

Daño. Criterios rectores. Extensión del resarcimiento

PAÍS U ORGANIZACIÓN: Argentina

ORGANISMO. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala E, de Buenos Aires

FECHA: 04/06/2014

JURISDICCIÓN: Judicial (Civil)

FUENTE: Centro de Información Judicial de la Corte Suprema de la República Argentina <http://www.cij.gov.ar/inicio.html>

DATOS: “G. M., G. A. G. Y OTRO C. Y.P.F. S.A. S/ INTERRUPCIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN”.

SUMARIO:

“Ahora bien -y como también se ha consignado en la resolución recurrida- el autor que ha tolerado múltiples violaciones a su derecho, en cualquier momento puede oponerse a que ellas se sigan cometiendo; puede siempre reivindicar sus derechos (CNCiv., Sala C, 19-9-78 con voto de Cifuentes en ED 81-171).

“La acción de daños y perjuicios, en principio, no escapa a la regla que dispone que la prescripción comienza a correr desde la fecha en que se produce el daño, que en casi todos los casos es la misma que la del hecho ilícito (ver López Herrera, Edgardo, Tratado de la Prescripción Liberatoria, 2ª. ed., Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2009, pág. 113).”

“El titular de la propiedad intelectual tiene derecho al beneficio que hubiera podido obtener de no mediar la utilización ilícita o la mejor remuneración que hubiera podido percibir de haber autorizado la explotación. Por esa razonable alternativa se evita que sea más beneficioso infringir el derecho de autor que respetarlos, pues si el utilizador paga un precio más bajo en juicio que negociando con el titular del derecho, se alientan las infracciones (CNCiv., Sala I, 5-8-99, ED 186-427; id., Sala G, LL 1995-C, 563 e id. Sala C, c. 406.692 del 7-3-05).”

“Ello no implica, desde luego, imponer sanciones punitivas ni permitir que el afectado se enriquezca a expensas del responsable (CNCiv., Sala G, c. 445.977 del 28-4-06 y también Bently, L. y Sherman., B, Intellectual Property Law, 3ª ed., Oxford, Oxford University Press, 2009, pág. 117) ya que al titular le corresponde el beneficio que hubiera podido obtener de no mediar la utilización ilícita o la mejor remuneración que hubiera podido percibir de haber autorizado la explotación (Emery, Miguel Ángel, Propiedad intelectual. Ley 11.723, Buenos Aires, Astrea, 2003 p. 117 y CNCiv., Sala K, c. 27.970 del 19-2-90)”

“Las consideraciones precedentes me llevan, pues, a concluir que se ha producido un daño material en el caso. En este sentido es verdad que se ha dicho que en la determinación de este tipo de daño en materia de propiedad intelectual, el perjuicio resulta del solo hecho de la violación del derecho exclusivo que la ley reconoce al autor de vender y distribuir su obra (CCiv.2ª, Capital, 4-11-40, LL 20-663 con cita de JA. 50-71 y JA. 68-64; Cifuentes en “Daños. Cómo evaluar el resarcimiento por la utilización no autorizada de las obras. Su incidencia en la jurisprudencia (desde la perspectiva del magistrado)” en V Congreso Internacional sobre la protección de los derechos intelectuales (del autor, el artista y el productor), Buenos Aires, 1990, pág. 304; CNCiv., Sala I, 5-8-99, ED. 186-427 y Villalba, Carlos Alberto, “La obligación de reparar el daño que nace de los hechos ilícitos contra el derecho de autor”, ED. 152-460).”

A esta presunción de daño se suma en el caso que la prueba producida es suficiente para comprobar que la obra pictórica de M. C. podía ser objeto de explotación para ser adosada a los productos de la demandada para obtener mayor atracción de público con fines publicitarios.

“El cálculo del daño material debe partir del monto que hipotéticamente debió haber pagado YPF S.A. a fin de que se autorizara a la exhibición de esculturas -de esa empresa o de un tercero- que eran copias no autorizadas de la obra original del artista.”

“Los actores solicitaron una indemnización por el agravio al derecho moral de autor. Se ha dicho en este sentido que este derecho está constituido, entre otros, por el derecho del autor a decidir la divulgación de la obra y a exigir que se respete su condición de creador y la condición de la integridad de su obra como entidad propia”.

“En realidad, el agravio de los actores se ha centrado -como antes señalé- en la transformación en publicidad de productos de YPF S.A. de la pintura de M. C. mediante el uso de esculturas y gigantografías. La integridad de la obra supone que, por un lado, no se destruya o altere el trabajo original y, por el otro, implica que terceros no instrumentalicen a las creaciones del artista para fines comerciales sin autorización legal (art. 52 ley 11.723). Tanto se degrada una obra cuando se la modifica o altera en perjuicio del autor como cuando se la mezcla con bolsas de productos (probablemente fertilizantes) en medio de una exposición de neto corte comercial sin autorización de los herederos del artista.”

COMENTARIO. Cabe destacar que el eje principal de la Litis, resulta ser el uso publicitario de diversas obras de la actora que la demandada, una compañía petrolera del Estado argentino en el marco de una feria agrícola-ganadera de gran importancia que se celebra todos los años En efecto, sin perjuicio que no se habían fijado ninguno de los productos que comercializa YPF, lo cierto es que la accionada reprodujo varios dibujos transformándolos en esculturas y gigantografías que se exhibían en un entorno campestre dentro del cual se promocionaban los productos y servicios de la contraparte y de esta manera se insertan como parte del mensaje publicitario del expositor. Con respecto al resarcimiento por daños y perjuicios, el tribunal funda su sentencia en el principio rector que *“en la determinación de este tipo de daño en materia de propiedad intelectual, el perjuicio resulta del solo hecho de la violación del derecho exclusivo que la ley reconoce al autor de vender y distribuir su obra”*¹. Por otro lado, utiliza un criterio reparador ya reiterado en

