

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. Integridad. Destrucción del soporte

PAÍS U ORGANIZACIÓN: Argentina

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

FECHA: 14-10-1993

JURISDICCIÓN: Judicial (Civil)

FUENTE: Texto del fallo en “*Jurisprudencia Argentina*” (1995-II), 367-372.

OTROS DATOS: W., María vs. Iglesia Ortodoxa

SUMARIO:

“... la obra pictórica se instaló en la iglesia remodelada, inaugurada en julio de 1985, en la parte superior del altar mayor por encima del retablo, lugar en el que la demandada la mantuvo por casi cinco años hasta que, por su iniciativa, fue tapada por un nuevo lienzo pintado por C.G.L.”.

“Este daño moral, en tanto ataque a los sentimientos legítimos de la creadora, no queda –desde luego- compensado con el hecho de haber podido contemplar la obra y someterla al juicio de quienes la vieron durante cinco años”.

TEXTO COMPLETO:

¿Es justa la sentencia apelada?

El Dr. Greco dijo:

A pedido de quienes representaban a la Iglesia Ortodoxa Rusa del Patriarcado de Moscú, María Waveluk realizó la pintura de un mural que se exhibió durante cinco años en el templo ubicado en Bulnes 1743 de esta ciudad, obra por la que recibió como contraprestación un viaje a Rusia solventado por la demandada. Enterada de que sin su consentimiento se la había inutilizado mediante la superposición de otra pintura efectuada por un tercero, previo intercambio de comunicaciones promovió esta demanda por resarcimiento de daño moral.

La sentencia rechaza la pretensión e impone las costas a la actora. Recurre la vencida, quien se agravia a fs. 282/287, pieza replicada a fs. 288/289.

2. En el debate de la alzada han quedado superados dos aspectos sobre los cuales se registró discrepancia en la instancia de origen. Por una parte, quedó acreditado que la entidad Fundación Diócesis de Argentina y Sudamérica de la Iglesia Ortodoxa Rusa del Patriarcado de Moscú, que contestó la demanda y con quien quedó definitivamente constituido el proceso, es la parte pasivamente legitimada. Por otra, quedó consentido que la falta de inscripción de la obra en el Registro de la Propiedad Intelectual no obsta al reclamo fundado en la afectación del derecho moral de la autora, punto que mereció específico tratamiento en el decisorio y sobre el que la demandada no insiste al contestar los agravios.

Hay, igualmente, coincidencia de partes en que la obra pictórica se instaló en la iglesia remodelada, inaugurada en julio de 1985, en la parte superior del altar mayor por encima del retablo, lugar en el que la demandada la mantuvo por casi cinco años hasta que, por su iniciativa, fue tapada con un nuevo lienzo pintado por Carlos González Galeano (así figura en el curriculum presentado con la contestación de demanda, original reservado a la vista al que se refiere la nota de f. 49, aunque al declarar como testigo figura como Juan Carlos González y las partes mencionan su segundo apellido como Galeano).

Según el fallo en crisis, la obra pictórica correspondería a la autoría del "empresario", que habría suministrado los elementos intelectuales para que la actora les diera forma. Los medios convictivos aportados me llevan a no compartir esa conclusión. Consta en autos que el arzobispo Lazar (así lo mencionan distintas piezas del expediente y como obispo Lazar figura en la entrevista publicada en las ps. 27/29 de la Revista Familia Cristiana obrante en el sobre de f. 94, cuya autenticidad fue informada a f. 95, aunque la actora en su demanda lo llama Lázar, lo mismo que la testigo María Czupa Kemek, por entonces exarce del Patriarcado para la América Central y América del Sur, cuyo nombre es Rotislev Chvaets, también fundador de la entidad demandada), encomendó en 1984 ó principios de 1985 a María Waveluk la realización de un mural en la iglesia de Bulnes 1743 (absolución de posiciones del presidente interino del Consejo de Administración de la fundación, f. 133 a tenor del pliego de f. 129, en esp. resps. 2ª, 3ª y 4ª), con el motivo de "La última cena" (id. resp. 18ª). La actora trabajó aproximadamente un año (id. resp. 5ª), para lo cual se documentó leyendo los evangelios, preparando bocetos que fueron aprobados por el arzobispo Lazar y luego realizó la pintura en la misma iglesia, montando la tela sobre tres tabloncitos (testigos Graciela Elena Mussi Tiscornia de Cofano, ceramista que la vio trabajar, fs. 136 y vta.; Lidia del Valle Saldaño, quien visitaba la iglesia los sábados y también la vio trabajar, fs. 134 y vta.; lo mismo que José María Cafferata, abogado, fs. 135 y vta.). Lo hizo con la técnica del temple -huevo con agua destilada y aceite doble cocido- (testigos

referidos y Gonzalo Alberto Ortega Castello, quien le proveía los huevos que traía del campo, fs. 135 vta./136). Todos ellos conocen la formación de María Waveluk, sus estudios en Rusia durante diez años y su actividad también en nuestro país, como diversas obras, exposiciones y distinciones, inclusive otras para la propia Iglesia Ortodoxa Rusa. Inaugurado el mural juntamente con la remodelación de la iglesia, en un acto que contó con la asistencia de diversas personalidades, la actora recibió como contraprestación un viaje a Rusia sufragado por la demandada.

