

Obra fotográfica. Reproducción autorizada para único medio. Derecho de destino. Interpretación restrictiva. Indemnización

PAÍS U ORGANIZACIÓN: Argentina

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

FECHA: 30/05/2012

JURISDICCIÓN: Judicial (Civil)

FUENTE: Publicado en Abeledoperrot.com.ar

DATOS: Palma Quintana, Marcos G. v. Visor Enciclopedias audiovisuales S.A.”.

SUMARIO:

“El punto de la controversia se centra en que se utilizaron esas fotos no solamente para la edición de los fascículos coleccionables, sino también para su incorporación —indebida según el actor y autorizada por las facturas según entiende la demandada— para la publicación de los textos “El gran libro de la Argentina, “El libro de la Argentina” y “El Gran libro de la Argentina”, editados los dos primeros en el año 2006 y el restante en el año 2008.”

“A pesar de que no se ha hecho mención alguna en el memorial al esquema de protección jurídica que suministra la ley 11723 a los autores de las obras fotográficas, la cuestión no puede ni debe ser omitida porque ese sistema normativo da fuerte respaldo a las pretensiones de Palma Quintana.”

“La demandada no ha producido prueba alguna que revele que se trate de reproducciones o de tomas carentes de valor artístico. En suma, son producto de la creación intelectual de Palma Quintana y merecen la protección que la ley 11723 les confiere y de este modo la demandada no podía desconocer los límites que esa normativa le confiere a su autor”

“la enajenación o cesión de una obra pictórica, escultórica, fotográfica o de artes análogas, salvo pacto en contrario, no lleva implícito el derecho de reproducción, que permanece reservado al autor o sus derecho habientes”

“Se trata del llamado “derecho de destino”, que la legislación comparada distingue del “derecho de distribución” y que comprende no sólo la facultad de colocar la obra en el mercado mediante venta, alquiler o préstamo, sino también cualquier uso posterior de las copias de la obra que no haya sido autorizado por el autor. Tal el caso de la utilización de una obra fotográfica, que no está de consuno con el destino que tuvo en miras su autor. El derecho de destino está com-

prendido —según Emery— dentro de la facultad del autor de disponer la obra, lo que le permite también disponer el destino de la utilización”

“Se ha dicho que al interpretar la cesión de derechos de autor es esencial tener presente dos principios generales básicos en la materia: la independencia de los derechos patrimoniales y la interpretación restrictiva de los contratos de explotación de las obras (Villalba, Carlos A. - Lipszyc, Delia, “El derecho de autor en la Argentina”, 2ª. ed., Ed. La Ley, Buenos Aires, 2009, p. 103).

“El análisis de las conductas debe partir, pues, de este criterio de manera que no habiendo prueba de un consentimiento expreso, circunstanciado a la publicación de que se trate, la existencia de un consentimiento implícito o -como se pretende en el caso- ampliado para incluir libros no considerados en las facturas, debe presentarse de un modo tal que no dé lugar a duda y apreciarse con criterio estricto”

“Es así también que la venta de copias no implica la cesión de la obra conservando el autor el derecho de reproducción que reconoce el art. 54, ley 11723, que, entre otras creaciones, protege la obra fotográfica”

“La interpretación sistemática de la frase de las facturas pone en evidencia que la “sola vez” se identificaba con la publicación de fascículos coleccionables exclusivamente y no con el uso editorial para la publicación de libros. Lo que está diciendo el demandado en el memorial es que cuando se insertó esa expresión —fascículos coleccionables— se quiso referir, al mismo tiempo, a textos editados bajo la forma de libros.”

“En resumidas cuentas, donde dice fascículos coleccionables sueltos el recurrente entiende que se encuentran incluidos los libros, lo cual resulta contrario al principio lógico de identidad y al más elemental sentido común que rige el proceso estandarizado de producción de libros destinados a la venta”

“En suma, la ley 11.723 protege la creación expresada mediante la obra fotográfica y su interpretación más autorizada impide considerar extensivamente cualquier cesión de dicha obra intelectual.”

