

Centro Regional para el Fomento del Libro en América Latina y el Caribe © CERLALC, 2007
Selección y disposición de las materias y comentarios, Ricardo Antequera Parilli

Daño moral. Apreciación. Paternidad. Falsa atribución

PAÍS U ORGANIZACIÓN: Argentina

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

FECHA: 1-10-1985

JURISDICCIÓN: Judicial (Civil)

FUENTE: Texto del fallo en “*Jurisprudencia Argentina*” (1988-II), 38-40.

OTROS DATOS: L., Hugo A., vs. Editorial P., S.A.

SUMARIO:

“Al insertarse en la revista el retrato con una autoría distinta a la real, se infirió a su autor un agravio de neto corte moral, al menoscabarse su legítimo derecho a ser reconocida su paternidad artística sobre la obra, que en un medio tan competitivo como lo es el de los medios de publicidad cobra indudable relevancia, siendo por ello punible el desmedro o la desconsideración que se tuvo en su contra. Falsear a sabiendas la verdad, invadiendo el ámbito espiritual del artista, hace por sí sola procedente la indemnización requerida, para cuya determinación cobra indudable significación la personal del responsable, empresa editorial en el caso, que no podía ignorar la ilicitud de su obrar, de ahí que éste queda aprehendido en los términos de la ley 11.723 [sobre propiedad literaria y artística, nota del compilador], sin que sea necesario de ninguna otra prueba para aceptar la procedencia del daño moral”

TEXTO COMPLETO:

La doctora Estévez Brasa dijo:

La sentencia hace lugar parcialmente y con costas a la demanda que por daños y perjuicios derivados de la violación de las disposiciones de la ley 11.723, promoviera "Horacio F. Cardo c. Editorial Perfil S. A."

Apelan ambas partes, coincidiendo --como es corriente en forma inversa-- en la queja sobre los montos. Así, y pese a que la memoria accionada trata en sus últimos agravios --sexto, séptimo y octavo-- aspectos que hacen a la naturaleza jurídica de los derechos intelectuales; corresponde que sea este tema el que merezca atención prioritaria ya que, la

concepción que se tenga del mismo, permitirá decidir la procedencia o no de la demanda.

Puede adelantarse que la demanda será recibida, y que tal pareciera ser aun el criterio de la accionada ya que antes de especular sobre las características de los derechos intelectuales y su presunta transmisibilidad en el caso de autos, se detiene en el análisis de los montos, punto que devendría abstracto si se rechazara la demanda.

Hace tiempo se dijo que "la ley de propiedad intelectual protege algo concreto, no sólo una idea, y es manifestación concreta ha de corporizar una idea dotada de la suficiente originalidad y novedad como para ser legalmente protegida" (LA LEY, 1987-E, 349 y sigtes.).

En ese mismo decisorio se recordaba la discusión existente en torno a la naturaleza de los derechos intelectuales y se mencionaba un trabajo anterior "Los derechos intelectuales y el art. 2503 del Cód. Civil" (LA LEY, 1976-D, 896) donde se señalaba la omisión de un inciso que contemplara la creación de la inteligencia como un derecho real afirmando que la consideración del derecho intelectual como un derecho real de contenido especial, permite: a) Reconocer el "derecho de la personalidad" comprendido en el área de la creación intelectual; b) afirmar el "absolutismo" --aun entendido con connotación social-- típico del derecho de propiedad, "el más grande poder sobre una cosa" como decían Aubry et Rau (t. II, p. 169, París, 1869), que caracteriza también la creación intelectual, c) afinar el ámbito definitorio marcando la especificidad de su contenido, típico de un derecho del hombre (de la personalidad) con amplias facultades sobre la "cosa" (idea) que crea, atendiendo a que los límites de la misma se desdibujan en el universo que compone el genio creador.