la doctrina y jurisprudencia argentina que “*al titular le corresponde el beneficio que hubiera podido obtener de no mediar la utilización ilícita o la mejor remuneración que hubiera podido percibir de haber autorizado la explotación*”. En el derecho comparado latinoamericano encontramos normas que establecen regímenes alternativos para reparar los perjuicios, tal como es el caso de Paraguay en el que se ofrecen tres sistemas excluyentes: En la primera opción se reparan solamente las lesiones al derecho patrimonial, el titular del derecho solo debe acreditar la existencia del uso no autorizado y se le releva la obligación de probar la extensión del daño. Solo debe acreditar el importe que habitualmente percibe por conceder una licencia por el uso de la obra infringida. En la segunda, se reclaman los daños efectivamente padecidos. Se acciona por violación al derecho patrimonial y al derecho moral, si correspondiera y no se descarta que inclusive se requiera la reparación por daño moral. La última de las opciones tiene su origen en impedir el enriquecimiento sin causa del victimario. Así se habilita demandar por las ganancias que hubiera obtenido el infractor como resultado de la violación del derecho. En este supuesto no debe probar su propio perjuicio sino el beneficio del tercero que usó ilícitamente su obra. Ello significa acceder a información contable y financiera del demandado. Aquí el accionante debe probar la extensión del perjuicio con todos los medios procesales vigentes. Con respecto a la recuperación de las utilidades del infractor, es solo aplicable a la violación de derechos patrimoniales, basado en el enriquecimiento sin causa del demandado. (Art. 158, ley 1.328/98) En el plano internacional, los principales tratados hacen referencia a la necesidad de reparar los daños y perjuicios, como es el art. 45.1 de Tratado AADPIC (OMC) en el que establece que “*Las autoridades judiciales estarán facultadas para ordenar al infractor que pague al titular del derecho un resarcimiento adecuado para compensar el daño que éste haya sufrido debido a una infracción de su derecho de propiedad intelectual, causada por un infractor que, sabiéndolo o teniendo motivos razonables para saberlo, haya desarrollado una actividad infractora*”. El convenio de Berna no realiza estipulación sobre la reparación de daños y perjuicio aunque dispone que “la extensión de la protección así como los medios procesales acordados al autor para la defensa de sus derechos se regirán exclusivamente por la legislación del país en que se reclama la protección” (art. 5.2 in fine). © **Federico Andrés Villalba Díaz, 2014**

TEXTO COMPLETO:

Buenos Aires, Capital de la República Argentina, a los 4 días del mes de junio de dos mil catorce, reunidos en Acuerdo los señores jueces de la Excma. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala “E”, para conocer en los recursos interpuestos en los autos caratulados “G. M., G. A. G. Y OTRO C. Y.P.F. S.A. S/INTERRUPCIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN” respecto de la sentencia corriente a fs. 1042/1051 el Tribunal estableció la siguiente cuestión a resolver:

La sentencia apelada ¿es arreglada a derecho? Practicado el sorteo, resultó que la votación debía efectuarse en el siguiente orden: señores jueces de Cámara Dres. Racimo, Calatayud y Dupuis: A la cuestión planteada, el Dr. Racimo dijo:

I.- El proceso.

El juez de primera instancia hizo lugar parcialmente a la demanda promovida por H. M. y G.

1 Cifuentes en “Daños. Cómo evaluar el resarcimiento por la utilización no autorizada de las obras. Su incidencia en la jurisprudencia (desde la perspectiva del magistrado)” en V Congreso Internacional sobre la protección de los derechos intelectuales (del autor, el artista y el productor), Buenos Aires, 1990, pág. 304.

A. G. G. M. -hija y nieto del artista F. M. C.- contra YPF S.A. por los daños y perjuicios sufridos por la exhibición de algunas esculturas y una “calesita” en la muestra Expochacra 2005 desarrollada entre los días 16 al 19 de marzo de 2005 en la localidad de Theobald, provincia de Santa Fe. La acción prosperó por el daño causado al derecho moral de autor que fue calculado en la suma de \$ 10.000 y se rechazó respecto al reclamo por los derechos de autor dejados de percibir imponiéndose las costas a la sociedad vencida. La demandada había solicitado, al responder el traslado de la demanda, que se citara a I. G. Z. en los términos del art. 94 del Código Procesal quien se presentó a fs. 516/541 respondiendo a la convocatoria dispuesta por el magistrado a quo.

Contra dicho pronunciamiento Y.P.F. S.A. interpuso el recurso de apelación de fs. 1059 que fundó con la expresión de agravios de fs. 1099/1103 respondida a fs. 1117/1120 por la contraria quien, a su vez, apeló a fs. 1057 y fundó su recurso con el memorial de fs. 1091/1098 contestado por la demandada por el tercero a fs. 1113/1115.

Se encuentra acreditado en la causa que la empresa demandada presentó un stand en Expochacra en la ciudad de Theobald en el lapso señalado donde se exhibieron obras pictóricas originales de F. M. C. habiéndose colocado, además, una marquesina con el nombre de este artista, unas esculturas en diversas partes del local y una calesita también con otras esculturas y gigantografías de sus obras.

La controversia en esta instancia gira en torno a si las esculturas y la calesita consisten -según adujeron los demandantes- en parte de una campaña publicitaria en la cual se aprovechó el prestigio del artista sin la autorización correspondiente o si, como afirma la deman-

dada, son creaciones autónomas inspiradas en la obra del padre y abuelo de los actores cuya utilización no violó derecho intelectual alguno. A raíz de esta discusión se había realizado un dictamen por el profesor F. R. -perito de arte- cuyas conclusiones fueron aceptadas, aunque parcialmente, en la sentencia en tanto se consideró que las esculturas representadas en las fotografías de fs. 1 a 22 guardaban directa relación con los personajes de la obra del maestro M. C., que otras (ver fotos de fs. 23/31) eran figuras adaptadas que presentan diferencias con los trabajos originales de donde fueron extraídas y, finalmente, que las restantes (ver fotos de fs. 32/32 A y 32 B) deben ser consideradas una absoluta creación del autor de estas esculturas. El juez discrepó con la posición del experto respecto a la denominada “calesita” al decidir que no podía entenderse -salvo la figura escultórica de un caballo- que aquella fuera distinta a otras que habitualmente existen en los pueblos y ciudades de la provincia de Buenos Aires.

Se juzgó en el fallo que la demandada había violado el derecho de propiedad intelectual de los actores respecto a dos gigantografías y a una “calesita” considerándose que correspondía una indemnización por daño moral en el monto antes señalado descartando que pudiera acogerse la pretensión original que postulaba vincular la cuantificación de este rubro con pautas tales como un porcentaje de la facturación de la empresa demandada para ciertos productos durante el año 2005. En cambio, el magistrado resolvió que no cabía admitir la indemnización de los derechos patrimoniales de autor toda vez que no hubo una promoción de productos de la empresa demandada a partir de la utilización de la obra del artista sin que pueda entenderse que exista vinculación alguna entre la exhibición de un limitado número de esculturas y una “calesita” en una exposición

con la frustración de un contrato publicitario con la empresa Young & Rubicam S.A. en un método que parece haber sido introducido por los actores como fundamento de la ganancia frustrada.

II.-Las excepciones de prescripción.

a.- Prescripción opuesta por la demandada.

Toda vez que la demandada solicita que se resuelva la excepción de prescripción que había opuesto a fs. 465, punto V, corresponde por obvias razones de orden metodológico examinar ahora este planteo. El juez a quo había decidido desestimar esta defensa en la resolución de fs. 553/555 que fue apelada en aquella oportunidad por YPF S.A. habiéndose diferido su tratamiento por esta Alzada para el momento de la sentencia definitiva (ver fs. 572). YPF S.A. señala que debe admitirse la excepción de prescripción que había opuesto con sustento en que las esculturas, las gigantografías y la calesita que adornaban el stand de Expochacra venían siendo exhibidas pública y continuamente desde el año 1996 con el beneplácito de los actores según también ha sido corroborado por el tercero G. Z. La apelante hace referencia a exposiciones desarrolladas en el Palais de Glace, en el Museo de la Patagonia, en una muestra de la Dirección de Cultura de la Provincia de Córdoba, en otra por la Secretaría de Cultura de Mar del Plata y además en una exposición de M. C. organizada por Z.. Los actores respondieron que nada reclaman en relación a hechos anteriores al año 2005 ya que su planteo se circunscribe al hecho acaecido entre los días 16 al 19 de marzo de ese año en Expochacra y que por tal motivo corresponde desestimar la defensa introducida por la empresa demandada.

