

El dolo. Marco conceptual

PAÍS U ORGANIZACIÓN: Argentina

ORGANISMO: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala G

FECHA: 21-3-1994.

JURISDICCIÓN: Judicial (Civil)

FUENTE: Texto del fallo en "Jurisprudencia Argentina" (1994-IV),410.

OTROS DATOS: Venancio M. vs. Julio I., y otros.

SUMARIO:

"... el dolo es requisito indispensable para la tipificación del delito de defraudación, pero no ocurre lo mismo respecto de la procedencia de la acción civil".

TEXTO COMPLETO:

1ª ¿Es nula la sentencia apelada? 2ª Caso contrario ¿es justa?

I. La falta de fundamentación adecuada que se atribuye al pronunciamiento recurrido, además de no ser exacta, se subsana por la vía del art. 253 del Cód. Procesal, por lo que corresponde rechazar el planteo.

II. El actor Norberto V. Moreno, promovió demanda por violación a la ley 11.723, de propiedad intelectual, en su carácter de autor de la letra y música de la obra "Yolanda", que considera afectada por los autores de "Morriñas": Julio Iglesias de la Cueva, Rafael Ferro García y Ramón Arcusa Alcón, registrada 16 años después de aquélla. Luego del desistimiento de la acción dirigida contra los dos últimos, la sentencia de la anterior instancia admite la pretensión de indemnizatoria contra Julio Iglesias por la suma de dinero que allí se indica, decisión que provocó sendos recursos de las partes.

Para resolver como lo hizo la a quo tuvo en cuenta las conclusiones del jurado de idóneos

(art. 81, ley citada) en el sentido que la segunda parte (estribillo) de "Morriñas" desde el compás 20° en adelante coincide casi

completamente, nota por nota, con los compases 10° a 18° de "Yolanda", en la misma tonalidad. Aún transportada la segunda parte de este estribillo a la tonalidad de Re Mayor la coincidencia es casi total; las analogías son armónicas y melódicas.

Por virtud de lo dispuesto por el art. 10 de la ley 11.723, señala el pronunciamiento que la similitud que resulta decisiva es aquella que corresponde al cuerpo principal de "Yolanda" y el estribillo de "Morriñas". El examen de las obras, de acuerdo con el dictamen de los peritos revela el plagio, en la comprensión que contiene la sentencia recurrida. Sobre este particular, si algún atisbo de crítica pudiera extraerse de la presentación de fs. 842/853, cabe afirmar que según la mentada normativa, nadie está autorizado a tomar los compases de una obra musical original transformada, cualquiera sea su número, para hacer otra obra musical, pues la publicación de hasta 8 de ellos, es decir, de dos frases musicales, sólo se permite con un fin didáctico o científico, de comentario o crítica musical, y aun así, siempre que esa inclusión no sea parte principal de la nueva obra porque en este caso deberá pagarse el derecho de autor, en razón de que aquella inclusión constituye el fundamento primordial de su rendimiento económico (CCivil 1ª Cap., noviembre 10/9/43, LA LEY, 33-719).

III. Por virtud del reproche subsiste en esta instancia el cuestionamiento del demandado acerca del dolo como elemento indispensable para la configuración del plagio, bien que con el matiz destacado en los agravios: La imposibilidad del previo conocimiento que Iglesias pudo tener de la obra del actor, o expresado con sus palabras: La inexistencia de una razonable oportunidad de escuchar el trabajo de Moreno. En este sentido es preciso considerar, con ajuste a lo dispuesto por los arts. 71 y 72 de la ley 11.723, en este último especialmente el inc. c), que el dolo es requisito indispensable para la tipificación del delito penal de defraudación, pero no ocurre lo mismo respecto de la procedencia de la acción civil.

Esta comprensión es propia del ámbito represivo, en el sentido que el actuar meramente culposos no cae dentro de la esfera penal de la ley 11.723, la que requiere otras particulares notas significativas sin perjuicio de las acciones resarcitorias que puedan corresponder en el orden civil (CNCrim. y Correc., sala V, abril 16/971, en ED, 37-586, fallo N° 18.300). La remisión conduce a una apreciación amplia del ilícito civil, sin la connotación delictiva, a pesar de la reiterada alusión que el memorial del demandado hace el art. 1072 del Cód. Civil.

