

Plagio. Obra musical. Originalidad. Lugares comunes. Rechazo

PAÍS U ORGANIZACIÓN: Uruguay

ORGANISMO. Juzgado Ldo.Civil 12° T° de Montevideo

FECHA: 12/08/2013

JURISDICCIÓN: Judicial (civil)

FUENTE: Portal del Poder Judicial de Uruguay

DATOS: SENTENCIA DEFINITIVA N° 58. “DA SILVA, Roberto y otro c/ WARNER MUSIC SPAIN (DRO-ATLANTIC). DAÑOS y PERJUICIOS” FICHA 2-32065/2007.

SUMARIO:

“Se promueve en autos una demanda por cobro de daños y perjuicios, por concepto de lucro cesante, daño futuro y daño moral, invocando los actores que han sido violados por los demandados, la cantante Rosana Arbelo y la empresa discográfica WARNER MUSIC, sus derechos de autor respecto de la obra musical “Uruguay te queremos ver campeón”, que fuera creada para el Campeonato de Campeones de Fútbol celebrado en nuestro país en el año 1980, en el cual Uruguay resultara campeón, siendo un hecho de público conocimiento que el referido tema musical se convirtió a partir de ese momento en un hito de la música nacional.”

“Alegan los actores que existen importantísimas similitudes entre dicha canción y el tema “Soñaré” de la cantante española Rosan, incluido en su disco “Magia”, habiéndose incurrido la parte demandada en plagio, y que las demandadas han lesionado su derecho de autor tanto en su aspecto moral como patrimonial

.-“ a los efectos de que exista protección legal del derecho de autor se requiere que exista una obra, esto es una exteriorización del genio, del intelecto del hombre; no son objeto de protección las ideas, sino su exteriorización mediante una obra determinada, concreta y original (Conforme: Dra. Beatriz Bugallo en Propiedad Intelectual pág. 592).

“En lo relativo a esta cuestión de la similitud entre las obras de los actores y de la demandada y el villancico referido, y la originalidad del tema de los actores, el perito designado en autos..., señaló respecto de éstas últimas que: “ambas canciones son deudoras de un mismo modelo melódico, que aparece en la vieja canción navideña “The First Noel” (o “ The First Nowell”), y de una progresión armónica (no menos lugar común que ese modelo melódico), que aparece explicitado en una composición atribuida a Johann Pachelbel (1653-1706), el “Canon”, que fue lanzado al mercado hacia 1970, fue utilizado en la banda de sonido de a película “El enigma de Kaspar House” de Werner Herzog, y constituyó un llamativo éxito mundial de ventas en la segunda mitad de la década del 1970.”.

Asimismo el perito al pie de la página referida, en la cita N° 3 remite a un “listado de 70 títulos que reproduce el artículo “Lista de canciones con la armonía del Canon de Pachelbel” del músico uruguayo Pablo Gíndel publicado en su sitio

Es posible definir como original aquello “Que no ha sido imitado, ni copiado de otro, sino fruto de la creación.”

“De todo lo expuesto, a juicio de la suscrita, y analizando los medios probatorios referidos de acuerdo la regla de la sana crítica en aplicación de lo dispuesto por el Art. 144 del C.G.P., es posible concluir que la composición de los actores, no reviste el carácter de originalidad requerido para que se configure el plagio invocado en la demanda.”

“existiendo similitud entre la melodía y armonía de la obra de los actores, con una obra pre-existente que se encuentra en el dominio público, el villancico “ The First Noel”, el cual data al menos de los siglos XVI o XVII como ya se hiciera referencia, no es posible concluir que “Uruguay te queremos ver campeón” en su estribillo, que es la parte de la composición en la que se invoca ha sido plagiada, revista el carácter de originalidad requerida a dichos efectos, por lo que no existiendo originalidad, no puede entenderse acreditado el plagio invocado en la demanda, por lo que no habiéndose acreditado el hecho ilícito que daría lugar a la responsabilidad de los demandados y a la obligación de resarcir los daños y perjuicios que se pudieren haber ocasionado, corresponde desestimar la demanda.”

COMENTARIO. Según el diccionario de la Real Academia Española, plagio significa en su sentido más utilizado, “copiar en lo sustancial obras ajenas, dándolas como propias”. Es un delito que lesiona no solamente los derechos del autor ya que afecta su fama, honra, integridad y decoro de su obra y normalmente también sus derechos patrimoniales, sino que además, los de la sociedad, ya que distorsiona el mensaje y la identidad que busca el autor cuando la creó. Por lo demás, toda persona tiene derecho a saber quién es el creador de una obra, no solamente a efectos de responsabilizarlo por el contenido de su creación, sino para reconocerse su aporte al acervo cultural de la sociedad.”¹. En la jurisprudencia comparada, particularmente en el sistema anglosajón del Copyright, la composición musical fue definida como una disposición abstracta de sonidos ausente de conceptos. Sobre este aspecto, el discurso expresivo de las obras musicales lo conforman la melodía, armonía y ritmo y sobre dichos elementos es que debe encontrar donde radica el elemento original. En este sentido, tanto la doctrina como la jurisprudencia han abogado por considerar prevalente el aspecto melódico, descartando sistemáticamente que tanto el ritmo – como género musical o métrica- como la armonía –combinación simultánea de notas entre sí- puedan, por si solos, aportar originalidad a la obra². En el caso en comentario de la prueba producida surgió que tanto el tema de los actores como el de la demandada poseían un antecedente musical común que constituía la coincidencia entre ambas obras, lo que motivó el rechazo de la demanda por carecer la obra de los demandantes de la originalidad requerida para

1 Troncoso, Oscar A, fallo de la Cámara Criminal y Correccional de Buenos Aires, Sala IV, 21/12/1979 en Revista Jurídica La Ley 1980-A-543.