Es verdad que, como señala la parte demandada, la CSJN ha distinguido entre el derecho

de los autores al disfrute patrimonial exclusivo de su creación intelectual, del derecho a que se les reconozca la paternidad espiritual de su obra, que, dada su intrínseca naturaleza moral, resulta inseparable de su personalidad. Señaló el máximo tribunal que el hecho de que los derechos intelectuales no sean susceptibles de ser adquiridos por prescripción no autoriza a concluir que no prescribían las acciones tendientes a reclamar indemnizaciones por violación de los derechos autorales, tanto sea moral o patrimonial el aspecto infringido (“Casiraghi, Félix y otros c. La Rioja, Provincia de s/daños y perjuicios” del 23-11-89, ED 138-330). Ahora bien -y como también se ha consignado en la resolución recurrida- el autor que ha tolerado múltiples violaciones a su derecho, en cualquier momento puede oponerse a que ellas se sigan cometiendo; puede siempre reivindicar sus derechos (CNCiv., Sala C, 19-9-78 con voto de Cifuentes en ED 81-171). El cómputo se produce según el art. 4037 del CC y consiste en la pretensión de obtener el resarcimiento del daño patrimonial que se dice sufrido a raíz de la comisión de un acto ilícito o del atentado a la propiedad intelectual (CNCiv., Sala B, 26-3-87, LL 1987-E y Emery, Miguel Ángel, Propiedad intelectual. Ley 11.723, Buenos Aires, Astrea, 2003 p. 122).

El acto ilícito imputado a la demandada consistió en copiar, reproducir, adaptar y transformar la obra de M. C. con la finalidad de atraer clientela a su favor en EXPOCHACRA y la demanda prosperó parcialmente por este motivo. Surge aquí una dificultad puesto que existen dos actos analíticamente distinguibles; por un lado, el proceso de copia material de la obra (la transformación de figuras bidimensionales en esculturas y la reproducción en gigantografías de pinturas del autor) y otro la utilización instrumental de esos elementos para un fin publicitario. La cuestión queda aclarada al haber

precisado la actora que no reclama por otros actos anteriores a EXPOCHACRA y al haber quedado comprobado que la hija de M. C. -ver fotografía de fs. 390- conocía de la existencia de las copias y consintió su uso para anteriores exhibiciones.

La acción de daños y perjuicios, en principio, no escapa a la regla que dispone que la prescripción comienza a correr desde la fecha en que se produce el daño, que en casi todos los casos es la misma que la del hecho ilícito (ver López Herrera, Edgardo, Tratado de la Prescripción Liberatoria, 2ª. ed., Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2009, pág. 113). Empero, la acción por los daños y perjuicios correspondientes a la utilización publicitaria de la obra de M. C. en EXPOCHACRA no pudo haberse producido al momento de la copia material o eventualmente a la fecha de su muestra en otras exposiciones. Y si la prescripción comienza a correr el día en que nace la acción (ob. cit., pág. 106) resulta evidente que los actores no estaban habilitados a promover una demanda resarcitoria respecto de un hecho que se produjo recién durante la muestra realizada en la localidad de Theobald.

El acto ilícito consistió estrictamente en haber utilizado creaciones del pintor -que en el caso eran copias- dentro de un emprendimiento comercial que, a entender de los actores, exigía su autorización previa por violación de lo dispuesto por la ley 11.723. El uso ilícito imputado a la demandada se produjo, según los actores, entre los días 16 al 19 de marzo de 2005 y la demanda fue promovida el 15 de marzo de 2007 (ver fs. 116 vta.).

De todos modos, entiendo pertinente formular una aclaración en este punto del razonamiento. La actora demandó a YPF S.A. también por el acto de copia de las esculturas sobre motivos del artista y esta sociedad pidió la citación

como tercero de G. Z. con lo cual puede concebirse que se haya reclamado por el gravamen a la propiedad intelectual al haberse reproducido la obra de M. C.

La demandada ha señalado que la hija del artista conocía perfectamente que se habían realizado las esculturas y las gigantografías y ello ha sido corroborado por la prueba producida en la causa de la cual resulta que aquella se ubicó en al menos una oportunidad junto con el tercero al lado de estas figuras corpóreas. Los actores sabían de la existencia de estas copias y a pesar de ello no plantearon acción alguna en protección de los derechos intelectuales de la obra de M. C.. Estimo así que corresponde deslindar entre el reclamo por la copia de las esculturas (hecho ocurrido antes del año 2005) de la exhibición de elementos de las pinturas del artista con un fin netamente comercial -según se asegura en la demanda- en marzo de 2005 en EXPOCHACRA y, acto seguido, desestimar la pretensión resarcitoria respecto de la primera conducta por haber transcurrido el plazo establecido por la ley (art. 4037 del Código Civil).

Por ello propongo que se revoque la resolución de fs. 553/555 en cuanto desestimó la defensa de prescripción respecto de la acción por la copia de las esculturas y se la confirme en lo demás que decide distribuyéndose las costas en el orden causado en atención a que se trataba de una cuestión dudosa en derecho y que la actora pudo creerse con derecho a peticionar como lo hizo (art. 68, segundo párrafo del Código Procesal).

b.- Prescripción opuesta por el tercero G. Z..

I. G. Z. fue citado por la demandada a estas actuaciones y opuso excepción de prescripción a fs. 516vta., punto III, que fue contestada por

la actora a fs. 550 y por la demandada a fs. 552. El juez de primera instancia entendió en la sentencia interlocutoria de fs. 553/555 que correspondía declarar improcedente por prematuro el tratamiento de esa defensa en este proceso toda vez que será en el eventual juicio de repetición a iniciar por el demandado contra G. Z. donde pueda abordarse eficazmente esta defensa. La decisión fue apelada únicamente por la demandada en lo que a ella respecta, mientras que el tercero nada dijo en aquel momento sobre el alcance de esa decisión con lo cual debe entenderse que aceptó dicho criterio dispuesto por el juez en relación a la postergación del tratamiento de la defensa para un proceso posterior.