Borda dice en su Tratado ("Derecho Reales", t. II, ap. 1353) "es erróneo decir que el Derecho no protege las ideas". Pero dice también que la teoría que asimila los derechos intelectuales a la propiedad "no resiste el análisis", si bien luego parece participar de la opinión que ve en los derechos intelectuales una categoría "sui generis", es decir, una tercera categoría --ni reales ni personales-- "distinta de las anteriores" (ob. cit. ap. 1549). Y se detiene asimismo en la referencia a los aspectos patrimonial y moral que integran el derecho intelectual, siendo sorprendente por ejemplo, que un autor clásico en el tema como Satanowsky diga que "El término 'propiedad' es magro para abarcar un derecho como el intelectual, pues sólo contempla el derecho patrimonial y omite el derecho moral" ("Derecho Intelectual", t. I, p. 45). Para concluir "brevitatis" las referencias sobre el punto, sería conveniente recordar la expresión de Ripert "propiedad incorpórea" que conjuga acertadamente el ámbito material con el espiritual (cf. "Tratado" de G. Ripert, J. Boulanger, según Planiol, versión castellana de D. García Daireaux, t. VI, p. 425 y sigtes., Ed. LA LEY S. A., 1965).

Existe un amplio margen en el arbitrio judicial para la determinación de estos derechos y su consecuente protección desde que la legislación acuerda tutela a todo tipo de producción intelectual (literaria, artística, científica, etc.). Y no puede dejar de considerarse la protección constitucional (art. 17) que acuerda a todo autor la propiedad de su obra.

Así, frente a todo ello, ha de dilucidarse, en primer término, si el derecho intelectual, en el caso del actor, aparece conculcado por la demandada. Esto es, si la elaboración de un dibujo cuyo original vendió a Editorial Perfil, conlleva asimismo la transmisibilidad de su derecho de autor; y, más aún si al trabajo realizado le cabe la protección legal que reclama, en atención a la particular forma de contratación de este tipo de tareas.

-Con respecto al primer punto, esto es, si la demandada ha conculcado el derecho intelectual del actor; por fuerza ha de darse una respuesta afirmativa. El art. 2º de la ley 11.723 acuerda al autor la facultad de disponer de su obra. A la vez, la Convención de Berna, a la que adhirió la Argentina, dispone en su art. 6 bis, apart. 1 que "independientemente de los derechos patrimoniales de autor, y aun después de la cesión de dichos derechos, el autor conserva durante toda su vida, el derecho de reivindicar la paternidad de la obra y de oponerse a cualquier deformación, mutilación u otra modificación de esta obra o a cualquier otro menoscabo a la misma obra, que pudiera afectar su honor o su reputación".

Texto casi idéntico contiene el Convenio de Berna de 1971 por el que se revisó el Acta adoptada por la Conferencia de Estocolmo de 1967.

En autos se acredita la realización de un trabajo pictórico del actor para la revista "Play Boy" editada por la accionada. Y se acredita asimismo que dicha obra fue reproducida en la revista "Noticias" de la misma editorial, sirviendo de ilustración a otro texto e incluyendo modificaciones de color, dimensiones, y ubicación de la firma.

Ante ello, la posición de la demandada en cuanto afirma que el actor "cedió" su derecho de autor, ya que entregó a la editorial un dibujo por el que se le pagó la cantidad convenida, y que luego no retiró; siendo que la demandada había comprado dicha obra y, en consecuencia tenía derecho a utilizarla, no puede ser acogida.

Ya se dijo la singularidad propia del derecho intelectual. Y es que, aun aceptando la más amplia interpretación de la costumbre en el mundo comercial, tal hermenéutica no puede considerarse en el caso de los derechos intelectuales.

En efecto, no sólo como bien señala el a quo por disponerse de una normativa específica en la materia que convertiría en "contra legem" las manifestaciones de la demandada, en cuanto insiste con la costumbre en la contratación de colaboraciones de arte, sino que, aun aceptando --por vía de hipótesis-- tal postura es obvio que volcar una idea en forma de obra concreta es algo tan propio de su autor que no sería posible efectuar algún tipo de cambio, por insignificante que pudiera parecer, sin alterar el espíritu que éste pretendió insuflarle.