2 Es la definición del juez Holmes en la causa White-Smith Music Publishing Co. Apollo Co. US 1 1908, citado por Arísti, Rafael Sánchez en “La Propiedad intelectual de las obras musicales” 2005 Editorial Comares, Granada pág. 274.

gozar de tutela exclusiva sobre la misma. Esto es así porque cuando la obra es concebida a poca distancia de elementos pertenecientes a lugares comunes, es obvio que resultará más difícil a su autor conseguir delimitar para ella una zona de protección en exclusiva. Esa fue la respuesta en el caso “Jara, Cristóbal c/ Jury Faud, Jorge”³ donde se disputó la autoría de dos canciones folklóricas, se desestimó la acción con el argumento de falta de originalidad de la obra del demandante a efectos de probar la falsa atribución de autoría. El tribunal partió de la base que “la melodía es el elemento fundamental de la obra musical, pues la armonía y el ritmo, si bien conforman la totalidad de la misma, no se aplican sino en relación a la propia melodía”. En dicha oportunidad, el tribunal consideró que las obras folklóricas no gozaban de gran originalidad, por lo que aceptó la posibilidad de similitudes entre ellas⁴. De la misma manera fue resuelta la cuestión en una causa contra el autor catalán Joan Manuel Serrat, caratulada *Díaz Vélez, Leopoldo c/ Serrat, Juan Manuel s/ propiedad intelectual* fueron encontradas similitudes entre las canciones “La Milonga y Yo” titularidad del reclamante, con respecto a “Fiesta”, del ibérico cantautor. El cuerpo pericial designado de oficio dictaminó “que entre ambas obras existen lugares comunes desde lo armónico hasta lo rítmico, reiteración textual o variada de un rito y elementos habituales en el género de milonga, que son el uso de estereotipos melódicos”. Es de destacar que similar prueba fue producida ante la Sociedad General de Autores de España, llegando a la misma conclusión del fallo de primera instancia⁵ Sin perjuicio de ello, también se probó en la causa que la obra “La Milonga y Yo” coincide tonal, modal, armónica y melódicamente con el comienzo de la obra “La Playa” registrada con anterioridad, por lo que la demanda fue rechazada en su integridad, por no haberse acreditado el extremo indispensable para que el plagio pueda ser constituido. La originalidad de la obra primigenia⁶. © **Federico Andrés Villalba Díaz, 2014**

TEXTO COMPLETO:

Montevideo, 12 de Agosto de 2013.

VISTOS:

Para Sentencia Definitiva de Primera Instancia estos autos caratulados: “DA SILVA, Roberto y otro c/ WARNER MUSIC SPAIN (DRO-ATLANTIC). DAÑOS y PERJUICIOS” FICHA 2-32065/2007.

RESULTANDO:

1) A fs. 91 y con fecha 26/07/2007 comparecieron los actores, Sres. Roberto Da Silva y

Alberto Triunfo, a promover juicio por daños y perjuicios contra WARNER MUSIC SPAIN (DRO-ATLANTIC) y contra la Sra. Rosana Arbelo, y expresaron en síntesis que:

a) Son los autores del tema “Uruguay te queremos ver campeón”, creada en el año 1980 para el Campeonato de Campeones de Fútbol de ese año, la que dado que Uruguay ganó el campeonato se convirtió en un hito de la música nacional.

Existen importantísimas similitudes entre dicha canción y el tema “Soñaré” de la cantante es-

3 Fallo a Cámara Nacional en lo Civil Sala D de Buenos Aires, del 23 de junio de 1976. Publicado en la Revista Jurídica El Derecho T. 71; Pág. 256.

4 Villalba Díaz, Federico Andrés en “Cuando el plagio es delito? En Revista Derecho Sin Fronteras, en http://media.wix.com/ugd/38ac51_607a3a1b840b82032e67556fa25c45a6.pdf

5 Sentencia dictada por el Juzgado Nacional en lo Civil N° 79 de Buenos Aires, del 25 de octubre de 1999, fallo inédito

6 Villalba Díaz, op cit.

pañola Rosana, incluido en el disco “Magia”, lo que fue no solo percibido por los actores, sino también por los más prestigiosos peritos del país al haberse consultado a la Asociación General de Autores del Uruguay (AGADU) y a otros músicos independientes, quienes en una aplastante mayoría coincidieron en ello. Citan a fs. 98 a los 5 músicos que integraron la primera comisión para el estudio del caso, y su trayectoria, siendo profesores estacados, directores de orquesta, y de escuelas universitaria y municipal de música, entre otros, de los cuales 4 coinciden que existen las importantísimas similitudes invocadas. A fs. 98 vlt. citan a los 3 músicos que fueron designados por AGADU para redactar un informe que reflejara el espíritu unánime del consejo de dicha institución, reconocidos profesionales, los que concluyeron que ambas canciones tienen indudables similitudes en su sección central, en particular en su melodía y en la sucesión armónica, adjuntan dictamen, y la opinión de otros músicos destacados que son también coincidentes con ello. Entienden que se está ante un plagio, pues las similitudes son de tal importancia que no puede sostenerse que se trate de una mera coincidencia, lo que atenta contra su fuente de trabajo, generándoles un daño moral y patrimonial.

b) La ley aplicable es la uruguaya, según lo dispone el apéndice del C.C., sino también el Convenio de Berna para la protección de las Obras Literarias y Artísticas.

c) En nuestro país se han vendido más de 100.000 copias de la canción “Uruguay te queremos.....”, siendo el tema más vendido en la historia del país, poseyendo los actores por ser sus autores, todos los derechos patrimoniales y morales sobre su letra y música, la que fue inscrita en el Reg. de Derechos de Autor que lleva la Biblioteca Nacional, con el N° 2718 en el Libro 16, con fecha 26/12/1980.

d) En nuestro derecho positivo no existe norma alguna que defina el plagio, entienden que existe cuando un autor hace suya la obra de otro, sin pedirle autorización o sin siquiera mencionarlo en los agradecimientos; o cuando se repiten compases de otra obra protegida, excediendo lo que pudiera ser una mera coincidencia y sin perjuicio de variantes que pudiera introducir el plagiarlo. Citan casos y acompañan antecedentes. A los efectos de determinar si existió plagio en este caso debe atenderse a los elementos técnicos que exteriorizan dicha intención, siendo prácticamente imposible que a dos autores se les hayan ocurrido canciones con prácticamente el mismo estribillo, el cual en la canción Soñaré constituye el 80% de la obra. En suma sostienen que existe plagio cuando una obra posee con otra tal grado de similitudes que excede la mera coincidencia.

e) No es posible sostener que la cantante Rosana nunca tuvo conocimiento de la canción “Uruguay te queremos”, máxime al éxito que la misma tuvo en Uruguay y entre los uruguayos que se están por el mundo, y cuyo conocimiento se facilita debido a medios como internet, y a que dicha canción se encuentra publicada en varias páginas web que citan, siendo la cantante representada por WARNER MUSIC la que tiene sucursales en todo el mundo y además antecedentes de condena por plagio, adjuntan antecedentes al respecto.

f) Son de aplicación las normas del derecho común en materia de responsabilidad extracontractual, debiendo darse los elementos típicos de la misma, hecho ilícito, culpa, y daño. En este caso las demandadas violaron los derechos patrimoniales del autor, ya que el mismo tiene la facultad exclusiva de: enajenar, reproducir, distribuir, publicar, traducir, etc. su obra, y a explotarla económicamente, y que no se solicitó a los comparecientes autorización alguna para hacer

uso de su canción y obtener provecho de ello, y que las demandadas obtuvieron un beneficio económico ilegítimo del que los comparecientes no tuvieron participación alguna.