Al considerar el plagio como el apoderamiento ideal de todos o algunos elementos originales contenidos en la obra de otro autor, presentándolos como propios (Lipszyc, Delia, "Derecho de autor y derechos conexos", p. 567 Ed. Unesco-Cerlalc-Zavalía, 1993), puede observarse que en el ordenamiento legal en materia civil no se requiere la nota típica del Derecho penal. En efecto, ni la ejecución a sabiendas constituye un requisito pues basta el conocimiento que resulta de la especial circunstancia del registro de la obra plagiada; ni la intención de dañar tiene la significación que se le asigna, en primer lugar, porque no implica que el juez deba "estudiar un estado espiritual, sondear una conciencia", sino establecer, empíricamente y conforme a la experiencia de la vida, una vinculación razonable entre el acto voluntario y su resultado (Orgaz, "La culpa", p. 62), que en concreto ha de deducirse del acto mismo y de sus circunstancias.

En este orden de ideas, valiosos antecedentes prefieren un criterio similar en el sentido que el dolo o mala fe del plagiario puede imputarse por el conocimiento de la obra plagiada; cuando resultare claramente la usurpación o apropiación indebida, no hacen falta excesivas indagaciones para determinar los propósitos del plagiario, pues el dolo es inherente al acto realizado. Basta la impresión ilícita la cual crea contra el plagiario la presunción de mala fe, que resulta del conocimiento del derecho que usurpa (CNCiv., sala C, setiembre 19/978, LA LEY, 1979-B, 512, y su cita del consid. 5° "in fine", de la misma publicación, t. 33, p. 743).

No se encuentra discutido que la composición del actor, "Yolanda", fue registrada bajo los núms. 834.337 y 834.338 en el Registro Nacional de Propiedad Intelectual, el 25 de noviembre de 1964, mientras que ocurrió lo mismo con la de Julio Iglesias, pero en 1980. Cabe observar que, la difusión de la partitura de la primera, surge suficiente para otorgar la protección legal, si, por añadidura se advierte que "Yolanda" fue grabada por "Discos CBS S.A.", aunque no conste contrato de edición respecto de ella. Asimismo, aún a riesgo de repetir que el dolo no es un elemento indispensable para la imputación de responsabilidad por la transgresión de las normas que tutelan la propiedad intelectual, es necesario señalar que como se trata de la revelación de un estado de conciencia no es posible requerir una prueba directa de ese hecho psicológico pudiendo recurrirse a todos los medios de prueba que puedan llegar a producir una convicción segura sobre el ilícito civil (Llambías, "Obligaciones", t. I, p. 172, núm. 155).

La multiplicidad de combinaciones con sentido de musicalidad es de tal magnitud que no puede sino rechazarse el argumento de fs. 845, pues surge suficientemente acreditada la originalidad de la obra del actor, sea en la idea, sea en la composición, sea en la expresión, según se desprende de los dictámenes antedichos, cuyas conclusiones ya se han expresado, por lo que resta agregar que ninguna comprobación existe acerca de la falta de originalidad de la melodía, de aquella, en cambio, conforme los términos de la

litiscontestatio, no sucede lo mismo con la obra de Iglesias.

Precisamente aquella diversidad melódica impide otorgar razonabilidad a la alegada imposibilidad de nuevas combinaciones de sonos y armonías, por el contrario cuando la identidad alcanza con extensión suficiente a partes sustanciales, por añadidura con la misma tonalidad, se llega a la certeza de la configuración del hecho ilícito. No es superfluo señalar que la frecuencia de los viajes de Julio Iglesias al país (ver informe de fs. 646, y la notoriedad del hecho que destaca el actor) constituyen un indicio más del conocimiento de la obra de Moreno, aunque quizás esta circunstancia pudiera derivarse a la investigaciones de los coautores de "Morriñas", pero siempre es insoslayable la responsabilidad de Iglesias por su coautoría de la obra.

Queda así desvirtuado otro reproche --esta vez tardío--, porque no fue planteado en la etapa de postulación acerca de la participación del demandado sólo en la letra de "Morriñas". Tal distinción no resulta del principal elemento objetivo incorporado al proceso: la partitura de fs. 7 a la que se añaden numerosos informes de liquidaciones en las que ostenta el carácter de coautor de música y letra. Además, como lo pone de relieve el accionante, se admitió al contestar la demanda, que toda la obra lleva el sello personal de su autor.

IV. Definida así la procedencia del reclamo por las estudiadas razones que contiene el pronunciamiento de primera instancia, y desvirtuada la inconsistente crítica por la argumentación expuesta, corresponde el examen del aspecto indemnizatorio. Dice la sentencia que el monto indemnizatorio no puede limitarse a apreciar las ganancias obtenidas por derechos de autor en la República Argentina (y en España, según los informes que menciona) sino que debe considerarse prudencial y estimativamente lo que pudo percibirse en los países donde Julio Iglesias llevó su canción (además Estados Unidos, países de habla latina, etc.). Luego de considerar lo abonado por S.A.D.A.I.C. como una pauta indiciaria, merita que el demandado es coautor de un tercio de la obra, que no

puede suponerse gratuitas las cesiones alegadas; también que el éxito de "Morriñas" se ha encontrado indudablemente determinado por la popularidad de Iglesias, y no exclusivamente por el mérito musical de la composición.