A este respecto las manifestaciones del testigo Gerding Risso en el sentido que una ilustración o una fotografía encomendadas para ilustrar un suceso bélico determinado pueden ser usadas igualmente para una nota sobre los armamentos modernos, no aparece convictiva porque es imposible para otro "vivir" el proceso del creador y percibir esa suerte de desgarramiento que por fuerza ha de acosarlo, al comprobar la utilización de una obra con un destino diferente de aquél para el cual se le había solicitado. La alteridad, el ser uno con el otro, no puede confundirse con sustitución o desplazamiento.

La naturaleza específica del derecho intelectual eximen de detenerse en un examen detallado de las pruebas testimonial y confesional. La instrumental habida convence por sí misma.

En efecto, en el ejemplar de la revista "Play Boy" que se acompaña a autos (reservado en sobre) aparece a doble página (58-59) el dibujo original de grandes dimensiones sobre un

dramático fondo rojo sirviendo de marco a un artículo titulado "Mercenarios" referido a la vida de tales soldados en esta época, con una serie de referencias, acontecimientos, personajes, etc. que brindan a ese ensayo periodístico un contenido especial. En cambio, el artículo de "Noticias" (p. 62) --(ejemplar también en sobre)-- titulado "El gran business" trata sobre la venta internacional de armas presentando una narrativa así como una temática que difiere del artículo antes dicho y, en el cual, la reproducción del dibujo original, de menor tamaño y sobre fondo blanco aparece privado del dramatismo que debía serle propio. Así, no cuesta imaginar que un dibujante con la experiencia del actor hubiera intentado otro diseño dotado de la fuerza, la violencia y aun el magnetismo que el tema reclamaba.

Por ello, el primer cuestionamiento planteado, esto es, si en el caso de autos, aparece conculcado el derecho intelectual propio del actor, sólo puede recibir una respuesta afirmativa.

Tal respuesta presupone, como es obvio, la negativa a una pretensión de transmisibilidad en su derecho de autor pues, aun suponiendo que, como lo pretende la demandada, el actor hubiera vendido su dibujo y lo hubiera dejado en la editorial permitiendo así a esa empresa utilizar el mismo en la oportunidad y forma en que le pareciera, resulta obvio que, si se elige a un dibujante, la elección será hecha en función de los méritos que se le reconocen y si, en algunas oportunidades se les da previamente a leer la nota que deben ilustrar a efectos que esa ilustración guarde la mayor coherencia con el texto y sea susceptible de brindar un marco adecuado y atractivo al mismo, no resulta propio de un razonamiento lógico afirmar que tal dibujo puede servir para ilustrar otro tipo de nota aunque la misma pueda tener alguna connotación semejante con la original.

Y menos aún si la ilustración aparece alterada en sus dimensiones, coloración y aun la ubicación de la firma del autor.

Resta aún por dilucidar el último punto inicialmente planteado referido a la protección legal considerando las particularidades propias de este tipo de tareas.

Y, a este respecto, la legislación sobre el tema autoriza ampliamente una respuesta positiva. Sin perjuicio de cuanto se ha venido diciendo, la letra de la Convención de Berna, "supra" parcialmente transcripta establece que "el autor conserva durante toda su vida, el derecho de reivindicar la paternidad de su obra y de oponerse a cualquier deformación, mutilación u otra modificación de esta obra o a cualquier otro menoscabo a la misma obra, que pudiera afectar su honor o su reputación".

Tan concreta disposición que, como ya se dijo, no podría ser vulnerada permitiendo que usos o costumbres la avasallaran, permite concluir que le asiste razón al actor en sus reclamos.

La creación intelectual, sea artística, científica, literaria, etc., conlleva el más alto sello de humanidad, pone en juego todo cuanto enaltece al hombre, privilegia su intelecto y su espíritu. Así no es extraña la permanente y prolífica legislación a efectos de tutelar una axiología que dinamiza lo mejor del ser humano al que le acerca un destello de la divinidad. Flaco favor sería pretender subalternizar tan espléndido campo valorativo privilegiando usos o costumbres susceptibles de entrañar esencialmente intereses materiales.

Porque cuando la quejosa dice --octavo agravio-- "que no hubo invocación de la costumbre como fuente legal, sino"; ...que "hicimos referencia al procedimiento usual (sic) en las convenciones" es evidente que se pretende privilegiar los usos sobre las normas.