Se violaron también los derechos morales de autor, ya que la fama de un autor está ligada a que se conozca la paternidad de la obra y que la misma no sufra modificaciones sin su consentimiento, consentimiento que no se obtuvo en este caso, y los Art. 2 y 44 de la Ley 9.739, que son normas que precaven el daño o violación de los derechos de autor, estableciendo en forma no taxativa deberes específicos cuya violación haría incurrir en responsabilidad, como ocurrió en autos.

g) Por concepto de lucro cesante a la fecha de la promoción de la demanda, reclaman: el lucro cesante por ventas, que estiman en U\$S 800.000 (a razón de U\$S 2 por cada unidad vendida del álbum “Magia” que contiene el tema “Soñaré” y 12 temas más; el lucro cesante por actuaciones en vivo, habiendo la cantante realizado más de 20 presentaciones en España y México, y actuaciones en radio y televisión, por un total de U\$S 26.000 (a un promedio de 25.000 espectadores por espectáculo, a U\$U 13 promedio por entrada, y a 8% que se cobra por derecho de autor dividido por el número de temas interpretados, promedio de 20, se llega a U\$S 13.000 por actuación); el lucro cesante por difusión de la canción en videoclips, por la suma de U\$S 357.000 (a razón de una emisión de 10 veces al día, en 7 canales de video, desde finales de 2005, 17 meses, da 35.700 emisiones, y a U\$S 10 por cada emisión da la suma referida). Reclaman en total la suma de U\$S1.183.000.

Reclaman por daño futuro U\$S 400.000 a razón de U\$S 2 por unidad vendida), entienden que ese daño es pasible de reclamación, y que el

álbum “Magia” se seguirá vendiendo estimando la venta total futura en 200.000 copias más.

Por daño moral reclaman U\$S 20.000 para cada uno de los comparecientes.

En suma el monto total reclamado en la demanda por todos los rubros es de U\$S 1.623.000, entendiendo que existe nexo causal entre los daños reclamados y el plagio efectuado.

Ofrecen prueba y fundan su derecho en lo dispuesto por la leyes N° 9739, 14.910, y Art. 1319 y sig. y Art. 2393 del C.C., y Art. 34 a 38 del T. de Montevideo de 1889; y solicitan se haga lugar a la demanda, condenando a la parte demandada a abonarles U\$S 1.623.000, con mas sus reajustes e intereses legales, costas y costos.

2) Por auto N° 2653/07 se confirió traslado de la demanda, el que fué evacuado a fs. 207 y sig. por el Dr. M. Bonino Bordes, en representación de la Sra. Rosana Arbelo, según personería que acreditó con poder para pleitos legalizado, glosado de fs. 127 a 129, y expresó en síntesis que:

a) Opone la excepción previa de falta de competencia de los tribunales nacionales para conocer en la causa.

b) Controvierte en forma genérica todas las afirmaciones efectuadas en la demanda, con excepción de lo que se reconozca expresamente en la contestación

Niega que exista un “altísimo grado de similitud” entre el tema compuesto por los actores y el tema “Soñaré”, y que el mismo se verificara en el 80% de la obra, como se afirma en la demanda. Entiende que la similitud, no coincidencia, se da solo en una parte de los estribillos, y solo a lo largo de cuatro compases cuya

extensión no llega a siete segundos, cuando los temas en cuestión tienen una duración de 2 min. y 27 seg. y 4 min. y 43 seg. respectivamente, que ello se debe a que esos tramos de ambas obras no son originales, sino que esa sucesión melódica y armónica se encuentra en obras musicales anteriores a las de autos, cuyo origen remoto estaría en una canción navideña muy popular en el hemisferio norte y luego en el mundo, cuya partitura habría sido publicada por primera vez en 1823 y 1833 en las obras “Some Ancient Christmas Carols” y “ Gilbert and Sandys Christmas Carols”, las que a su vez tendrían como origen el villancico “First Noel”, que dataría del siglo XVI o XVII, o siglo XIII para otros, el cual se encuentra en el dominio público, habiendo sido transmitido de generación en generación y grabado por más de cien mil artistas, algunos de prestigio internacional, los que nombra a fs. 209.

Existe una similitud muy marcada entre “ Uruguay te queremos” y el villancico “First Noel”, y que la similitud entre el primero y “Soñaré” obedece a un denominado “lugar común” entre ambas composiciones, atribuible al origen remoto ya referido. Sostiene que Rosana no conoció la canción de los actores, por lo que no pudo plagiarla, y que esa obra no fue difundida en España, pero que los actores si conocieron el villancico referido como lo demuestra la simple audición de ambos.

c) Niega que Rosana o WARNER MUSIC hubieran incurrido en plagio, ya que la mera existencia de similitud entre dos obras no constituye plagio, máxime cuando la misma no es sustancial, sino mínima, parcial, como en el caso de autos que opera en 4 compases, y cuando no se verifica en un aspecto original de la obra, ya que el estribillo de “ Uruguay te queremos.....” es una copia casi idéntica de la melodía de “First Noel”, el que ha sido reiterado en obras

de música popular que cita a fs. 217 vltto.; para que exista plagio la similitud debe darse sobre aspectos originales y por tanto protegibles de la obra. Cita doctrina, y agrega que la falta de originalidad de la obra de los actores es admitida en el informe de Fernando Condon que acompañaran los mismos en su demanda, quien expresó a fs. 44 que ambos estribillos “responden a patrones muy utilizados en la música pop”, y que ninguno de los informes acompañados con la demanda analizó la inexistencia total y absoluta de originalidad en el estribillo del tema “ Uruguay te queremos.....”. La similitud de la armonía en cuatro compases de las obras de los actores y la de Rosana no tiene relevancia jurídica alguna, ya que no es la armonía el elemento protegible de las obras musicales, cita informes, los que concluyen que ambas obras son absolutamente distintas. En suma no existe plagio, no existe acto ilícito, por lo que no existe obligación de indemnizar daño alguno.