COMENTARIO. El caso a estudio presenta diversas aristas de análisis sobre varias cuestiones. En primer lugar, la aplicación del principio de independencia de los derechos de explotación sobre la obra intelectual. Esto es el reconocimiento de que cada nuevo uso de una obra requiere una nueva autorización y la celebración de un nuevo contrato. En este caso los términos de la utilización de la obra quedaron claros en las facturas que le fueron emitidos, no aceptándose que cuando se refirió a que sean utilizadas “una sola vez” sea referido a un uso “editorial”, tal como pretendía la accionada. Otro instituto que incorpora el fallo en comentario es el “Derecho de Destino” que es la facultad del titular de establecer el uso a su obra. Es así por cuanto en las normas autorales locales como en los tratados internacionales no se encuentran taxativamente limitadas las formas de explotación económica que le son conferidas a la titular de derecho. Por otro lado, y en virtud del principio general que rige a todo el derecho de autor de interpretación restrictiva,

todo uso distinto al acordado se considera una nueva modalidad que debe ser autorizado expresamente. Así, el art. 2 de la ley 11.723 argentina establece que “El derecho de propiedad de una obra científica, literaria o artística, comprende para su autor la facultad de disponer de ella... en cualquier forma. Este mismo principio se encuentra receptado en las legislaciones más modernas del continente como la panameña¹, en la cual establece en su art. 49 que “El autor goza del derecho exclusivo de explotar la obra en cualquier forma o procedimiento y beneficiarse de ella, salvo en los casos de excepción previstos expresamente en la presente Ley, que serán de interpretación restrictiva. Los derechos patrimoniales, así como sus diferentes modalidades, son independientes entre sí”. © **Federico Andrés Villalba Díaz, 2014**

TEXTO COMPLETO:

2ª INSTANCIA. Buenos Aires, mayo 30 de 2012.

El Dr. Racimo dijo:

I.- El juez de primera instancia hizo lugar parcialmente a la demanda promovida por Marcos G. Palma Quintana a raíz de la reproducción ilícita que realizó la empresa demandada Visor Enciclopedias Audiovisuales SA de diversas fotografías de sitios de la República Argentina y mandó abonar a la vencida la suma de \$ 25.250 en concepto de indemnización por los daños y perjuicios producidos y que se desglosa en los rubros correspondientes por el daño material causado (\$ 18.250) y por daño moral (\$ 7000).

Contra dicho pronunciamiento la demandada interpuso recurso de apelación a fs. 217 que fundó con la expresión de agravios de fs. 247/250 en la cual sostiene que el magistrado a quo realizó una inadecuada interpretación de las pruebas arrojadas a la causa ya que su parte obró dentro de lo pactado no habiendo hecho uso ilícito del material fotográfico del demandante. Reclama, en subsidio, que se disminuya el monto del resarcimiento porque resulta excesivo el valor atribuido a cada fotografía en la suma de \$ 250 cuando es posible obtenerlas a precios menores mediante el uso de Internet.

También apeló la sentencia el vencedor mediante el escrito de fs. 219 presentando su memorial a fs. 242/245. Reclama que se incremente el monto del resarcimiento porque la demandada ha hecho uso de las fotografías en tres ediciones distintas del mismo libro de manera que ha incurrido en diversos actos ilícitos y no en uno solo como se entendió en los considerandos de la sentencia recurrida. Afirma, por otra parte, que se ha admitido una indemnización por el costo de las fotografías que debería haber pagado la demandada si hubiera actuado correctamente sin atender a que también correspondía una indemnización como sanción por haber incurrido en una conducta indebida y violatoria de la ley.

Ha quedado acreditado —y no se encuentra sometido a discusión— que el actor es el autor de setenta y tres fotografías de la República Argentina cuyo uso fue autorizado a la empresa Visor Enciclopedias Audiovisuales SA (Visor SA) para la edición de fascículos coleccionables sobre las distintas regiones de la República Argentina (ver fs. 50 de la demanda y fs. 67 del responde respectivo). Tampoco se halla controvertido que el actor emitió las facturas agregadas a fs. 266/269 reconocidas por la demandada a fs. 66 vta. correspondientes a la utilización de esas fotografías —divididas en grupos— conteniendo cada uno de los do-

1 Ley 64 de 10 de Octubre de 2012 Sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos.

cumentos un párrafo uniforme en su anverso que, en lo que aquí interesa dice “Tema: Motivos varios de la República Argentina” y otro que ha sido elaborado con algunas variantes en las diversas facturas que resulta apropiado transcribir por cuanto gran parte de la discusión actual gira alrededor de la interpretación que cabe dar a estos textos. Así en la factura n. 266 se indica “Autorización de uso: uso editorial exclusivamente; en fascículos coleccionables, primera (sic) edición”, en la n. 269 “Autorización de uso: uso editorial. Por una sola vez en fascículos coleccionables”, en la n. 277 “Autorización de uso: uso editorial exclusivamente (una sola vez en fascículos sueltos coleccionables)” y en la n. 280 “Autorización de uso: uso editorial exclusivamente (utilización por una sola vez en fascículos sueltos coleccionables)”.