Ahora bien, el juez de grado indicó en el resultando F del fallo de fs. 1042/1051 que esta Cámara había diferido el tratamiento de los “recursos interpuestos” contra la mencionada resolución hasta la sentencia definitiva. Se trata claramente de un error -ver resolución de fs. 572 en la cual solamente se habla del “recurso interpuesto” por YPF S.A.- ya que la decisión interlocutoria de fs. 553/555 sólo había sido apelada por la demandada y únicamente en lo que respecta a la desestimación de la defensa de prescripción por ella opuesta contra la acción de los actores. Estimo que es a partir de la lectura de ese resultando que probablemente G. Z. consideró que era necesaria la interposición del recurso de apelación a fs. 1052 que fundó con la presentación de fs. 1079/1089 en la cual requiere que se revoque la sentencia apelada y se haga lugar a la defensa de prescripción y eventualmente que se declare que no ha habido el daño moral que se condena a resarcir.

Resulta claro que de haber entendido G. Z. que la resolución de fs. 553/555 era errónea debió haberla recurrido del mismo modo que la de-

mandada y al no haberlo hecho en la oportunidad correspondiente quedó firme lo allí dispuesto. Por otro lado, el magistrado nada decidió en la parte dispositiva del fallo definitivo sobre este apelante lo cual resulta finalmente lógico ya que todo pronunciamiento a su respecto había sido clausurado en este juicio al considerar prematuro el tratamiento de la defensa de prescripción interpuesta por G. Z. Como la actora no dedujo pretensión resarcitoria contra el tercero y como no existe posibilidad de resolver acerca de los planteos formulados por la demandada es evidente que no hay agravio en este juicio que pueda motivar la interposición del recurso de apelación intentado. Cabe advertir, además, que la queja específica introducida consiste, en lo fundamental, en solicitar que se declare prescripta la eventual acción de regreso contra su parte sin advertir que la cuestión ha sido resuelta -nuevamente debo decirlo- con carácter firme por el juez mediante el pronunciamiento de fs. 553/555.

Entiendo que, más allá de la equivocación cometida en el mencionado resultando, el recurso de apelación debe desestimarse toda vez que la cuestión planteada ha sido resuelta y por no haber causado agravio alguno al tercero la sentencia dictada por el juez a quo.

III. Indemnizaciones.

a.- Las obras empleadas en el hecho ilícito.

El juez de primera instancia estableció que la demandada Y.P.F. S.A. violó en el stand de su propiedad de Exepochacra 2005 el derecho de propiedad intelectual en sentencia no cuestionada por la vencida respecto a la comisión del ilícito civil. No cabe discutir en esta Alzada este aspecto ante el consentimiento de ambas partes con lo que se encuentra demostrada la antijuridicidad del actuar y la culpa en el caso

aunque la vencida solicita en la expresión de agravios que se deje sin efecto la condena ante la inexistencia de daño alguno. Debe tenerse en cuenta, además, que la litis no fue integrada por los escultores que habrían transformado las pinturas del artista en “figuras corpóreas” de manera que el acto antijurídico (arts. 1066 y 1067 del Código Civil) queda constituido por la conducta de la demandada al haber empleado elementos extraídos indirectamente de la obra de M. C. sin autorización de los titulares del derecho intelectual.

Toda vez que existen algunas imprecisiones en el fallo en relación a la delimitación de la conducta cuestionada a la empresa, estimo adecuado precisar claramente cuáles han sido los objetos expuestos en el curso de la exhibición a fin de evitar mayores confusiones en torno a la eventual procedencia del reclamo efectuado por los demandantes.

El magistrado de primera instancia -con apoyo en las conclusiones del experto- consideró que las figuras corpóreas obrantes en las fotografías 1 a 22 guardan una directa relación con los personajes de M. C. Las denominadas “figuras adaptadas” y “figuras inspiradas” (correspondientes todas ellas a las fotografías obrantes a fs. 23/31 y 32/32 A y 32 B) han quedado desglosadas en el examen realizado por el magistrado del conjunto global e indiferenciado que había sido indicado en la demanda. No existen dudas sobre este punto.

El tema de la “calesita” merece, en cambio, un párrafo aparte. Si bien continuamente a lo largo de la sentencia se menciona a la “calesita”, y generalmente entre comillas (ver, por ejemplo, las alusiones a fs. 1047 vta., tercer párrafo y 1049 segundo párrafo), lo cierto es que el juez precisó que el conjunto no podía ser considerado como un elemento tomado de la obra de

M. C. separándose así expresamente -según lo afirmó a fs. 1046, punto c- de las conclusiones del perito interviniente en la causa. Señaló, en cambio, que dos de los personajes que ilustran las gigantografías que adornaban a la calesita sí habían sido extraídos en forma directa de las obras del pintor y que por tanto pueden ser considerados una copia de las mismas -teniendo en cuenta que se trata también de imágenes en dos dimensiones- circunstancia que entendió claramente violatoria de las disposiciones legales.

En suma, el derecho intelectual de los actores se vio afectado por el empleo en el stand durante ese breve período de unas esculturas copiadas de la obra de F. M. C. (ver fotos identificadas con los números 1 a 22 por el experto) y de dos gigantografías ubicadas en el exterior del eje de la calesita. La sentencia no ha merecido agravios sobre este punto por parte de la demandada de manera que corresponde a continuación examinar la procedencia y cuantía de las indemnizaciones reclamadas en el escrito de inicio, punto sobre el cual también se queja la actora al haber sido rechazado el rubro que calificó como daño al derecho moral de autor.

b.- Daño material.

b.1. La existencia del daño material.

El juez de primera instancia dijo que se había reclamado la suma de \$ 150.000 por “derechos de autor dejados de percibir”, que para justificar el resarcimiento los demandantes parten de la base de que se trató de una campaña publicitaria de YPF S.A. en la que se hizo uso del nombre del artista para promocionar sus productos, que las cuestiones atinentes a la utilización de sus derechos resultan ser de carácter netamente subjetivos y que no se trató

de una promoción lisa y llana de productos a partir de la obra del artista sino de una exposición de obras originales de propiedad de un tercero limitándose la violación de su derecho a la exhibición de un cierto número de esculturas y una calesita para atraer al público infantil.

La actora alega en su expresión de agravios que su parte nunca pretendió fundar el reclamo indemnizatorio por los derechos patrimoniales de autor en una supuesta pérdida de chance o frustración de un posible contrato publicitario. La apelante se remitió, para justificar su posición, a lo que había aducido en la demanda (ver fs. 166) en términos que considero apropiado reproducir a continuación:

“La demandada actuó sin importarle obtener la autorización legalmente exigible de parte de los titulares de los derechos de autor, a quienes tenía perfectamente identificados y ubicados. La demandada sabía fehacientemente que estaba utilizando, reproduciendo y transformando obras sin la autorización del titular de los derechos de autor sobre las mismas y sin pagar los correspondientes derechos por su utilización, y sabía también que reproducía las obras en forma parcial y recortada, y transformaba la obra originaria en gigantografías y esculturas o figuras corpóreas que distaban mucho de ser de buena calidad. Lo que agrava aún más la responsabilidad de la demandada es que ésta incurrió en esta conducta ilícita, persiguiendo indiscutiblemente una finalidad lucrativa clara, en primer lugar al armar y presentar el stand promocional de sus productos en la EXPOCHACRA 2005 utilizando y explotando abusivamente la obra y el nombre del Artista, lo cual habrá generado mayores ventas y consiguientemente mayores ingresos a la empresa, y en segundo lugar por el ahorro de dinero, logrado como consecuencia de no haber pagado los derechos o precio a mis mandantes para ob-

tener la autorización que nunca pidieron, justamente para evitar pagarles”.