d) No existe culpa, las normas de derecho de autor en que se funda la demanda no son normas precaucionales, no son a las que refiere el Dr. Gamarra en su obra T. de Der. Civil Uruguayo Tomo XIX pág. 116 y 117, ya que las mismas, están lejos de representar deberes específicos emanados del deber genérico de no causar daño, el que se encuentra recogido por el Art. 1319 del C.C.. Aún cuando se entendiera que se violó alguna de las normas de la ley de Derechos de Autor, compete a la actora probar que se incurrió en una conducta culpable. Y si no medió conocimiento de la obra, en qué consistió la negligencia, u omisión, que se pretende hacer presumir.

e) El daño reclamado en autos es improcedente, no siendo posible sostener que el eventual daño ocasionado a los actores pueda determinarse en función de las ventas del disco de Rosana, el cual vendió al 31/12/07, 160.417 unidades, y

no 400.000 como alegan los actores. Esa venta no significa que los actores hubieran podido vender el mismo número de su obra, máxime cuando la obra de Rosana se vendió en países en los que los actores seguramente nunca vendieron sus discos, ya que el daño emergente supone que el producto ilícito haya determinado un desplazamiento de la clientela propiedad de los titulares de la obra supuestamente plagada, lo que no ocurrió en este caso, es decir, los actores no perdieron la oportunidad de vender una cantidad igual de copias a las ventas por Rosana, ni se perdieron la oportunidad de realizar 20 shows, ni de difundir el video clip de su canción 10 veces al día en 7 canales de música. Todo lo referido en cuanto a Rosana se debió al prestigio de la misma y no por incluir el tema que puede resultar parecido al de los actores, no es posible tomar dichos parámetros para calcular el daño emergente reclamado. En el caso de Luis Miguel citado en la demanda la condena fue a abonar el 40% de las regalías y no el 100% como se pretende en autos; no dándose en el caso de autos las circunstancias que la doctrina requiere habitualmente como determinantes del daño, caso de desvío de clientela, apropiación de inversiones en publicidad, pérdida de atracción del público en la obra por la confusión con los ejemplares legítimos, disminución del poder de venta de la obra legítima, etc..

Controvierte: la importancia que al tema “Soñaré” se le da en la demanda, sostiene que su aceptación en los medios, radio y TV, fue media o media-baja; el precio que se le da al disco “Magia” de U\$S 17,20, no es el que debe tomarse, sino que debe estarse el precio de venta al distribuidor PPD, siendo en promedio para este disco de 6,7 Euros; el número de discos efectivamente vendidos; la cantidad generada por la obra “Soñaré” por concepto de shows, recitales, etc., la que estima en 4.379,99 Euros hasta Diciembre de 2007, según certifica-

do que acompaña; la difusión imputada en la demanda al video de la canción en cuestión, estimando que su aparición hasta la fecha fue de unas 460 veces, así como el monto de los derechos generados por la difusión pública de dicha obra en radio, televisión, discotecas, recitales, etc., lo que incluye la emisión de videos, los que ascendieron hasta diciembre de 2007 a 26.454,35 Euros, acompaña certificado; los daños futuros reclamados, ya que es presumible que las ventas con el tiempo vayan disminuyendo, y que siendo optimistas podrían llegar a 2.000 o 3.000 unidades mas.

f) Se opone: a la prueba testimonial ofrecida por la actora, ya que los mismos no declararán sobre hechos, sino sobre su opinión acerca de las similitudes o no de las obras, lo que debe ser objeto de pericia; al objeto de la pericia solicitada por la actora, ya que compete al tribunal y no al perito determinar si existió o no plagio; a la prueba de informes acompañada con la demanda por ser la misma sesgada y con una carga subjetiva muy señalada, aún por los mismos informantes caso de Fernando Condon, señala errores que contienen algunos de dichos informes, caso el de Beatriz Lockhart y Miguel Angel Marín, que uno de ellos no se encuentra firmado.

Ofrece prueba, funda su derecho en las Leyes N° 9739, 17.616, Art. 1319 y sig. y 2399 del C.C., Art. 34 a 38 del T. Int. de 1989 y Convenio de Berna; y en suma solicita que se desestime la demanda, con las máximas sanciones procesales.

3) El traslado conferido fué evacuado a fs. 317 y sig. por el Dr. R. Iturria en representación de la codemandada WARNER MUSIC SPAIN S.A, según personería que acreditó con testimonio de poder para pleitos glosado a fs. 254 a 258, y expresó en síntesis yen términos similares a

los que lo hiciera la codemandada Rosana Arbelo en su contestación, que:

a) Opone la excepción previa de falta de incompetencia de los tribunales nacionales para conocer en la causa.

b) Controvierte en forma genérica todas las afirmaciones efectuadas en la demanda, con excepción de lo que se reconozca expresamente en la contestación, y reitera en esencia los fundamentos de hecho y de derechos expresados en la contestación de la codemandada Rosana Arbelo.

En síntesis apretada niega que exista un “altísimo grado de similitud” entre los temas propuestos por ambas partes, entiende que la similitud, no coincidencia, se da solo en una parte de los estribillos, y solo a lo largo de cuatro compases cuya extensión no llega a siete segundos y que ello se debe a que esos tramos de ambas obras no son originales, sino que esa sucesión melódica y armónica se encuentra en obras musicales anteriores a las de autos, haciendo también referencia al villancico “First Noel”. Existe una similitud muy marcada entre “Uruguay te queremos” y el villancico referido, y que la similitud entre las canciones de las partes se debe a un denominado “lugar común” entre ambas, atribuible al origen remoto ya referido.

c) Niega que Rosana o WARNER MUSIC hubieran conocido la canción de los actores, por lo que no pudieron plagiarla. La mera existencia de similitud entre dos obras no constituye plagio, máxime cuando la misma no es sustancial, sino mínima, parcial, como en el caso de autos y cuando no se verifica en un aspecto original de la obra, cuyo estribillo es una copia casi idéntica de de la melodía de “First Noel”. Cita doctrina e informes, los que concluyen que

ambas obras son absolutamente distintas. En suma no existe plagio, no existe acto ilícito, no existe obligación de indemnizar daño alguno.

