originalidad. Con respecto al hecho dañoso que represente el uso de una obra sin

atribuir la paternidad, también se ha dicho que “Es que la omisión del nombre del autor importa un agravio a su derecho de ser siempre vinculado a la obra, que en el lenguaje común se identifica como derecho al cartel. Tanto para los autores, cuanto para los artistas o intérpretes en general, la publicación de su nombre presenta gran interés ya que de ello dependerá no sólo la posibilidad de lograr nuevas contrataciones y la explotación económica de su repertorio autoral, sino también su desarrollo profesional”¹. © **Federico Andrés Villalba Díaz, 2014**

TEXTO COMPLETO:

Montevideo, 25 de julio, 2012.

VISTOS:

Para sentencia en segunda instancia, en decisión anticipada, estos autos caratulados “Silva, Rosario c/ Padenal S.A. - daños y perjuicios”, IUE 2-17676/2009, venidos a conocimiento del Tribunal en razón del recurso de apelación interpuesto por la actora contra la de primera instancia n° 39/2011, del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Civil de 10° Turno.

RESULTANDO:

El objeto de decisión en la presente instancia está determinado por el contenido del escrito de apelación de fs. 208 y ss.

CONSIDERANDO:

I) El Tribunal, integrado a mayor número de jueces en razón de discordia suscitada entre sus miembros naturales, y en mayoría, desestimará el recurso de apelación interpuesto, confirmando la sentencia impugnada; habiendo resuelto hacerlo en decisión anticipada por darse los supuestos del art. 200.1 Código General del Proceso.

Y comenzará dejando constancia que de las iniciales discrepancias entre quienes concu-

rran al pronunciamiento de la presente, agotada la etapa de deliberación no persiste otra que la que funda la miembro discordante, Dra. Alonso.

II) La Sala comparte la conclusión a que se arribara en el grado anterior en cuanto a que las fotografías sobre que versa el contradictorio de autos, eran de propiedad del Sr. Carlos Gardel, habiendo sido confeccionadas por encargo de éste.

Consecuentemente, el tema de la legitimación de la actora -punto a considerar en primer término, por razón de método y lógica- viene a acotarse de conformidad con la norma del art. 20 de la Ley n° 9739.

Esto es, que no se ha demostrado la existencia del hecho alegadamente ilícito en cuya afirmación se sustenta la demanda por supuesta responsabilidad (ya se la conciba como de fuente contractual o extracontractual), puesto que la actora carece de los derechos que invocara en dicho escrito, los que en cambio, sólo corresponden al comitente de la obra luego de su recepción, y luego al Estado, no siendo la reclamante la legitimada para autorizar o no su uso.

En relación a tal punto, por otro lado, el hecho de que se efectuara una inscripción de con-

1 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala “B” de Buenos Aires, Patrian, Alberto M. c/ Lanob S.A. s/ Daños y Perjuicios, del 15/09/2011

formidad con el art. 53 de la citada norma, no aparece como determinante de una solución distinta: el derecho del alegado autor puede ser revisado, en sede jurisdiccional, incidenter tantum, puesto que de la inscripción no resulta sino una presunción que, en autos, cae ante la demostración de que la obra fotográfica fue materia de un encargo de la persona cuya imagen se preservó por ese medio.

Extremo este último que, por otra parte, no ha sido útilmente controvertido por la hoy apelante.

III) Sentado lo precedente, resta examinar lo que todavía interesa a la parte actora, esto es, lo atinente al hecho ilícito cuya afirmación es igualmente alegado apoyo de su pretensión resarcitoria con base, ahora, en la venta de efectos (en cuya producción no tuvo participación la accionada) en los que no aparecía en lugar visible la firma del fotógrafo.

Examen que se hará a la luz del marco normativo propuesto por la reclamante (enfoque que cuenta con apoyo en nuestra doctrina), lo que conlleva a indagar acerca de la concurrencia del elemento subjetivo de la responsabilidad de que se trata, así como de lo atinente a la causación.

Y ese examen, a juicio de la mayoría, indica que la conducta de la demandada no supuso incumplimiento o inobservancia de obligación o deber algunos, en tanto no debía conocer o indagar en qué condiciones o con qué límites o extensión se pudo haber adquirido la imagen de portada por el emisor.

Porque es del caso destacar que la obligación de vigilar o controlar las publicaciones, reproducciones, etc., en el caso no habría de referir a la reproducción artística (contenida en el disco), sino a un accesorio respecto del cual

el vendedor no puede conocer las condiciones precisas en que se produjo, especialmente cuando se trata de una obra que pasó al dominio del comitente.

IV) Las costas y los costos del grado serán soportados en el orden causado (art. 688 Código Civil).

Por tales fundamentos, el Tribunal integrado y en mayoría,

FALLA:

Desestimando el recurso interpuesto y, en su mérito, confirmando la sentencia apelada.

Sin especial condenación en el grado.

Oportunamente, devuélvase.