Dicha valoración no ha sido enervada por el accionado, quien se limita a señalar que el daño no ha sido demostrado razonamiento absolutamente alejado de la índole de la cuestión, conforme lo que expresa en diversos antecedentes (Mondiet-Radaelli, "Los derechos del escritor y del artista", Ed. pág. 89, Sudamericana, 1957, esta sala, 27/10/87, rec. libre 32701). Que no se ha precisado el monto del daño emergente, omisión que hubiera sido subsanada de haberse interpuesto en tiempo oportuno la excepción de defecto legal: Pero ello no ocurrió. Asimismo, señala que de acuerdo a las constancias de autos la participación de Iglesias es del 25 %, pues el 50 % le corresponde al sello grabador y el 50 % por mitades a los autores de música y letra; en este sentido sin perjuicio de la mención de la sentencia, de vínculos que son "res inter alios acta" para el actor, aspecto éste que no es atacado en los agravios, cabe expresar que son cuestiones no planteadas con anterioridad y que atañen a relaciones íntimas que no ejercen influencia comprobada en el aspecto indemnizatorio.

La última parte de los agravios de la parte demandada (cap. X, fs. 851 vta./852) alude a una cuestión que tampoco fue oportunamente planteada y que, por lo tanto, no resulta susceptible de apreciación en alzada (arts. 271 "in fine" y 277, Código Procesal). Sin perjuicio de ello, al solo efecto de dar satisfacción a la queja y señalar la inexactitud que contiene, corresponde señalar que según el "Convenio Panamericano de México" sobre obras literarias y artísticas del 27 de enero de 1902 el autor no cumple con las formalidades exigidas por el art. 4° de la misma; en el que establece que "si el autor o sus causahabientes desean que el derecho de propiedad de una obra artística les sea reconocido en otro de los países signatarios, acompañarán además a su solicitud de reconocimiento de derecho de propiedad de la obra, tantos ejemplares cuantos países sean los que integran...".

Sin perjuicio de ello, se aclara que el citado convenio no fue ratificado por Argentina, contando hasta la fecha con solamente 7 (Costa Rica, El Salvador, EE.UU., Guatemala, Honduras, Nicaragua, República Dominicana) (Fuente: Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto, División Tratados Internacionales) por lo que no es ley interna, como se afirma en la expresión de agravios de la demandada.

En el plano internacional, nuestro país ratificó los dos instrumentos de mayor protección de obras; que son la Convención de Berna para la protección de obras literarias y artísticas, Berna 1886 (Ratificada por la ley 17.251) y la Convención Universal sobre Derecho de Autor, Ginebra 1952 (Ratificada por dec.-ley 12.088/57), por lo que la primera suprime -- desde su revisión de Berlín de 1908--, todas las formalidades para el goce y ejercicio de los derechos de autor en el país donde se reclame la protección, independientemente de la protección en el país de origen (art. 4.2) y el segundo instrumento considera satisfechas las exigencias del cumplimiento de formalidades si desde la primera publicación de una obra, todos los ejemplares llevan el símbolo (c) acompañado del nombre del titular de derecho de autor y la indicación del año de la primera publicación en un sitio claramente visible (art. 3.1.).

A su turno, el actor considera irrazonable el criterio de reducción contenido en la sentencia, en virtud de la actitud procesal asumida por Iglesias frente al concreto reclamo de daños y perjuicios de fuente extracontractual. El agregado al art. 1109 y la derogación del art. 1108 abrió camino a la solidaridad que se preconiza, de manera que al asumir aquél una responsabilidad sin limitaciones, según se extrae de los términos de la "litiscontestatio", bien pudo el damnificado dirigir su acción contra solo uno de los responsables, sin que pueda oponérsele una división que sólo concierne a las acciones de reintegro que eventualmente ejerzan los coautores entre sí. Similar conclusión corresponde referir a los titulares del aprovechamiento económico de la obra musical, pues como ya se ha visto, la cuestión resulta extraña al interés del actor.

La crítica hace mérito de la difusión internacional que le dio el demandado a la canción del ilícito, tanto como debe aceptarse la escasa difusión que tuvo la obra de Moreno, circunstancia que no requiere mayores precisiones. Pero no es éste el único elemento a considerar para establecer la cuantía del perjuicio, por el contrario, como agudamente señala Delia Lipszyc, obra citada, p. 577, las particularidades de los derechos inmateriales exigen que se valoren todas las circunstancias que tengan incidencia sobre el monto del resarcimiento. El titular del derecho de autor 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 esta razonable alternativa se evita que sea más beneficioso infringir el derecho de autor que respetarlo, pues si el utilizador paga un precio más bajo en juicio que negociando con el titular del derecho, se alientan las infracciones. La estimación a los fines indemnizatorios debe asimilar, entonces el aprovechamiento económico de "Yolanda" con el que logró "Morriñas", bien que con las particularidades que el caso ofrece: Aspectos subjetivos y económicos de la divulgación.