He transcrito este fragmento del escrito de demanda puesto que, a mi entender, refleja adecuadamente los hechos de la causa y la perspectiva jurídica que dio la actora al entuerto que se extendió más allá de un simple empleo inocente de esculturas que copiaban las figuras elaboradas por el pintor M. C.

Se impone realizar un procedimiento de análisis, en el estricto sentido del término, de dos conductas de la demandada que son distinguibles como paso previo al examen acerca de la procedencia del reclamo por el daño material.

YPF S.A. -sociedad comercial obviamente con fines de lucro- organizó un stand en EXPOCHACRA donde las empresas exhiben sus adelantos tecnológicos a la vez que muestran sus productos para que sean conocidos por el público a fin de obtener un lucro lícito. Para decirlo en una palabra: publicidad.

La exposición gratuita de las pinturas y la colocación del nombre del artista por parte de la empresa destinado a difundir la obra de un reconocido pintor nacional no pueden ser considerados en esta Alzada al no haber mediado reproche por parte de los actores respecto del alcance de la sentencia. El tema es totalmente distinto en cuanto a las esculturas y gigantografías. La excepción de prescripción ha sido desestimada y la demandada no cuestiona el análisis de fondo realizado por el magistrado a quo con lo cual ha admitido, en definitiva, haber violado el derecho intelectual de los actores mediante el empleo de estos elementos en EXPOCHACRA del año 2005. La cuestión principal a decidir gira en torno a la queja de la demandante por el rechazo del resarcimiento por la inexistencia de daño material cuando se

ha acreditado que se trató de un uso lucrativo de elementos tomados de la obra del artista.

Tengo sobre este punto una visión distinta a la del juez de grado. El análisis efectuado en la sentencia equipara, según entiendo, la muestra de las esculturas y de las gigantografías en EXPOCHACRA a las situaciones que parecen haber ocurrido en anteriores exposiciones de M. C. Se trataría así simplemente de un conjunto de elementos dirigido a promover el acceso del público infantil al conocimiento del arte que -a diferencia, por ejemplo, de lo sucedido en el Palais de Glace o en La Plata- se habría dado en un stand dentro de un predio que muestra los avances de la industria vinculados con el campo argentino sin que de ello pueda deducirse la existencia de daño material alguno para los demandantes.

La exposición de las esculturas y las gigantografías se realizó en un stand como parte de un emprendimiento netamente comercial y con una colocación que -como se verá- importó la subordinación de algunas de las esculturas con copias de figuras del artista a un fin netamente publicitario para asociar la obra artística con productos comerciales. Lo principal no era, pues, la exposición de M. C. sino que esta servía, en realidad, para el mayor lustre del stand promocional de la demandada. Nada malo hay en ello en tanto se haya cumplido con las exigencias legales impuestas por el régimen de la propiedad intelectual consideradas en la sentencia (ejemplo de la marquesina que no ha sido cuestionado por los actores). La dificultad se encuentra en el empleo de las copias no autorizadas de las obras del artista cuando se insertan como parte del mensaje publicitario del expositor, y para ello no es necesario para la procedencia de la acción que se hayan incorporado las figuras a las etiquetas de productos que comercializa la demandada o que

se divulguen las pinturas por avisos en medios gráficos.

Realizada esta distinción entra aquí a tallar el otro tema al que antes me refería sobre la ubicación de algunas de las figuras corpóreas detalladas en las fotos 1 a 22. La demandada sostiene -y entiendo que el juez parcialmente admite- que las esculturas conformaban una suerte de simple elemento motivador para el ingreso del público con lo cual su incorporación podía considerarse accesoria a la exhibición de las obras originales del artista. El fundamento puramente cultural o introductorio a una muestra artística se resquebraja cuando se estudia la prueba producida por los demandantes. Las esculturas correspondientes a personajes de M. C. (ver fotos de fs. 926 y 929) fueron colocadas en el frente del stand de YPF entre fardos de pasto y con un cartel ubicado al costado izquierdo en dirección hacia la entrada que en sentido vertical dice “YPF fertilizantes” y en medio de seis bolsas de productos de la empresa demandada (ver fotografía obrante a fs. 923 del peritaje). Por más que se emplee una perspectiva actual a fin de promover el ingreso de cualquier tipo de público a una exposición artística, no parece ser el procedimiento más adecuado para ello la mezcla de productos comerciales de la demandada con las figuras copiadas del pintor. Quiero decir con esto que se trata de un empleo de propiedad intelectual ajena con un objetivo claramente publicitario de las mercancías de la demandada. Las copias de las esculturas fueron insertadas para que todo ingresante al stand las encontrara asociadas como fragmento de una especie de grupo escultórico mayor que quedó constituido por un jinete con su caballo que fue intencionalmente rodeado por fardos de pasto y bolsas de productos y por una vaca al costado para formar un conjunto visualmente inescindible de los fertilizantes de YPF y de esas bolsas que proba-

blemente pertenezcan también a ese sector de la producción de la demandada (ver fotos del dictamen obrantes a fs. 926, 928 y 929).

No se trata de una presunción basada en consideraciones puristas en torno al modo en que debe ser exhibido el arte dentro del mundo moderno. Y que es un tema estrictamente publicitario surge también de otros elementos agregados al proceso. En efecto, la cuestión de la publicidad fue un punto -frustrado- de encuentro entre los intereses de ambas partes al cual cabe atender en el examen de la presente controversia. La empresa Young & Rubicam S.A. contestó por oficio a fs. 754/757 que en su carácter de agencia de publicidad de Repsol YPF realizó durante el año 2004 gestiones con la finalidad de solicitar un presupuesto para la reproducción de una serie de obras pictóricas del artista F. M. C. “en avisos publicitarios de la línea de productos de campo de Repsol YPF que eventualmente serían difundidos por el plazo de 1 año en revistas (medios gráficos) del rubro agropecuario”. La agencia detalló que “preparó los bocetos que se acompañan en el oficio para documentar al cliente, y se enviaron a M. C. esos mismos bocetos para ilustrar el pedido de estimación de costos. Luego finalmente Repsol YPF decidió no avanzar con esa campaña”.