Así, se propone al acuerdo declarar la procedencia de la demanda.

Ha de resolverse ahora el tema de los montos indemnizatorios recurridos por ambas partes.

Dice bien la accionada al responder agravios que la situación de autos depende de la apreciación judicial y, si bien agrega que tal apreciación ha de ser prudente, cabe observar que la estimación establecida en el anterior pronunciamiento, aparece enteramente mesurada.

En efecto, con respecto al daño material y contra las manifestaciones de ambas partes, el

razonamiento contenido en el decisorio recurrido, resulta acertado. Se toman allí en consideración las determinaciones de la pericia obrante a fs. 141/142 y las precisiones de fs. 194/196; así como los costos e ingresos. No parece entonces que quepa rever la decisión del a quo sobre el punto, contrariamente a las pretensiones de la actora y al sofisma que surge de pretender que, en caso de no probarse ingresos por parte de la publicación, no se le acordaría resarcimiento. Tampoco son acertados los argumentos de la accionada.

Ya se trató lo referente a la presunta cesión de derechos. Pero, en cuanto a la reparación, no puede apoyarse en que colaborar en la revista "Noticias" represente para el actor un mayor prestigio, en especial por cuanto esa colaboración no lo fue tal, ya que no respondió a la creatividad del actor. Tampoco son valederas para sostener su queja las referencias a los ingresos del actor como dibujante de "Clarín", ya que es obvio que las remuneraciones varían entre una actividad continuada y una especial. Tampoco la falta de prueba sobre el valor de mercado de una tarea como la que realiza el actor, en la que inciden diversos factores que originan su variabilidad.

Por lo dicho, el monto establecido por la sentencia debe ser confirmado.

Distinta es la situación con respecto al daño moral. Es sabido que todo segmento de actividad tiene sus propios canales de información. Así la situación del actor, un dibujante reconocido a estar a sus notas curriculares (reservadas en sobre) debe por fuerza haber producido en él una angustia creciente. Angustia al comprobar la adulteración de su obra que, según manifiesta, fue realizada para utilizarse esa única vez. Admitiendo que ello no fuera exacto por entero, la adulteración surge a la vista y eso conlleva para el titular de la ideación creadora una carga de disgusto y frustración. Por otra parte, al tener exclusividad de colaboración en "Clarín" (cf. fs. 157: "contrato de total exclusividad con la empresa") no resulta difícil imaginar las aclaraciones que habrá debido formular con la pertinente carga de tensión.

Por lo dicho, a juicio de quien suscribe, habría de elevarse el monto indemnizatorio sobre el punto, llevándolo a la suma de \$ 17.000.

Con respecto a la publicidad del decisorio, cabe entender como suficiente reparación el testimonio de una sentencia que acoge favorablemente sus pretensiones.

Los agravios de la demandada referidos a la defensa de falta de acción con respecto a Jorge A. Fontevecchia, no pueden prosperar.

Las fundamentaciones de la sentencia son lo suficientemente claras, en tanto la queja carece de la entidad suficiente legalmente requerida.

En cuanto a la recepción de la falta de acción con referencia a Alberto G. Fontevecchia, aparecen bien impuestos los gastos causídicos, en la parte resolutoria de la sentencia.

Con respecto a la imposición de costas, el rechazo de la pretensión actoral de publicación de la sentencia, pierde entidad frente a la recepción de las pretensiones del actor en sus rubros indemnizatorios principales.

Por lo hasta aquí dicho, se propone la confirmatoria del fallo recurrido, modificándolo en cuanto a la indemnización por daño moral que se eleva a \$ 17.000. Las costas de alzada a la demandada perdidosa.

Los doctores Moreno Hueyo y Degiorgis por análogas razones votan en igual sentido.

Por lo deliberado y conclusiones establecidas en el acuerdo transcripto precedentemente por una mayoría de votos, el tribunal resuelve: Confirmar el fallo recurrido, modificándolo en cuanto a la indemnización por daño moral que se eleva a \$ 17.000, imponer las costas de alzada a la demandada perdidosa.