En este orden de ideas, es menester señalar la relatividad de las conclusiones del dictamen pericial contable de fs. 714, 721 y su ampliación de fs. 736/741, entre otras razones por la imposibilidad de ubicar el paquete correspondiente a las liquidaciones del primer semestre de 1980, aun cuando se las asimila a las del segundo semestre del mismo año; pero en todo caso, debe presumirse una mayor divulgación apenas conocida la obra. Por otra parte, la prospección poblacional, poder adquisitivo, etc., que sustenta la base indemnizatoria, sólo corresponde a determinados países (Estados Unidos, España, Japón, Francia, Holanda), y aunque por las características de "Morriñas" pudiera no coincidir con el gusto de la totalidad de los habitantes de esos países; en cambio, no se cuenta con idénticas pautas respecto de América Latina, ámbito en el cual, en gran medida, la obra debió tener amplísima difusión.

Por otra parte, es innegable, que las condiciones de las partes son inmensamente

diferentes, en punto, entre otras, a la posibilidad del conocimiento internacional de sus obras, circunstancia que, juega como un factor que dificulta la determinación de la reparación. Depende ésta de pruebas, de elementos de poco asidero, como ocurre en el caso (ver consideraciones de la sentencia recurrida), pero se debe coincidir con Santos Cifuentes, hasta hace pocos días dignísimo magistrado de este tribunal, que nada autoriza a excederse, a no desorbitar el sacrificio del responsable, con el peligro de desorbitar el sacrificio del dañado ("Daños. Cómo evaluar el resarcimiento por la utilización no autorizada de las obras. Su incidencia en la jurisprudencia, desde la perspectiva del magistrado" en "Memorias del V Congreso Internacional sobre la Protección de los Derechos Intelectuales", p. 304, Ed. Zavalía, 1990).

En definitiva, por lo que se extrae del reproche de la parte demandada, corresponde apreciar que durante 16 años la obra de Moreno careció de toda difusión, circunstancia que lleva a presumir que la divulgación de "Morriñas", posterior a 1980, no se debió a sus virtudes melódicas, cuestión que atañe al derecho de autor, como a la nombradía mundial del intérprete (Julio Iglesias), debiendo realizarse esta natural distinción para establecer la justa indemnización que corresponde otorgar. Bajo tales premisas, en lo que resultan pertinentes las razones y antecedentes mencionados en la sentencia recurrida y las prerrogativas que permitan establecer la cuantía del perjuicio cuando éste se encuentra probado, júzgase razonable fijar en la suma de \$ 50.000 el importe reparatorio del daño patrimonial.

En cuanto concierne al monto indemnizatorio del daño moral, habida cuenta el criterio sustentado por esta sala en precedentes semejantes (rec. libre 32.701, sentencia del 27/X/87) júzgase razonable disponer su incremento. La indudable afectación del

derecho de paternidad artística, de respeto e integridad de la obra, con su secuela de imposibilidad de ejercicio de la facultad de retracto se conjugan con el carácter predominantemente indemnizatorio de la reparación, aunque de casos como el presente el matiz sancionatorio adquiere especial relevancia en orden a desalentar el aprovechamiento económico de la obra ajena.

También es preciso tener en cuenta el tipo de obra de que se trata ("balada latina", con enorme repercusión a nivel mundial), el carácter de damnificado directo del reclamante, las condiciones personales y demás circunstancias puestas de resalto por Cifuentes (op. cit. p. 308), todo lo cual justifica que el importe de marras sea elevado a la suma de

V. Por estas consideraciones, y las propias del pronunciamiento recurrido que no fueran desvirtuadas en esta instancia, corresponde confirmarla en lo principal que decide, modificándosela en cuanto a los montos indemnizatorios de los daños patrimonial y moral que se fijan en las sumas de ... y ..., respectivamente. Las costas, en esta instancia, se imponen a la parte demandada, que resulta vencida (art. 68, Cód. Procesal).

Los doctores Burnichón y Greco votaron en el mismo sentido por razones análogas a las expresadas en su voto por el doctor Montes de Oca.

Por lo que resulta de la votación de que instruye el acuerdo que antecede se rechaza la nulidad, y se confirma la sentencia apelada, en lo principal que decide, modificándosela en cuanto a los montos indemnizatorios de los daños patrimonial y moral, que se fijan en las sumas de ... y \$..., respectivamente. Las costas, en esta instancia, se imponen a la parte demandada.