El punto de la controversia se centra en que se utilizaron esas fotos no solamente para la edición de los fascículos coleccionables, sino también para su incorporación —indebida según el actor y autorizada por las facturas según entiende la demandada— para la publicación de los textos “El gran libro de la Argentina”, “El libro de la Argentina” y “El Gran libro de la Argentina”, editados los dos primeros en el año 2006 y el restante en el año 2008.

La demandada reconoce haber editado esos libros con las fotos de autoría del actor pero asegura que se ha mal interpretado el alcance del contrato que surge de las referidas facturas. Aduce que todo el material fue impreso en el año 1999 en los talleres de la empresa Artes Gráficas Rioplatenses SA, que “las fotos se utilizaron una sola vez”, que no se ha causado perjuicio con la utilización del material impreso “una sola vez pero que ha aparecido en más de una obra editorial”, que resulta un exceso interpretar que las fotos tengan que aparecer

“sí o sí” en fascículos y que las fotografías son de fácil obtención.

El esfuerzo de la demandada para demostrar que ha existido una autorización por parte del autor de las fotografías para su reproducción en los libros indicados se enfrenta con dos obstáculos que no han podido ser superados en el memorial bajo examen.

A pesar de que no se ha hecho mención alguna en el memorial al esquema de protección jurídica que suministra la ley 11723 a los autores de las obras fotográficas, la cuestión no puede ni debe ser omitida porque ese sistema normativo da fuerte respaldo a las pretensiones de Palma Quintana.

Las fotografías del recurrente corresponden a diversos sitios de la Argentina tomadas, entre otras, en las provincias de Mendoza, Neuquén, San Juan, Santa Cruz, Chubut, Córdoba, Río Negro, La Rioja y Buenos Aires con tal calidad profesional que ha llevado a la demandada a insertarlas en tres ediciones obrantes en los libros indicados sin que se haya explicado la razón por la cual no recurrió a los elementos obrantes en Internet para reemplazar el trabajo del demandante si la tarea del fotógrafo era tan sencilla como se aduce en el memorial bajo análisis.

Por otra parte, la demandada no ha producido prueba alguna que revele que se trate de reproducciones o de tomas carentes de valor artístico. En suma, son producto de la creación intelectual de Palma Quintana y merecen la protección que la ley 11723 les confiere y de este modo la demandada no podía desconocer los límites que esa normativa le confiere a su autor (C. Nac. Civ., sala A, “Scanu, Marcelo A. v. Aver SA”, LL Online AR/JUR/388/2008; íd., sala D, “Molina, Aníbal D. v. Basf Argen-

tina SA”, del 16/9/2003, pub. en LL Online AR/JUR/4290/2003, íd. sala J, “Di Gregorio, Constanza v. Tango 1921 SA” del 18/8/2009 e íd. sala M, “Moiso, Alejo A. v. The Associated Press y otros” del 15/3/2010, pub. LL Online AR/JUR/6224/2010), tanto más cuando del reverso de las facturas resulta que Palma Quintana se preocupó por dejar establecido, entre otras cosas, la autoría de la obra, la prohibición de la cesión a terceros, el estado de las fotos, el alcance del contenido del anverso de la factura en cuanto sólo se autorizaba la publicación o reproducción según los términos y condiciones allí indicados y la prohibición expresa de su utilización para cualquier otro fin salvo autorización expresa del autor.

No carece de relevancia este tipo de precisiones efectuadas por el demandante en las referidas facturas puesto que revelan su conocimiento del sistema normativo que regía la cesión de las fotos a la empresa demandada.

En este sentido ha señalado el Dr. Dupuis en su fundado voto como integrante de esta sala en la c. 393.625 del 25/6/2004 que la enajenación o cesión de una obra pictórica, escultórica, fotográfica o de artes análogas, salvo pacto en contrario, no lleva implícito el derecho de reproducción, que permanece reservado al autor o sus derecho habientes (ver aplicación que hizo la jurisprudencia en el caso “Rodríguez, Aurelio v. Lowe Argentina”, C. Nac. Civ., sala G, 30/5/1989, libre n.45.176; íd., “Medina Càmpora, Carlos v. Porcelana Americana y otro”, C. Nac. Com., sala C, 23/4/1992, ED 152-459; “Engel, Américo T. v. Tarifario SRL y otros”, C. Nac. Civ., sala 1ª, 15/7/1999, LL 1999-F-214; C. Nac. Civ., sala C, 15/3/1991-C-401; etc.).