d) No existe culpa, las normas de derecho de autor en que se funda la demanda no son normas precaucionales, no son el tipo de normas a las que refiere el Dr. Gamarra en su obra T. de Der. Civil Uruguayo Tomo XIX pág. 116 y 117, y están lejos de representar deberes específicos emanados del deber genérico de no causar daño recogido por el Art. 1319 del C.C.. Compete a la actora probar que se incurrió en una conducta culpable, y que si no medió conocimiento de la obra, no puede incurrirse en negligencia, u omisión.

e) El daño reclamado en autos es improcedente, no siendo posible sostener que el eventual daño ocasionado a los actores pueda determinarse en función de las ventas del disco de Rosana, controvirtiendo el número de discos vendidos y la forma de cálculo de los daños reclamados.

f) Se opone: a la prueba testimonial ofrecida por la actora, al objeto de la pericia solicitada por la misma, y a la prueba por informes acompañada con la demanda, en los mismos términos que lo hiciera la codemandada Rosana Arbelo.

Ofrece prueba, funda su derecho en las Leyes N° 9739, 17.616, Art. 1319 y sig. y 2399 del C.C., Art. 34 a 38 del T. Int. de 1989 y Convenio de Berna; y en suma solicita que se desestime la demanda, con las máximas sanciones procesales.

4) A fs. 358 y sig. la actora evacuó el traslado de la excepción de incompetencia opuesta por los demandados. Por auto N° 1073/08 (fs. 369) se convocó a las partes a audiencia preliminar, la que se celebró el 17/6/08 (fs. 436) y se pro-

rogó la misma para el dictado de resolución; la excepción de incompetencia fue resuelta en primera instancia por la Sent. Int. N° 2383/08 del 7/8/08 (fs. 441 a 445), la que hizo lugar a la misma, y fue revocada por la Sent. Int. de Seg. Inst. N° 56/09 del 20/4/09 dictada por el TAC de 7° Turno, la cual declaró competentes a los tribunales nacionales (fs. 475 a 480).

Por auto N° 1376/09 se convocó a la continuación de audiencia preliminar, la que se celebró el 8/9/09 (fs. 487); en la misma (fs. 511 a 514), las partes se ratificaron de sus escritos; se tentó la conciliación intraprocesal de precepto; se fijó el objeto del proceso y de la prueba; y se dictó pronunciamiento respecto a los medios de prueba admitidos, teniendo por agregada la prueba documental ya incorporada en autos, se hizo lugar a la prueba testimonial, por oficio, y pericial; se celebraron las audiencias complementarias respectivas, se practicó la prueba pericial solicitada por ambas partes; se tuvieron por agregadas las respuestas a los oficios oportunamente librados; se recibió la declaración de los peritos designados; y en audiencia de fecha 27/6/13 se recibieron y agregaron los alegatos, y por auto N° 1081/13 dictado en dicho acto, se convocó a audiencia de dictado y lectura de sentencia para el día de la fecha.

CONSIDERANDO:

1) El objeto del proceso y de la prueba fue fijado a fs. 511 por la anterior titular de la Sede, en determinar la procedencia de la existencia de plagio por similitudes entre ambas canciones y en consecuencia si corresponde la responsabilidad que se imputa a la parte demandada; y definido ello, analizar la pertinencia y monto de los daños y perjuicios invocados, extremos a cuyo respecto deberá versar la prueba a producirse.

2) Se promueve en autos una demanda por cobro de daños y perjuicios, por concepto de lucro cesante, daño futuro y daño moral, invocando los actores que han sido violados por los demandados, la cantante Rosana Arbelo y la empresa discográfica WARNER MUSIC, sus derechos de autor respecto de la obra musical “Uruguay te queremos ver campeón”, que fuera creada para el Campeonato de Campeones de Fútbol celebrado en nuestro país en el año 1980, en el cual Uruguay resultara campeón, siendo un hecho de público conocimiento que el referido tema musical se convirtió a partir de ese momento en un hito de la música nacional.

Alegan los actores que existen importantísimas similitudes entre dicha canción y el tema “ Soñaré” de la cantante española Rosan, incluido en su disco “Magia”, habiéndose incurrido la parte demandada en plagio, y que las demandadas han lesionado su derecho de autor tanto en su aspecto moral como patrimonial, dándose a dicho respecto todos los requisitos exigidos por el Art. 1319 del C.C., el hecho ilícito, la culpa, el nexo causal entre el hecho ilícito invocado y los daños y perjuicios reclamados.

Por su parte los demandados contrvirtieron la existencia del plagio invocado en la demanda, así como también la procedencia de la responsabilidad que se les imputa, y la procedencia, existencia y monto de los daños y perjuicios reclamados.

3) La controversia planteada en autos se centra entonces en determinar si los demandados han incurrido en plagio y si debido a ello han incurrido en responsabilidad, y si deben resarcir a los actores de los daños y perjuicios que se atribuyen a su accionar ilícito, así como determinar la procedencia, existencia y monto de los daños y perjuicios objeto de reclamo.

No ha sido objeto de controversia el derecho de autor invocado por los actores respecto del tema musical “Uruguay te queremos ver campeón”, ni que la obra fuera inscrita en el Registro de Derechos de Autor de la Biblioteca Nacional, con fecha 26/12/1980, con el N° 2718 en el Libro 16, como se invocara en la demanda.

4) En nuestro derecho la propiedad intelectual y los derechos de autor se encuentran regulados por las leyes N° 9739 “De propiedad literaria y artística” y N° 17.616 “De derechos de autor y derechos conexos”.

La noción de derechos de autor y de propiedad intelectual comprende una variedad muy diversa de creaciones del genio humano, que no se encuentra cerrada, sino abierta a las nuevas realidades y desarrollos del ingenio del hombre, siendo prácticamente imposible efectuar una enumeración más o menos completa de todos sus contenidos.