Las tratativas para la obtención de ese contrato publicitario revelan la importancia del trabajo de este artista y evidencian palmariamente que el objetivo de la demandada era el empleo de su obra para fines publicitarios previa acuerdo con los actores. Entiendo así precisamente lo contrario de lo dicho en la sentencia respecto a que no puede considerarse que exista vinculación alguna entre la exhibición de los elementos en el contexto de una exposición y la frustración del contrato publicitario como fundamento de la ganancia perdida. La ausencia de ese

acuerdo en el año 2004 fue el motivo propulsor para que la demandada utilizara las esculturas publicitariamente -para exponer y dar realce a sus productos comerciales (especialmente YPF fertilizantes)- sin pagarle el costo a los actores que hubieran debido asumir de haber actuado según las pautas de la ley 11.723. La causa de esta conducta de la demandada en el año 2005 es el fracaso del contrato publicitario del año 2004. El problema fue bien señalado en el segmento de la demanda transcripto; esto es, como la demandada no pudo obtener legalmente -por los motivos que fuera- los derechos intelectuales de M. C., posteriormente lo hizo ilícitamente utilizando reproducciones que violan la ley 11.723 -según ha dicho el juez- que le salieron gratis ante el ofrecimiento de G. Z de esas obras aparentemente de su propiedad. El punto que agravia a los actores es esencialmente el modo en que esos elementos fueron empleados por la demandada en el marco de una exposición que tenía un fin preponderantemente comercial y no en el de una exhibición artística (por más que hubiera objetivos subsidiarios de promoción de un gobierno o de otras empresas) como podría haber ocurrido anteriormente en las oportunidades indicadas en la contestación a la demanda.

La empresa afirmó a fs. 469 que ninguno de los productos comercializados por su parte -en especial los publicados en el stand- adició una figura o hace alusión alguna en relación a F. M. C. o sus obras de arte. El mejor criterio es invertir la perspectiva; las copias de la obra del artista fueron insertadas entre los productos comerciales (fertilizantes) de esa empresa en la entrada de la exposición. La mixtura entre lo comercial y la copia de lo artístico es evidente sin que ese grupo escultórico nuevo -el jinete, la vaca, las bolsas y el cartel indicando Fertilizantes YPF- pueda ser considerado como una obra de arte independiente como lo son, por

ejemplo, las examinadas por el perito con las fotos de fs. 953/955.

Las consideraciones precedentes me llevan, pues, a concluir que se ha producido un daño material en el caso. En este sentido es verdad que se ha dicho que en la determinación de este tipo de daño en materia de propiedad intelectual, el perjuicio resulta del solo hecho de la violación del derecho exclusivo que la ley reconoce al autor de vender y distribuir su obra (CCiv.2ª, Capital, 4-11-40, LL 20-663 con cita de JA. 50-71 y JA. 68-64; Cifuentes en “Daños. Cómo evaluar el resarcimiento por la utilización no autorizada de las obras. Su incidencia en la jurisprudencia (desde la perspectiva del magistrado)” en V Congreso Internacional sobre la protección de los derechos intelectuales (del autor, el artista y el productor), Buenos Aires, 1990, pág. 304; CNCiv., Sala I, 5-8-99, ED. 186-427 y Villalba, Carlos Alberto, “La obligación de reparar el daño que nace de los hechos ilícitos contra el derecho de autor”, ED. 152-460).

A esta presunción de daño se suma en el caso que la prueba producida es suficiente para comprobar que la obra pictórica de M. C. podía ser objeto de explotación para ser adosada a los productos de la demandada para obtener mayor atracción de público con fines publicitarios.

El paso siguiente consiste en determinar, pues, la extensión del resarcimiento reclamado por los demandantes.

b.2. La cuantificación del daño material.

El titular de la propiedad intelectual tiene derecho al beneficio que hubiera podido obtener de no mediar la utilización ilícita o la mejor remuneración que hubiera podido percibir de haber autorizado la explotación. Por esa razonable alternativa se evita que sea más beneficioso

infringir el derecho de autor que respetarlos, pues si el utilizador paga un precio más bajo en juicio que negociando con el titular del derecho, se alientan las infracciones (CNCiv., Sala I, 5-8-99, ED 186-427; id., Sala G, LL 1995-C, 563 e id. Sala C, c. 406.692 del 7-3-05). Ello no implica, desde luego, imponer sanciones punitivas ni permitir que el afectado se enriquezca a expensas del responsable (CNCiv., Sala G, c. 445.977 del 28-4-06 y también Bently, L. y Sherman., B, Intellectual Property Law, 3ª ed., Oxford, Oxford University Press, 2009, pág. 117) ya que al titular le corresponde el beneficio que hubiera podido obtener de no mediar la utilización ilícita o la mejor remuneración que hubiera podido percibir de haber autorizado la explotación (Emery, Miguel Ángel, Propiedad intelectual. Ley 11.723, Buenos Aires, Astrea, 2003 p. 117 y CNCiv., Sala K, c. 27.970 del 19-2-90).

Existen elementos de carácter objetivo que permiten llegar a establecer judicialmente el monto de la indemnización reclamada en este caso.

El fuerte interés de la demandada por asociar a la empresa con la obra de M. C. se encuentra suficientemente acreditado en la causa. Señalo, en primer lugar, la existencia de folletos correspondientes a una exhibición realizada en La Plata que motivó la remisión de una carta documento por parte de la hija del artista obrante a fs. 241 del 12-10-04 respecto de la organización de una exposición por parte de la demandada con el tercero con obras del artista denominada “M. C. en La Plata” desarrollada en los meses de agosto y septiembre de ese año realizada en el Centro Provincial de las Artes Teatro Argentino. A diferencia de lo expuesto por los actores, ninguna importancia tiene esa carta en orden a las esculturas puesto que en ella no se hacía alusión a este tema, pero sí es relevante para el

examen de la conducta posterior de la demandada quien debió haber sido cuidadosa -conociendo el derecho intelectual invocado por la heredera de M. C.- para evitar el seguimiento de un camino que supusiera un uso no autorizado de sus obras para fines comerciales. Más importante que la recepción de esta carta documento es la mencionada frustración del contrato publicitario que se dio el año anterior a EXPOCHACRA 2005 en cuanto surge del informe remitido por Young & Rubicam S.A. de fs. 754/757 el intento de instrumentalizar la obra del autor con fines publicitarios.

El patrón de comportamiento que debió haber adoptado la demandada es claro. Si entendía que para ayudar a que se convocara más gente a un stand netamente comercial era necesario colocar esculturas atractivas a ese fin, lo que debió haber hecho es preparar un contrato con los actores para que estos cedieran onerosa o gratuitamente sus derechos intelectuales sobre la obra de su padre y abuelo. Ni más ni menos. El cálculo del daño material debe partir del monto que hipotéticamente debió haber pagado YPF S.A. a fin de que se autorizara a la exhibición de esculturas -de esa empresa o de un tercero- que eran copias no autorizadas de la obra original del artista.

El reconocimiento de M. C. dentro del medio artístico de nuestro país es un hecho que, por sabido, exime de mayores comentarios. Existen otros aspectos del caso que cabe considerar en la cuantificación del resarcimiento por el daño material.