Se trata del llamado “derecho de destino”, que la legislación comparada distingue del “derecho de distribución” y que comprende no sólo la fa-

cultad de colocar la obra en el mercado mediante venta, alquiler o préstamo, sino también cualquier uso posterior de las copias de la obra que no haya sido autorizado por el autor. Tal el caso de la utilización de una obra fotográfica, que no está de consuno con el destino que tuvo en miras su autor. El derecho de destino está comprendido —según Emery— dentro de la facultad del autor de disponer la obra, lo que le permite también disponer el destino de la utilización, (ver en tal sentido, Emery, Miguel Ángel, “Contenido del Derecho de Autor. Los titulares. Los derechos Patrimoniales”, en “El Seminario Nacional para la difusión del Derecho de autor y la Propiedad Intelectual”, salta 11/13-5-2000, p.57 y ss., en particular, p.68, con cita de Gotzen, Frank, “El derecho de destino en Europa”, Copyright OMPI- Julio-Agosto-1989, p. 218).

Se ha dicho que al interpretar la cesión de derechos de autor es esencial tener presente dos principios generales básicos en la materia: la independencia de los derechos patrimoniales y la interpretación restrictiva de los contratos de explotación de las obras (Villalba, Carlos A. - Lipszyc, Delia, “El derecho de autor en la Argentina”, 2ª. ed., Ed. La Ley, Buenos Aires, 2009, p. 103). El análisis de las conductas debe partir, pues, de este criterio de manera que no habiendo prueba de un consentimiento expreso, circunstanciado a la publicación de que se trate, la existencia de un consentimiento implícito o -como se pretende en el caso- ampliado para incluir libros no considerados en las facturas, debe presentarse de un modo tal que no dé lugar a duda y apreciarse con criterio estricto (C. Nac. Civ., sala 1ª, del 24/9/1997 pub. en ED del 24/9/1997 e íd., íd. en autos “Engel Américo T. v. Tarifario SRL y otros”, LL 1999-F, 214 y en similar sentido C. Nac. Civ., sala A, “Zavalía, Héctor F. v. Club Catalinas SA”, del 17/10/2006 pub. en LL Online AR/JUR/1611/2006). Es así también que la venta de copias no implica la

cesión de la obra conservando el autor el derecho de reproducción que reconoce el art. 54, ley 11723, que, entre otras creaciones, protege la obra fotográfica (C. Nac. Civ., sala H, voto del Dr. Kiper en autos “Markarian, Analía V. v. Arte Gráfico Editorial Argentino SA” del 3/6/2008, LL 2008-E, 261 y jurisprudencia allí citada).

De la lectura del memorial de la empresa editorial resulta que sus quejas se han dirigido al procedimiento adoptado en el fallo que revelarían que en el caso concreto el juez se ha apartado del texto específico de las facturas agregadas a la causa que revelarían la existencia de una autorización de Palma Quintana para la impresión de las fotos en los libros publicados posteriormente por la editorial.

Se trata, según entiendo, de una crítica dirigida a alterar el significado de los conceptos técnicos y jurídicos concernientes al proceso de edición y a la técnica de impresión que corresponde esclarecer para evitar mayores confusiones. El primer intento de desplazamiento del significado se ha centrado en un procedimiento que implicaría identificar los conceptos de “impresión” y de “uso editorial”. Se esboza así un razonamiento —aparentemente formal— que no resiste el menor análisis. La demandada afirma que Palma Quintana autorizó el uso de las fotos por una sola vez y que tal utilización se identifica con la impresión realizada en el año 1999 de manera que la incorporación de las fotos a los libros editados en los años 2006 y 2008 no implicó, en realidad, violar el consentimiento dado por el demandante toda vez que para estos textos se empleó aquella impresión.