El Art. 1 de la ley N° 9739 establece en forma general la noción del objeto de protección del derecho de autor, y dispone que la ley protege el derecho moral del autor de toda creación literaria, científica o artística, y le reconoce el derecho de propiedad sobre las producciones de su pensamiento, ciencia o arte; y el Art. 5 establece que la protección legal abarca las expresiones ya sea del pensamiento, ciencia o arte, pero no comprende a las ideas, procedimientos, métodos de operación o conceptos matemáticos en sí, y en definitiva enuncia que ampara “el dominio de toda producción de la inteligencia”. Es así que el desarrollo de nuevas tecnologías como la informática ha planteado el problema por ejemplo del concepto de obra informática, como lo es el caso del software.

Las obras musicales, como la que es objeto de estas actuaciones, constituyen uno de los

ejemplos de obras del intelecto humano que se encuentran protegidas por la ley.

La ley N° 9739 “De propiedad literaria y artística” y la ley N° 17.616 “De derechos de autor y derechos conexos”, protegen no las ideas o los conceptos, sino solo la expresión de las ideas y conceptos en obras concretas (Art. 5 Ley 9.739).

De lo expuesto, y a los efectos de que exista protección legal del derecho de autor se requiere que exista una obra, esto es una exteriorización del genio, del intelecto del hombre; no son objeto de protección las ideas, sino su exteriorización mediante una obra determinada, concreta y original (Conforme: Dra. Beatriz Bugallo en Propiedad Intelectual pág. 592).

Es posible definir como original aquello “Que no ha sido imitado, ni copiado de otro, sino fruto de la creación.” (es.thefreedictionary.com.), o como lo “Dicho de una obra científica, artística, literaria o de cualquier otro género: Que resulta de la inventiva de su autor.” (Diccionario de la Real Academia Española, 22° Ed. (www.rae.es), o “Que no es copia o imitación.”, “Que parece haberse producido por primera vez.” (Diccionario Larousse). En nuestro derecho no existe norma jurídica que defina que debe entenderse como obra original, siguiéndose en doctrina el concepto subjetivo de la originalidad, esto es el que refiere a la originalidad “como una proyección de la personalidad del autor.” (Dra. Beatriz Bugallo, obra citada pág. 604 y 605).

Como ya se hiciera referencia en el considerando 3° no se controvierte en autos que los actores hubieran acreditado en legal forma ser los titulares de los derechos de autor que invocan respecto del tema “Uruguay te queremos ver campeón”.

5) Estándose en autos ante un caso de una obra musical, corresponde hacer algunas precisiones.

Siguiendo a la Dra. Beatriz Bugallo en la obra antes citada, pág. 610 y 611, es posible concluir que:” La música se define como la melodía, ritmo y armonía, combinados”, y que “ en las creaciones musicales se identifican estos tres elementos, de cuya apreciación o valoración depende la existencia de la obra protegida.”.

Señala la referida autora que:“ Melodía significa una composición en que se desarrolla una idea musical, simple o compuestasignifica parte de la música que trata del tiempo con relación al canto, y de la elección y número de sonos con que han de formarse en cada género de composición los períodos musicales..... se dirige a los sentidosEs un componente protegible por el derecho de autor.”.

“Armonía.....significa unión y combinación de sonidos simultáneos y diferentes, pero acordes. Resulta de la emisión simultánea de varios sonidos, denominados acordes. Considerada aisladamente, no presenta originalidad. Sin embargo, la yuxtaposición de armonía y melodía puede resultar original y, por tanto ser objeto de protección por el derecho de autor.”.

“Ritmoen lo que respecta a la música, se define como la proporción guardada entre el tiempo de un movimiento y el de otro diferente. Se hace presente en la sensación determinada por la duración o periodicidad de distintos sonidos consecutivos. Considerado aisladamente no es apropiable.”.

En suma una obra musical tiene una identidad propia cuando se combinan los tres elementos referidos.

La parte actora alega que la parte demandada ha cometido plagio, por lo que corresponde precisar que se entiende por plagio.

La Ley 9.739 no define que se entiende por plagio, pero si establece las acciones civiles y penales tendientes a la protección de los derechos de autor, encontrándose entre las acciones civiles la posibilidad de reclamar la indemnización de los daños y perjuicios (Art. 51), comprendiendo dicho reclamo tanto el resarcimiento de los daños patrimoniales, como morales.

Siguiendo a la autora y obra antes citada (pág. 751), es posible definir al plagio como: “copiar en lo sustancial obras ajenas, dándolas como propias.”, requiriéndose a dichos efectos la existencia de una obra protegida por el derecho de autor; la reproducción total o parcial de la obra por quien no es el titular del derecho y sin su autorización; y la atribución de autoría falsa a la obra ilegalmente reproducida, pudiendo configurarse el plagio no solo cuando se copia exactamente la obra, sino también cuando se la incorpora en forma parcial dentro de otro contexto modificado, atribuyéndose la autoría en forma falsa. En el último caso citado se infringen no solo los derechos patrimoniales derivados del derecho de autor, sino también el derecho moral derivado de la paternidad de la obra.

6) Los demandados alegan que en el caso de autos no se ha configurado plagio, dando distintos fundamentos a su postura.

Entienden que:

a) la similitud existente entre ambas obras objeto de controversia en autos se debe a que en los tramos en que las mismas coincidirían, no son originales, sino que esa sucesión melódica y armónica se encuentra en obras musicales anteriores a las de autos, estando el origen re-

moto de ello en una canción navideña, el villancico “First Noel”, el cual data al menos de los siglos XVI o XVII siendo la misma muy popular en el hemisferio norte, y que ha pasado luego al resto del mundo, y el cual se encuentra en el dominio público, habiendo sido transmitido de generación en generación y grabado por un sinnúmero de artistas, y que el estribillo de “Uruguay te queremos ver campeón” es una copia casi idéntica del referido villancico;

b) ni Rosana ni WARNER MUSIC tuvieron conocimiento del tema de los actores, por lo que no pudieron plagiarlo, ya que la obra no fue difundida en España;

c) la mera existencia de similitud entre dos obras no constituye plagio cuando la misma no es sustancial, sino mínima y parcial, como ocurre en el caso de autos, en la que solo opera en 4 compases; y

d) que para que exista plagio la similitud debe darse sobre aspectos originales y por tanto protegibles de la obra, lo que sostienen que no se da en el caso de autos.

7) Como ya se hiciera referencia en el considerando 4º (apartados sexto y séptimo), constituyen obras protegidas por el derecho de autor aquellas que reúnen el carácter de originalidad, entendiendo la originalidad “como una proyección de la personalidad del autor.”.