Dr. Julio César Chalar Dr. Fernando Cardinal
Piegas

Dra. María Victoria Couto

**Dra. Mary Alonso Flumini Ministra
DISCORDE:**

Por cuanto se entiende que corresponde revocar la impugnada, amparando parcialmente la demanda, y en su mérito condenar a la demandada a abonar a la actora por concepto de daño patrimonial y de multa (art.51 Ley 9.739), desestimando la pretensión por daño extrapatrimonial.-

I.- En primer término -por razones de orden lógico- corresponde analizar el agravio que involucra la legitimación activa.-

Asiste razón a la apelante en cuanto a que, la sentenciante ha soslayado todo análisis

en punto al argumento de la accionada que dice relación con la existencia de “fotos por encargo”(vide Considerando IV).-

Se impone entonces, examinar -a la luz de la probanza producida, cuya valoración ha sido también objeto de agravio por la apelante- si correspondía entender de recibo que las fotos de Carlos Gardel involucradas (especificadas Nro. 1 y 5) eran “por encargo”, determinando la desestimatoria de la indemnización pretendida, por aplicación del inciso 1ero. del art.20 de la Ley 9.739.-

El agravio deviene útil, aún desestimada la ausencia de legitimación activa, por cuando -en lo sustancial- resultaba importante determinar si las fotos de Carlos Gardel que lucen en la portada de los CD, pueden calificarse meramente como obra “por encargo” o se trata de una producción artística.-

Ninguna prueba aportó la demandada para avalar tan importante hecho impeditivo.- Así, lo afirmado en la demanda, no hace más que resaltar la obra artística realizada por el fotógrafo José María Silva en el año 1933; tampoco de la frase de un sitio de Internet puede concluirse como lo hace la accionada: “no estamos ante una foto espontánea, realizada al azar, sino todo lo contrario”, por lo cual “todos los derechos que acceden a la misma (tanto patrimoniales como morales) pertenecen a quien realizó el encargo”.- En el caso Carlos Gardel.-

En el modesto criterio de quien suscribe esta discordia, si -como expresa el sitio de Internet- “Gardel visitaba el estudio fotográfico de “Silvita”, como lo llamaba en famoso cantor, cada vez que estaba en Montevideo, y fue allí donde le hizo las fotos más famosas y más publicadas tomadas en octubre de 1933”; y si existía

un vínculo de amistad que databa de 1917, una relación de confianza que permitía que el fotógrafo “hiciera lo que quisiera”, esa serie de retratos de 1933, fue indudablemente una creación del artista en la búsqueda de la mejor imagen de Gardel.-

De acuerdo a lo expresado, la legitimación activa la atribuyo al actor, que es quien detenta los derechos que establece el art.2 de la Ley 9.739, entre los cuales se encuentra la venta de las fotos sin autorización del titular de la propiedad intelectual.- Los derechos o facultades del autor o en el caso del cesionario, son exclusivos (art.2 de la ley citada), lo que supone que solo ellos pueden autorizar la utilización o explotación de la obra.-

El límite temporal no ha transcurrido (art.33 de la ley citada), en tanto se establece: “El derecho de explotación económica por el adquirente, pertenecerá a éste hasta después de quince años de fallecido el autor...” y se ha acreditado que, el Sr. José María Silva Fernández, falleció el 3 de enero de 2000 (fs.45).-

II.- En cuanto al fondo del asunto, los agravios apuntan a la desestimatoria de las pretensiones por daño patrimonial (por el uso sin autorización vulnerando los legítimos ingresos que por concepto de comercialización le correspondían) y por daño moral (“se ha quitado la firma del autor” violentando el derecho extrapatrimonial), en consonancia con lo alegado oportunamente al demandar (fs.54).-

Se entiende de parcial recibo el agravio relativo al daño patrimonial, en tanto el art.46 literal A) de la ley tipifica la venta sin autorización del titular o causahabiente, como hecho ilícito.- El hecho ilícito se configuró por haber obtenido la obra sin contraprestación (uso sin autorización ni pago de precio).-

La utilización de las fotografías en los CD's (discos compactos) es un hecho sin duda probado -amén de admitido por la demandada- pero al momento de establecerse la cuantificación del daño, deberá tenerse presente que se retiraron aquellos de la venta.- La ganancia bruta total que se admitió por la venta, fue la suma de U\$S 401.- (fs.100).- En base a lo dicho correspondería determinar los daños y perjuicios.-

Por su parte, el art.51 de la ley 9.739 aplicable al caso, preveía una multa (pena civil) equivalente a los ingresos y beneficios indebidamente percibidos por el infractor.- Se entiende que en tal marco legal era de recibo imponer la multa.-

III.- En lo relativo a la reparación por daño moral, no resulta de recibo el agravio.- Conforme al art.12 de la multicitada ley 9.739, el derecho de paternidad de la obra corresponde a su autor.-

Se establece en la citada norma: "Sean cuales fueren los términos del contrato de cesión o enajenación de derechos, el autor tendrá sobre su obra las siguientes facultades: 1.-La de exigir la mención de su nombre o seudónimo..."-.

No se alegó por el demandante en el acto propositivo un daño moral propio, ni se produjo prueba en tal sentido que amerite analizar otra situación, que la de violación del derecho de paternidad de la obra.-