Este planteo parte de la confusión a la cual puede conducir el concepto técnico de edición que es, por un lado, el conjunto de operaciones y pasos previos a la publicación de un impreso cualquiera; por otro, la impresión de una obra

o escritos con vistas a la publicación, y, finalmente, el conjunto de ejemplares que se imprimen de una sola vez sobre el mismo molde. Son tres definiciones sucesivas y complementarias (Martínez de Sousa, José en Dreyfus, John y Richaudeau, “Diccionario de la edición y de las artes gráficas”, Madrid, Fundación Germán Sánchez Ruipérez, 1990, p. 175 y también Bently, L. - Sherman B, “Intellectual Property Law”, 3ª ed., Oxford, Oxford University Press, 2009, p. 135 y ss.). El fotógrafo ha utilizado en las facturas un lenguaje técnico también respecto a su labor en cuanto restringió el uso de las fotos a los fascículos que como unidad se refiere al cuaderno compuesto de uno o más pliegos de una obra impresa que se vende por fracciones (Martínez de Sousa, José, “Diccionario de edición, tipografía y artes gráficas”, Gijón, Ed. Trea, 2001, p. 154), aunque para reafirmar este concepto se indicó expresamente que en el caso eran “sueltos” y “coleccionables” distinción que, como se verá tiene cierta importancia, para la dilucidación del caso.

El contrato de edición implica, como concepto jurídico, reproducir una obra (fotos en el caso) de una manera uniforme y directa y además difundir y vender al público dichos ejemplares (Satanowsky, Isidro, “Derecho Intelectual”, Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1954, t. I, n. 189, p. 325). La impresión es un segmento técnico que está incluido dentro del concepto legal de edición de la ley 11723 junto con la difusión y la venta de la obra (ver Emery, Miguel Ángel, “Propiedad Intelectual”, 2ª reimpr., Buenos Aires, Ed. Astrea, 2003, com. art. 37, p. 204; Spota, Alberto G, “Contrato de edición”, LL 1980-A,726; Mouchet, Carlos y Radaelli, Sigfrido, A., “Derechos intelectuales sobre las obras literarias y artísticas”, t. II, Buenos Aires, Ed. Guillermo Kraft Ltda., 1948, p. 78; Borda, “Contratos”, 5ª. ed., t. II, Buenos Aires, Ed. Perrot, 1983, n. 1219, p. 209; Bottaro, Raúl

H., “Contrato de edición”, LL 1981-D, 1112; C. Nac. Com., sala B, “SADAIC v. Edifon SRL” del 10/3/1989, LL 1990-A, 552 y Marsili, María Celia, “Contrato de edición”, LL 127-1204, 1209).

Señalaba así el miembro informante de la Comisión Especial Parlamentaria encargada de estudiar el régimen legal de la propiedad intelectual —el senador Matías Sánchez Sorondo— que se entiende “por edición el acto por el cual un autor contrata la impresión, difusión y publicación de la obra. Es indispensable para que exista edición, la concurrencia de estos tres elementos” (Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores, 39ª Reunión, 28ª Sesión ordinaria del 18/9/1933, p. 217). La autorización para una impresión no implica necesariamente la cesión para múltiples reediciones o ediciones de las mismas fotografías. Solamente importa el permiso para la reproducción por medios técnicos de las fotografías y dependerá del contexto contractual determinar si este permiso conlleva su uso editorial sin plazos y sin condiciones o si ha quedado restringido a una única tirada (reproducción de una sola vez).

Como he reseñado, la demandada adopta una hermenéutica extensiva del contenido y del contexto de la cesión de las fotos al afirmar que donde dice uso editorial por única vez no es más que la impresión por única vez autorizándose así -con tal procedimiento lógico y jurídico errado- a estimar que se pueden realizar múltiples ediciones sin la necesidad del consentimiento del autor de la obra.

El error del planteo de la demandada se encuentra en la premisa original cuando se identifica el “uso editorial exclusivamente” —así se lo califica como término técnico en las facturas n. 266, 277 y 280— con la impresión de las fotos, lo cual no resulta en absoluto evidente y lleva a alterar el sentido que se ha dado en la docu-

mentación referida para el empleo de las fotos. Si las partes hubieran contratado la impresión por una sola vez y, además, la múltiple reproducción en libros posteriores a los fascículos coleccionables es claro que así lo habrían insertado, tanto más si se tiene en cuenta que la recurrente se encuentra bien alertada sobre la división del trabajo que existe en el proceso editorial de sus propias obras. Los términos son claros; el actor autorizó su uso para una edición como el conjunto de ejemplares que se habrían de reproducir con la impresión de 1999 para una sola ocasión (primera edición en el sentido de tirada de ejemplares) para la venta de fascículos sueltos coleccionables.