Procede entonces analizar si la obra de los actores reúne el carácter de originalidad que se requiere a los efectos de que la misma sea objeto de protección por el derecho de autor, correspondiendo ocurrir al análisis de la prueba producida en autos por las partes a dicho respecto.

Preguntados los testigos ofrecidos, todos ellos músicos, respecto a si conocían el villancico

“First Noel”, y si existe similitud entre el mismo, el estribillo del tema “Uruguay te queremos ver campeón” y la canción “Soñaré” de la cantante Rosana, el testigo José Carbajal declaró que desconocía el villancico referido (fs. 527); el testigo Alexis Buenseñor declaró que conoció el villancico cuando la cantante Rosana visitó AGADU, y que existe similitud entre los tres temas en la melodía y en la armonía, al igual que en la versión que del villancico referido interpretada por el grupo musical Boney M, se hizo escuchar al testigo (f s. 530 y 531); el testigo Manuel Capella declaró que tuvo conocimiento del villancico pocas horas antes de su declaración, y que el mismo tiene similitudes con el tema de los actores en la línea melódica (fs.533), y que hay similitudes melódicas en los tres temas (fs. 533 y 534); el testigo Pablo Durand, declaró conocer el villancico y que existe similitud entre el mismo y el tema de los actores respecto de la armonía (fs. 536 y 537); el testigo Alvaro Hago-pian también declaró que existe similitud entre el villancico y la obra de los actores (fs. 539), lo mismo declaró el testigo Eduardo Frigerio a fs. 542; por su parte el testigo Julio Frade manifestó no conocer el villancico.

Corresponde señalar que si bien ambas partes en sus respectivos escritos introductorios y a lo largo del proceso han incorporado como parte de su respectiva prueba distintos informes practicados por reconocidos músicos y expertos en materia musical, quienes se han expedido sosteniendo posiciones acordes a las posturas de las partes, dichos informes no constituyen pruebas periciales, sino informes emanados de las mismas partes, y como tales no corresponde darles mas valor que ese, sin perjuicio de señalar lo prestigioso de las personas que los emiten.

8) En autos se solicitó por la parte actora y por los demandados, se practicara prueba pericial

(fs. 106 vlto., fs. 233 vlto. a 235 y fs. 349 vlto. a 351, respectivamente), a lo que se hizo lugar en la audiencia preliminar a fs. 513, disponiéndose que la pericia debía determinar cuáles son las similitudes y sus grados, asís como si existe posible confusión entre las obras.

En una primera oportunidad se practicó informe pericial por parte del Sr. Corium Aharonian, obrante en autos de fs. 700 a 711, quien asimismo prestó declaración en autos, según surge del acta obrante de fs. 813 a 817, dicho peritaje fue oportunamente impugnado por la actora (fs. 760 y sig.), disponiéndose por auto N° 2410/2011 se practicara nuevo peritaje (fs. 820), recayendo al designación en el Sr. Raúl Medina, cuyo informe pericial y ampliación del mismo lucen glosados de fs. 853 a 858 y de fs. 882 a 886, quien también prestó su declaración en autos, obrando la misma de fs. 1032 a 1034, éste peritaje fue impugnado por la parte demandada según resulta de fs. 959 y sig., sin perjuicio de lo cual no se solicitó nueva pericia.

En lo relativo a esta cuestión de la similitud entre las obras de los actores y de la demandada y el villancico referido, y la originalidad del tema de los actores, el perito designado en autos en primer término, Sr. Corium Aharonian, en su informe pericial a fs. 701, y en cuanto al villancico “The First Noel” y las composiciones objeto de controversia en autos, señaló respecto de éstas últimas que: “ambas canciones son deudoras de un mismo modelo melódico, que aparece en la vieja canción navideña “The First Noel” (o “ The First Nowell”), y de una progresión armónica (no menos lugar común que ese modelo melódico), que aparece explicitado en una composición atribuida a Johann Pachelbel (1653-1706), el “Canon”, que fue lanzado al mercado hacia 1970, fue utilizado en la banda de sonido de a película “El enigma de Kaspar House” de Werner Herzog, y constituyó un lla-

mativo éxito mundial de ventas en la segunda mitad de la década del 1970.” Asimismo el perito al pie de la página referida, en la cita N° 3 remite a un “listado de 70 títulos que reproduce el artículo “Lista de canciones con la armonía del Canon de Pachelbel” del músico uruguayo Pablo Gíndel publicado en su sitio, <http://www.Pablogindel.com/2010/04/lista-de-canciones-con-la-armonia-del-canon-de-pachelbel/>”, en la cual surgen 10 composiciones musicales las que fueron publicadas con anterioridad al año 1975, siendo 5 de ellas anteriores a 1970, y señala que el “esquema armónico” del villancico referido ha tenido un enorme éxito a nivel mundial “como esquema de partida en la música popular”. Señala a continuación la importante vinculación de las tres composiciones, expresando que “se trata hacia fines de la década del 1970 de un lugar común que es natural usar como tal, conscientemente o no.”. La similitud, y la existencia del mismo modelo melódico, de la presencia de un mismo lugar común en las tres composiciones, es reiterada por el perito en su declaración a fs. 815, 816, y 817, señalando además que hay recursos que son de ocurrencia casi inevitable, pudiendo estar esos lugares comunes en un número innumerable de composiciones, las que refiere en su informe a fs. 708 y 709.

Por su parte el perito designado posteriormente, Sr. Raúl Medina, hizo referencia respecto de la invocada coincidencia del tema de los actores y de la demandada, con el villancico ya señalado, y expresó a fs. 858: “ Coincido en cuanto a que las notas de la melodía son las mismas en varios de los pasajes de este villancico, pero creo que no se puede hablar de plagio”; y seguidamente señala que el villancico y el tema de los actores “rítmicamente no tienen nada en común”, y en su declaración a fs. 1033 vlto. expresó que en su informe en el punto 9 señaló que está de acuerdo que la coincidencia

está en la armonía y no en la melodía, y más adelante declara que hay una similitud en la melodía, pero que cambia el ritmo.

De todo lo expuesto, a juicio de la suscrita, y analizando los medios probatorios referidos de acuerdo la regla de la sana crítica en aplicación de lo dispuesto por el Art. 144 del C.G.P., es posible concluir que la composición de los actores, no reviste el carácter de originalidad requerido para que se configure el plagio invocado en la demanda.