La vinculación entre los productos de una empresa petrolífera y las escenas de vida rural la ha venido promoviendo la demandada. Este nexo se encuentra ampliamente ilustrado en el folleto de la muestra de La Plata que auspició Repsol YPF donde se aludió a la importancia

publicitaria de las pinturas del artista. Se dijo allí que “Sin duda los almanaques de Alpargatas han sido el éxito publicitario más grande de la historia de la Argentina, y se llegaron a imprimir 18 millones de ejemplares. Florencio se convirtió en el más popular de los artistas argentinos, ya que sus obras se encontraban en miles de ranchos, estaciones y locales de todo el país. Se convirtió en “el artista de los pobres y la gente humilde”, y curiosamente sus originales no eran adquiridos por los coleccionistas de arte, que no veían con buenos ojos colgar en el living de su casa aquello que se utilizaba para almanaques... El pueblo fue el que lo consagró” (ver fs. 180 en el folleto con cita de edición G. Z., I. M. C. en La Plata, 1ª. ed., Buenos Aires Zurbarán, 2004, 16 p.; 27 x. 21, 4 cm. ISBN 987-9022-83-1). La muestra fue realizada con auspicio de YPF (ver contestación de demanda de esta empresa de fs. 458, punto IV.1) con lo cual es de presumir que comparte en un todo lo dicho en el folleto que lleva, además, su logotipo en la tapa (ver fs. 175).

En suma, la obra de M. C. había sido un éxito comercial para la empresa Alpargatas a mediados del siglo pasado con lo cual similar suceso debía presumirse de la vinculación de sus obras -o de sus copias, como en el caso- a la actividad comercial de la demandada y en particular a la sección de su producción dedicada al campo (fertilizantes). Se suma a ello que la propia demandada había advertido las posibilidades que para la empresa tenía la vinculación del costumbrismo gauchesco de M. C. con sus productos. Para decirlo brevemente, la empresa valoraba grandemente el espíritu nacional que exhiben las obras y es por eso que se embarcó en un intento de instrumentalizar esas obras con fines publicitarios. La importancia de ese emprendimiento -que no llegó a puerto- es que participó de esas negociaciones una agencia de publicidad de relevancia internacional.

La onerosidad se presume en general en el empleo de un derecho intelectual ajeno y ello también ocurre respecto a la pérdida que se produce en el patrimonio del titular por el uso no autorizado y tanto más ello se cumple en el sub lite ante el fuerte atractivo popular que surge -a estar a las constancias del folleto antes mencionado- de las pinturas de M. C..

La violación del derecho de autor es la concurrencia hecha a este en el terreno que la ley le reserva y consiste en suministrar al público un objeto que le producirá una impresión idéntica o suficientemente análoga a la que se haya buscado en la obra original de manera que esta pueda ser desplazada con el consiguiente desmedro del valor de comercialización (CNCiv, Sala C, 21-9-71, LL 148-339, id., Sala I, 5-8-99, ED 186-427) sin desconocer desde luego que la insuficiente probatoria pueda gravitar en perjuicio del damnificado (CNCiv., Sala I, 5-8-99, ED 186-427).

La utilización de esas esculturas -a diferencia de lo que podría haber ocurrido con las exhibiciones con fines artísticos- se desarrolló como parte de una estrategia comercial más amplia de la demandada que tenía en miras a las creaciones de M. C. como un recurso potencialmente valioso para asociarlo a los productos de la empresa. Debe tenerse en cuenta, por otro lado, que esas esculturas no fueron aprovechadas por una persona de escasos recursos en un parque de diversiones de una localidad aislada de nuestro país. Las copias y las gigantografías se utilizaron en una exposición de altísimo nivel económico -piénsese en lo que debió haber costado el stand de YPF como "principal expositor de Exepochacra 2005" según reconoció la vencida (ver fs. 37/38) en documentación acompañada por la actora- por una empresa que debe presumirse que tiene pleno conocimiento sobre el régimen de la pro-

piedad intelectual y que se ha probado concretamente que estaba interesada justamente en las obras de M. C. a punto tal de haberse contactado el año anterior con sus herederos.

Los Estados Contables de la demandada -acompañados por esa parte a fs. 608/677- suministran una pauta adicional en este punto ya que revelan la importancia del giro de los negocios de esa firma con lo cual el costo de la adquisición de los derechos intelectuales para exhibir la obra de M. C. en EXPOCHACRA se vinculaba ineludiblemente con esa circunstancia. La cuestión gira tanto en relación a cuánto podían exigir los demandantes como a la posibilidad de que la demandada pagara la suma requerida y está claro que existían recursos para ello en tanto se intentó el comienzo de una campaña publicitaria -con bocetos y todo- que fue abandonada por YPF S.A. en el año 2004.

El reclamo de los actores se distribuyó en tres grupos, en principio, claramente distinguibles: por un lado unas esculturas que supuestamente eran todas ellas copia de la obra del artista; por otra parte, una calesita que incluía esculturas y gigantografías que se estimaban reproducciones de las creaciones de M. C. y, finalmente, la inclusión del nombre "M. C." en la marquesina del stand. El juez rechazó que pudiera estimarse que importaran un ataque al derecho intelectual de los actores la colocación de la marquesina, la calesita y algunas de las esculturas indicadas en el escrito de inicio con lo cual estoy eximido de considerar estos segmentos de la exhibición como causantes de agravio alguno en el caso. La situación es distinta respecto de las gigantografías (dos fotos) ubicadas en la calesita y las esculturas antes individualizadas como figuras corpórea copiadas de la obra de M. C. las cuales se decidió en la sentencia que afectaban el derecho intelectual de los actores.

El monto global -sin mayores determinaciones- fue estimado en \$ 150.000 por este concepto con lo cual el parámetro no puede estar dado por ese número cuando al menos una importante parte de las pretensiones no fueron acogidas en este proceso judicial aunque también he de tener en cuenta la relevancia a la vez artística y comercial de M. C., la existencia de tratativas destinadas a comercializar su obra en el año 2004, el breve período de la exposición en la cual se desarrolló la actividad publicitaria, el eventual deterioro del costo eventual de venta de las imágenes a otras firmas comerciales por su empleo por la empresa demandada y la importancia en el ámbito nacional desde el punto de vista económico de la empresa YPF S.A.

A la luz de estas consideraciones estimo que la suma de \$ 60.000 resulta una compensación adecuada para resarcir el daño material causado a los actores.

c.- Daño moral.

Los actores cuestionan que se haya establecido en la sentencia en concepto de “indemnización por el daño a los derechos morales de autor” un monto que califican de bajísimo teniendo en cuenta la dimensión económica de la conducta ilícita de la demandada concretada en el marco de una exposición comercial de grandes dimensiones. Por su parte, la demandada sostiene que debe revocarse la condena al pago de este resarcimiento toda vez que no se arrimó a la causa una prueba que acredite la supuesta lesión física o espiritual de los actores, que desde el año 1996 se exhibieron las obras cuestionadas sin que se haya denunciado jamás agravio moral alguno y que la condena no debió haber recaído sobre su parte puesto que sólo se limitó a ceder el espacio para promocionar el arte sin haber escogido al artista de la exhibición en un rol que corrió por cuenta de G. Z.