No se trata solamente de una interpretación gramatical en relación al contenido semántico de ambos conceptos. La interpretación sistemática de la frase de las facturas pone en evidencia que la “sola vez” se identificaba con la publicación de fascículos coleccionables exclusivamente y no con el uso editorial para la publicación de libros. Lo que está diciendo el demandado en el memorial es que cuando se insertó esa expresión —fascículos coleccionables— se quiso referir, al mismo tiempo, a textos editados bajo la forma de libros. En resumidas cuentas, donde dice fascículos coleccionables sueltos el recurrente entiende que se encuentran incluidos los libros, lo cual resulta contrario al principio lógico de identidad y al más elemental sentido común que rige el proceso estandarizado de producción de libros destinados a la venta.

Adviértase que incluso se alude en las facturas 277 y 280 a fascículos “sueltos” con lo cual no podría siquiera invocar la demandada que el uso editorial le permitía unir los fascículos para hacer un libro con el contenido de las 73 fotos de propiedad de Palma Quintana. A ello cabe agregar que la factura n. 266 alude solo

a la 1ª edición de los fascículos coleccionables con lo cual ni siquiera podría entenderse que el autor había dado consentimiento para que se publicara una nueva edición o tirada de aquellos cuadernillos. Todo ello revela —más allá de la ausencia de un contrato escrito entre las partes— que fue voluntad común de fotógrafo y editor que las fotos fueran usadas editorial y exclusivamente por una sola vez en la primera edición de los fascículos sueltos coleccionables a editar por Visor EASA según consta en el anverso del conjunto de las facturas indicadas.

Aduce la demandada que sólo se imprimió en el año 1999 y que se usaron esos mismos moldes en las ediciones de los libros publicados en los años 2006 y 2008 con lo cual no se habría violado el permiso del fotógrafo en el caso.

Si así hubiera sido en realidad, el contenido de las facturas debió indicar que la autorización se refería a una sola impresión pero para un múltiple uso editorial. Se puede imprimir una sola vez y realizar un uso editorial muchas veces —y eventualmente por errores tecnológicos o humanos en ese proceso— emplear las fotos para el “uso editorial” en una sola ocasión o descartarlas en lo absoluto no concluyéndose así con el proceso editorial del cual la impresión es una parte intermedia. Y lo cierto es que los tres libros mencionados en la demanda fueron editados y distribuidos a la venta según resulta del peritaje contable realizado en los libros de la demandada, por más que no existan constancias suficientemente claras al respecto en la Dirección Nacional de Derecho de Autor (ver contestación de oficio de fs.140).

Ni siquiera sería posible admitir que el fotógrafo autorizó sus fotos para el uso de cuadernos que es, unitariamente, un conjunto formado por cuatro hojas de papel metidas unas dentro de

otras habitualmente dispuestos para ser cosidos o agregados para formar el libro (Martínez de Sousa, “Diccionario de edición, tipografía y artes gráficas”, p. 118). De este modo no estaba autorizada la editorial a cambiar el destino del permiso que se limitaba a la publicación de fascículos no coleccionables. Sólo podía vender esos fascículos de ese modo y no utilizarlos posteriormente —aunque hubieran sido impresos en 1999— para confeccionar nuevos libros. En suma, no podía cambiar —por un uso funcional de destino— a los fascículos sueltos coleccionables de primera edición en cuadernos o cuadernillos que formaran parte después de los libros editados.

El texto del anverso de las facturas era claro. El precio pagado solamente lo fue para un uso editorial consistente en la primera edición de fascículos sueltos no coleccionables. Si se realiza esta equiparación —como se pretende en el memorial de la demandada— entre libros y fascículos se pasa por alto la invención del concepto mismo del objeto —el libro— como elemento distintivo que ha supuesto en nuestra cultura el paso del anotador o cuaderno al de un artefacto más complejo que incluye tradicionalmente de la organización de los pliegos, cuartillas y cuadernillos y la técnica de encuadernación con procedimientos de la metida en prensa, el desbarbado de las hojas, enlomar, colocación de cartones y cubierta (Dreyfus - Richaudeau, “Diccionario de la edición y de las artes gráficas”, p. 185; Roberts, Colin H. - Skeat, T.C, “The birth of the Codex”, Londres, Oxford University Press, 1987, p. 15 y ss.; Bülow-Jacobsen, Adam, “Writing materials in the Ancient World” en The Oxford Handbook of Papirology (ed. Roger S. Bagnall), Oxford, Oxford University Press, 2009, p. 23; Matthews, “The Making of the Text”, en The Theodosian Code, 2ª ed., Londres, Bristol Classical Press, 2010, p. 31; Tov, Emanuel, “Textual Criticism of the Hebrew

Bible”, 2ª ed., Minneapolis, Fortress Press, 2001, p. 207, nota 3; Bagnall, Roger S., “Early Christian Books in Egypt”, Princeton, Princeton University Press, 2009, p. 52; Grafton, Anthony - Williams, Megan, “Christianity and the transformation of the book”, Cambridge Mass., Harvard University Press, 2008, p. 10; Trobisch, David, “The First Edition of the New Testament”, New York, Oxford University Press, 2000, ps. 8 a 21 y Gamble, Harry S., “Books and Readers in the Early Church”, New Haven, Yale University Press, 1995, ps. 66 a 69).