En efecto como se hiciera referencia en el considerando 4º son objeto de protección la exteriorización de las ideas mediante una obra determinada, concreta, que reúna además el carácter de originalidad, entendiendo por dicho concepto aquella obra científica, artística, literaria o de cualquier otro género, que resulta de la inventiva de su autor, como una proyección de la personalidad del mismo (Conforme: autor y obra antes citada, Dra. Beatriz Bugallo en Propiedad Intelectual pág. 592, 604 y 605).

En el caso de autos como se señala tanto por los testigos, Alexis Buenseñor (f s. 530 y 531), Pablo Durand (fs. 536 y 537), Alvaro Hagopian (fs. 539), y Eduardo Frigerio (fs. 542), existe similitud entre los tres temas en la melodía y en la armonía.

Lo mismo concluye el perito Sr. Corium Aharonian, en su informe pericial a fs. 701, y es reiterado por el mismo en su declaración a fs. 815, 816, y 817; por su parte el perito designado posteriormente, Sr. Raúl Medina, también señala la coincidencia existente entre el tema de los actores y de la demandada, con el villancico “The First Noel”, en cuanto a que las notas de la melodía son las mismas en varios de los pasajes de dicho villancico, y en su declaración a fs. 1033 vlto. expresó que está de acuerdo que la coincidencia está en la armonía y más

adelante declara que hay una similitud en la melodía, pero que cambia el ritmo.

Como se señalara en el considerando 5º tanto la melodía, como la armonía de una composición musical son componentes protegibles por el derecho de autor, no así el ritmo, el cual considerado aisladamente no es apropiable, por lo que existiendo similitud entre la melodía y armonía de la obra de los actores, con una obra pre-existente que se encuentra en el dominio público, el villancico “The First Noel”, el cual data al menos de los siglos XVI o XVII como ya se hiciera referencia, no es posible concluir que “Uruguay te queremos ver campeón” en su estribillo, que es la parte de la composición en la que se invoca ha sido plagiada, revista el carácter de originalidad requerida a dichos efectos, por lo que no existiendo originalidad, no puede entenderse acreditado el plagio invocado en la demanda, por lo que no habiéndose acreditado el hecho ilícito que daría lugar a la responsabilidad de los demandados y a la obligación de resarcir los daños y perjuicios que se pudieren haber ocasionado, corresponde desestimar la demanda.

9) Asimismo corresponde señalar que a fs. 706 el perito Sr. Corium Aharonian expresa que no es posible la confusión entre la obra de los actores y la de la demandada, y que las similitudes existentes entre ambas, las que fueron ya antes reseñadas, “no parecen llegar a constituir plagio” (fs. 707), y que las mismas “no responden a una misma estética musical”, y que la estructura de ambas obras es distinta sino que por el contrario la obra de los actores tiene un carácter marcial, y que no es posible confundir ambas obras, siendo las mismas distintas. Corresponde destacar que si bien el peritaje del Sr. Aharonian fue objeto de impugnación por parte de la actora a fs. 760 y sig. (Art. 183 del C.G.P), entiende la suscrita que no surgiendo de autos elementos de prueba que determinen que la suscrita deba

apartarse de las conclusiones a las que arribó dicho perito (Art. 184 C.G.P), debe en definitiva concluirse que se trata de obras con similitudes pero que ello se debe a la existencia de lugares comunes con obras precedentes, por lo que no existe plagio, en mérito a lo cual no procede acoger la demanda de autos.

Por su parte el perito Sr. Raúl Medina en su informe a fs. 857 señala que hay gran similitud entre los estribillos de ambas obras, y que para un oyente común se trataría de un mismo tema, y aclara que ello es para un oyente “no técnico en la materia”, por lo que entiende la suscrita que estándose ante un tema eminentemente técnico, es a la opinión de los mismos a la que debe estarse, y no a la de los meros oyentes, para determinar si existe o no plagio. Asimismo señala dicho perito a fs.886 que la obra de los actores y de la demandada presentan similitud en sus estribillos, pero que ambas obras presentan originalidad en su resultado, por lo que si reconoce originalidad en esos resultados, y señala en el nal. 11 que “las similitudes entre las diversas obras no llegan a configurar un plagio”, y que las mismas tienen en suma una identidad propia, no puede en sentido contrario, concluir en la existencia de plagio como lo hace en su informe a fs. 857.

En mérito a todo lo expresado no es posible concluir en la existencia del plagio invocado en la demanda al estar a los informes de los técnicos en la materia, según fuera ya analizado, siendo los mismos músicos de reconocida trayectoria, como lo son los dos peritos designados en autos (cuyos respectivos curriculum surgen de fs. 711 y 850 a 852 respectivamente).

Por los fundamentos expuestos en los considerandos que anteceden corresponde desestimar la demanda de autos, no habiendo la

actora acreditado la existencia del plagio invocado, por lo cual no existiendo por parte de las demandadas una violación al derecho de autor invocado por el actor, siendo el mismo quien tenía la carga de probarlo, en mérito a lo dispuesto por el Art. 139.1 del C.G.P, el que establece que: “ Corresponde probar, a quien pretenda algo, los hechos constitutivos de su pretensión...”, lo que la parte actora no ha hecho, procede desestimar la demanda como fuera anunciado.

10) El Art. 688 del C.Civil establece que: “ Puede el Juez no hacer condena especial en costas o imponerla al vencido y aún condenarlo en costas y costos, según estime que aquel litigó con alguna razón o por culpable ligereza o por malicia que merezca la nota de temeridad.”.

Esta norma distingue tres grados de responsabilidad y las consiguientes condenas en cada caso.

A este respecto entiende la suscrita que las partes actuaron en autos en forma correcta, por lo que no corresponde hacer especial sanción en costas y costos, en mérito a lo dispuesto por el Art. 688 del C. Civil.

Por los fundamentos expuestos y lo dispuesto por los Art. 197 y 198 del C.G.P, y demás normas legales, citadas.

FALLO: Desestimando la demanda; sin especial condenación en costas y costos.

Consentida o ejecutoriada, cúmplase y oportunamente archívese.

Fíjense los honorarios fictos profesionales en 3 B.P.C por cada parte.

Dra. Mónica Besio. Juez Letrado