Los actores solicitaron una indemnización por el agravio al derecho moral de autor. Se ha dicho en este sentido que este derecho está constituido, entre otros, por el derecho del autor a decidir la divulgación de la obra y a exigir que se respete su condición de creador y la condición de la integridad de su obra como entidad propia.

Los herederos tiene derecho a ejercer las acciones pertinentes para impedir la utilización del artista cuando no se protege el nombre del autor o a la obra o se la explota mediante un procedimiento no autorizado por la ley 11.723 (Villalba, Carlos Alberto y Lipszyc, Delia, El derecho de autor en la Argentina, 2ª ed., Buenos Aires, La Ley, 2009, pág. 504; “Diferencia entre el daño moral y el daño al derecho moral del autor”, LL 2012-E, 606 y también Villalba, Carlos A., “Los derechos económicos y de la personalidad del artista en la explotación de la obra de arte”, DJ 12-10-11, 16 y Cifuentes, Santos, “Los daños en materia de propiedad intelectual”, pub. en Seminarios Nacionales para la difusión del derecho de autor y la propiedad intelectual, pto. IV, pág. 107).

En realidad, el agravio de los actores se ha centrado -como antes señalé- en la transformación en publicidad de productos de YPF S.A. de la pintura de M. C. mediante el uso de esculturas y gigantografías. La integridad de la obra supone que, por un lado, no se destruya o altere el trabajo original y, por el otro, implica que terceros no instrumentalicen a las creaciones del artista para fines comerciales sin autorización legal (art. 52 ley 11.723). Tanto se degrada una obra cuando se la modifica o altera en perjuicio del autor como cuando se la mezcla con bolsas de productos (probablemente fertilizantes) en medio de una exposición de neto corte comercial sin autorización de los herederos del artista.

Debe advertirse, finalmente, que el resarcimiento del daño moral queda circunscripto aquí

por las razones antes citadas a la reparación por el empleo comercial de las figuras ya que el eventual reclamo por el daño moral por causa de las copias se encuentra prescripto.

Por todo ello estimo que la indemnización debe elevarse al monto de \$ 30.000 en concepto de resarcimiento por el daño al derecho moral del autor causado a los demandantes.

IV. La demandada YPF S.A. se agravió en cuanto entiende que resulta inaceptable que “la condena por daño moral haya recaído también” contra su parte con lo cual plantea, implícitamente, que G. Z. es la persona que debió haber sido responsable por este tema. Ello dio lugar a que el tercero respondiera esta queja con la contestación de la expresión de agravios agregada a fs. 1109/1111.

El planteo falla por su base puesto que no es cierto que la demandada haya sido “también” condenada por este rubro puesto que resulta claro de la parte dispositiva del fallo recurrido que la única obligada al pago es la sociedad demandada. En todo caso lo que debió haber hecho la demandada es quejarse de que el juez no haya condenado a G. Z. y pedir, si así lo estimaba admisible, que la condena fuera oponible a este tercero.

No se me escapa que la demandada presentó a fs. 1059 un pedido de aclaratoria en tanto nada se había dicho en ella acerca del tercero citado lo cual fue desestimado por el juez al señalarse que teniendo en cuenta lo decidido a fs. 554 vta., punto II (lo que no se encuentra firme por las razones especificadas en el punto F de la sentencia) correspondía desestimar el pedido de aclaratoria interpuesto.

Se dijo así indirectamente que en la resolución de fs. 553/555 se había resuelto que no podía

tratarse la defensa de prescripción en este juicio -lo cual es cierto- y que ello no se encuentra firme lo cual es un error toda vez que no existió recurso de apelación interpuesto por la demandada sobre este punto (ver memorial de fs. 560/564). En resumen, la demandada consintió la decisión que postergó el tratamiento de la defensa para el eventual proceso que ella pudiera promover contra el tercero y no está habilitada ahora para reclamar condena en este juicio respecto de un tema que en resolución firme se entendió que estaba fuera del marco de esta litis.

Estimo así que esta queja de la demandada debe desestimarse con costas a su cargo (art. 68 del Código Procesal).

Tampoco procede examinar en este proceso la responsabilidad eventual del tercero G. Z. como se sugiere en la expresión de agravios de la actora por dos motivos distintos. El primero de ellos es que la actora no reclamó en primera instancia condena alguna contra aquél de manera que su planteo ante esta alzada resulta tardío y el segundo porque la cuestión de la controversia entre el tercero y la demandada ha sido diferida en la resolución de fs. 553/555 para ser considerada en otro proceso con lo cual resultaría improcedente la consideración de este tema en este juicio. Las costas se impondrán en este punto en el orden causado.

En resumen, propicio que la defensa de prescripción opuesta por la demandada se admita respecto de la imputación del acto de copia de los elementos exhibidos revocándose la resolución de fs. 553/555, punto I, distribuyéndose las costas en este aspecto en el orden causado en ambas instancias toda vez que la cuestión pudo considerarse dudosa, que el recurso de apelación interpuesto por el tercero se desestime por las razones expuestas y que

la sentencia se modifique admitiéndose el resarcimiento por el daño material causado que se establece en la suma de \$ 60.000 y en lo referente al daño moral por derecho de autor que se eleva al monto de \$ 30.000. La tasa de interés a utilizar -al tratarse de montos actuales- será la del 6 % anual desde la fecha de ilícito hasta el presente del pronunciamiento y a partir de ahora de acuerdo a la tasa activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina (conf. causa “Samudio de Martínez, Ladislao c. Transportes Doscientos Setenta S.A. s/daños y perjuicios” del 11-11-08). Las costas se imponen a la demandada vencida por el principal desestimándose, además, el recurso de apelación intentado por el tercero ante la inexistencia de agravio en lo que a esa parte respecta.

Los Señores Jueces de Cámara Doctores Calatayud y Dupuis por análogas razones a las expuestas por el Dr. Racimo, votaron en el mismo sentido. Con lo que terminó el acto. FER-NANDO M. RACIMO. MARIO P. CALATAYUD. JUAN CARLOS G. DUPUIS.

Este Acuerdo obra en las páginas N° a N° del Libro de Acuerdos de la Sala “E” de la Excma. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil.

Buenos Aires, junio de 2014.-

Y VISTOS:

En atención a lo que resulta de la votación de que instruye el acuerdo que antecede, se modifica la resolución de fs. 553/555, punto I haciéndose lugar parcialmente a la excepción de prescripción opuesta por la demandada con costas en el orden causado y la sentencia de fs. 1042/1051 admitiéndose la demanda respecto a la indemnización por el daño material que se establece en la suma de \$ 60.000 y elevándose la correspondiente al daño moral por derecho de autor al monto de \$ 30.000 calculándose los intereses de acuerdo a lo expuesto en los considerandos e imponiéndose las costas a la demandada vencida (art. 68 del Código Procesal) y se desestima el recurso de apelación interpuesto por el tercero G. Z. Regulados que sean los honorarios en primera instancia, se fijarán los de esta Alzada. Notifíquese y devuélvase.