En suma, la ley 11.723 protege la creación expresada mediante la obra fotográfica y su interpretación más autorizada impide considerar extensivamente cualquier cesión de dicha obra intelectual. Por otra parte, la documentación aportada por el demandante pone en evidencia que su consentimiento había quedado estrictamente limitado a la reproducción de sus fotografías en una primera edición de fascículos sueltos no coleccionables con lo cual la empresa editorial no se hallaba autorizada para insertarlos en tres libros distintos —en su edición y puesta a la venta del público— sin un nuevo permiso del creador de la obra. De acuerdo con lo expresado y en tanto no es posible consagrar las asimilaciones semánticas intentadas por la demandada en su expresión de agravios —fascículos a libro y edición a impresión— propongo que se desestime el recurso de apelación deducido y se confirme el pronunciamiento recurrido en lo principal que decide.

II.- El actor reclama que se incremente el monto de la condena ya que entiende que el juez no ha considerado que debió haberse impuesto a la demandada una indemnización que contemplara una suerte de sanción por haber cometido en verdad tres actos ilícitos al publicar en esas oportunidades las fotografías reseñadas. Sabido es que en estos casos el actor debe

probar la existencia del daño material causado por la publicación de las tomas fotográficas por él realizadas y particularmente por la reproducción de ellas no contenida en la cesión respectiva (ver C. Nac. Civ., sala H, “Grecco, Miguel Á. v. Pozzi, Edna y otro” del 10/9/2002). El reclamo esbozado en el memorial de agravios se refiere a pactos que habitualmente cobran los fotógrafos por el uso indebido del material según contestación de oficio de fs. 167 con la cita de doctrina y jurisprudencia en las cuales se menciona estrictamente el cálculo de las indemnizaciones sin que se contemple una pena retributiva en los términos indicados por el recurrente.

Estimo que, a diferencia de lo aducido en la expresión de agravios, se ha realizado en el fallo una valoración de la conducta antijurídica de la editorial demandada al publicar los libros con las fotos de Palma Quintana. En realidad, el juez tuvo en cuenta esa circunstancia —ver fs. 212— al considerar que era necesaria la fijación de un precio final de cada fotografía para su utilización sucesiva, tanto más si se advierte que señaló que se trata de “tres libros que en definitiva son uno solo reeditado”.

El cálculo de la indemnización merece un tratamiento más detallado toda vez que la queja de la actora resulta simplista respecto a los valores crematísticos en juego toda vez que sostiene, sin mayores consideraciones, que el magistrado se atuvo al precio menor informado en la causa. El director apoderado de Focus Stock Fotográfico S.A. informó a fs. 164 que el valor de contratación de utilización y reproducción de una fotografía para uso editorial en fascículos coleccionables (interior) a publicar por una sola vez para su distribución y venta en todo el país por el plazo mínimo de dos años es de \$ 400 y que el valor para uso editorial en libros de tapa dura a publicar durante ese lapso

es de \$ 640 y el presidente de la Asociación de Fotógrafos Publicitarios de la Argentina dio cuenta de un rango de costo por fotos de \$ 400 a \$ 800 para los dos tipos de publicaciones en todo el territorio nacional, por dos años (ver fs. 166). La empresa Fotoscopio contestó también un oficio e indicó precios —según la ubicación de la foto— que van desde \$ 250 a \$ 600 para añadir que en los casos en que se utilizan fotos del repertorio sin su autorización se le factura el precio correspondiente con un adicional por multa entre el 100 % y el 200 % de la tarifa respectiva (ver fs. 167)

Si se atiende a las consideraciones vertidas con anterioridad se podrá advertir que la indemnización que corresponde conceder se refiere a la utilización por parte de la demandada en tres oportunidades de las 73 fotografías cuya cesión había sido limitada para la primera impresión de fascículos coleccionables sueltos. Ahora bien, lo que no se ha tenido en cuenta en la expresión de agravios es que a la fecha de la emisión de las facturas (febrero a abril de 1999) el actor había recibido la suma de \$ 50 en concepto de valor unitario de cada una de las fotografías. Los mencionados informes —recibidos por el juzgado en el año 2010— dan cuenta del valor de ese tipo de cesiones en la suma de \$ 400 con lo cual corresponde tomar solo el ingreso marginal que habría obtenido el actor por el uso editorial para tapa dura restándole a los valores consignados el quantum ya percibido con lo cual se llega a una diferencia que se encuentra cercana al monto de \$ 250 estimado en el pronunciamiento.

Ahora bien, también es cierto que —como señaló el demandante— las respuestas de los oficios se referían a un uso unitario para un libro de tapa dura cuando de la documentación acompañada (ver sobre de documentación reservada n. 11.172) resulta claramente

que las fotos se emplearon para tres libros de esas características con total desprecio de las condiciones establecidas con detalle por el fotógrafo en el anverso y reverso de las facturas mencionadas. No se trata, sin embargo, de una indemnización establecida a modo de sanción sino de un resarcimiento que atiende a cálculos de orden puramente económico vinculados al grado de explotación al que han sido sometidas las fotografías del actor en tres libros a través de cuya difusión y venta la empresa editorial obtuvo diversas ganancias (ver pericia contable de fs 169/172, repuesta a punto 4). La valoración del resarcimiento incluye así el grado de violación de la normativa puesto que esa explotación reiterada ha supuesto que el actor no ha podido obtener el precio que le correspondía por esa publicación, tanto más si, como en el caso, resultaba claro de la documentación pertinente que el uso estaba reservado a los fascículos sueltos coleccionables (ver al respecto Villalba, Carlos A. - Lipszyc, Delia, “Derecho de los autores de obras fotográficas. Daño y reparación”, ED 121-645, punto III).

Se afirma en la expresión de agravios que las tomas fotográficas del actor pueden ser reemplazadas con un valor mínimo mediante el sistema de Internet con cita de algunos portales que reflejarían esa situación actual. La afirmación no se sostiene porque la demandada prefirió incluso evadir el empleo de esos recursos que estima baratos o incluso de acceso libre y gratuito en Internet (ver sus dichos de fs. 250) para recurrir al uso indebido y gratuito de las creaciones del actor. De este modo y mediante un actitud deliberada optó porque la diferencia económica entre fotos baratas y fotos gratuitas siguiera jugando a su favor ya que ni siquiera en esas ocasiones —dos veces en 2006 y otra en 2008— prefirió recurrir a las fotos que había impreso en el año 1999.

El examen analítico —en el sentido estricto de la expresión— revela que la demandada imprimió los fascículos sueltos no coleccionables y alteró su destino original para convertirlos en cuadernillos de tres libros que publicó como unidades independientes. Adviértase que la cesión estaba autorizada para la venta, además, mediante fascículos sueltos y no para que esos fascículos —aunque estuvieran impresos y no hubieran sido vendidos en la tirada original— pudieran ser incorporados a esas obras.

Como resultado de estos razonamientos y a pesar de la adecuada fundamentación dada en el pronunciamiento recurrido, estimo que existe justificación suficiente en el memorial de la actora para admitir un incremento del monto unitario por fotografía que elevaré a la suma de \$ 400 a la fecha de este pronunciamiento, sin que quepa admitir en esta instancia el planteo de la vencida respecto a la reducción de la condena al 20 % del resarcimiento calculado por el juez de primera instancia.

Propicio, en consecuencia, confirmar la sentencia en lo principal que decide y modificarla

exclusivamente en lo referente a la indemnización por el daño material para que se incremente a la suma de \$ 29.200 imponiendo las costas de alzada a la demandada vencida (art. 68, Código Procesal).

Los señores jueces de Cámara Dres. Dupuis y Calatayud, por análogas razones a las expuestas por el Dr. Racimo, votaron en el mismo sentido. Con lo que terminó el acto.

Y vistos:

A mérito de lo que resulta de la votación de que instruye el acuerdo que antecede, se confirma la sentencia de fs. 206/215 y se la modifica respecto a la indemnización por el daño material que se eleva a la suma de \$ 29.200. Costas de alzada a la demandada vencida (art. 68, Código Procesal). Se difiere la adecuación de los honorarios de los profesionales intervinientes y la fijación de los correspondientes a esta instancia para cuando obre liquidación aprobada. Notifíquese y devuélvase.

Fernando M. Racimo.— Juan Carlos G. Dupuis.— Mario P. Calatayud.