El arzobispo Lazar encomendó la tarea, proporcionó el motivo -por lo demás, nada novedoso, ya que existen múltiples pinturas sobre la misma escena-, aprobó los bocetos y, probablemente, haya indicado el lugar donde se ubicaría, esto es la parte superior del altar mayor. Pero la concreción de la obra, tanto intelectual como material, se debió a la labor exclusiva de la artista. No se trató de una copia, ni de la reproducción de la obra de otro artista; tampoco se acreditó que el encargo tuviese carácter provisorio ni que se haya ejecutado en dos meses, como se dice en el responde y quedó desvirtuado con la prueba rendida. Sobre el particular me permito destacar las diferencias que se advierten si se la compara con otras sobre el mismo tema. Para no salirme de los elementos de autos limito la observación a la fotografía en colores acompañada con la demanda (original reservado a la vista), a la que corresponde la copia fotográfica en negro de f. 9), a la otra en negro (también reservada y a la que corresponde la de f. 5]), a las reproducciones que obran en la p. 26 de la ya citada Revista Familia Cristiana y un sector parcial, en colores con la fotografía de la actora, en la p. 4 de la Revista Vosotras (f. 85 vta., autenticada en el informe de f. 92) y al estudio de f. 184 presentado como prueba n. 6 con la impugnación al peritaje. Al cotejarlas con el ícono de la catedral de San Sergio y la Santa Trinidad, las diferencias de concepción, realización, fisonomías, ubicación de los personajes, atuendos y posiciones son tan notorias que apenas cabe conceptuar que correspondan al mismo tema. Y qué decir si se la compara con la celeberrima de Leonardo -

para lo que no es necesario trasladarse al Convento de Santa María de las Gracias, de Milán, porque ha sido reproducida en tantísimas obras que forma parte del patrimonio artístico universal de la humanidad- que incluye doce apóstoles en un solo sector de una mesa recta mucho más amplia y con virtuales, ataviados de otra forma y en actitudes distintas.

Sobre el relato de la última cena formulado en los evangelios de San Juan y San Marcos, dice una autoridad en la materia que la mesa era semicircular y los divanes estaban dispuestos radialmente al exterior del semicírculo; Jesús se ubicó en el centro, a su izquierda Pedro y a su derecha Juan y Judas (desde luego, el Iscariote, a quien menciona en plural, como Iscariotes) en ese orden (Giuseppe Ricciotti, "Vida de Jesucristo", traducción de Juan C. de Barcelona, Ed. Luis Miracle, 1944, ps. 612/613, en la última de las cuales incluye un croquis con la indicación de los lugares ocupados por los cuatro, sin mención de qué puestos y en qué orden ocuparon los restantes). Y de acuerdo con la obra "La Última Cena" de Philippe de Champaigne, cuya reproducción se encuentra como lámina 77 en "Sagrada Biblia"; Nueva York, 1957, traducción de Félix Torres Amat, Ed. Thek Crolier Society (se dice allí que el original está en el Institute of Fines Arts de Detroit), la mesa está integrada por dos sectores que, unidos, también forman un semicírculo, sin nada sobre ella, y a su cabecera figura Jesús. Redonda, o tal vez ovalada según la perspectiva tomada, es la de la Catedral de San Sergio y la Santa Trinidad y tampoco contiene platos o fuentes encima, en tanto Jesús está ubicado más hacia la izquierda del observador. En la de Leonardo la mesa es recta y tiene platos además de diversos elementos. En la de la actora la mesa también es recta, pero mucho más reducida; sólo hay un elemento sobre ella y dos de los apóstoles se encuentran inclinados hacia adelante o en cuclillas, en el frente anterior al que ocupan Jesús y los demás apóstoles. Según explicación de f. 183, la actora ubicó a Judas en el margen derecho de la obra. En el cuadro de Leonardo Judas aparece en la ubicación que menciona Ricciotti, es decir el segundo a la derecha de Jesús al lado de Juan; en el de Champaigne (posterior, porque

nació en Bruselas en 1602 en tanto Leonardo lo hizo en Vinci en 1452), ese lugar lo ocupa Bartolomé, quien en la obra de Leonardo aparece como cuarto a la diestra de Jesús, en tanto Andrés es el tercero comenzando desde el extremo derecho del observador, con la boca torcida (Hipólito Taine, "El arte en Italia", trad. de M. de Fenner, Bs. As., Ed. Anaconda, 1948, p. 417 y nota 1- al pie). En el fresco de Leonardo, Jesús aparece con la cabeza inclinada, "como movido por el soplo de la emoción que ha desencadenado" al pronunciar las palabras "Uno de vosotros me traicionará" (Salomón Reinach, Apolo, "Historia General de las Artes Plásticas", 3ª ed., Bs. As., Biblioteca Nueva, 1950, p. 240), y para pintar a Judas, "...iba todos los días a ver durante dos horas la canalla del Borgo, a fin de dar a su Judas una cabeza de pícaro bastante enérgica y vil" (Hipólito Taine, ob. y ed. cit., p. 418). En el cuadro de la actora, Jesús aparece con expresión serena y su cabeza nimbada, nada de lo cual se aprecia en las demás obras sobre el tema. Y en el de Juan de Juanes, que se exhibe en el Museo del Prado, Judas fue ubicado en el extremo derecho del observador, ocultando la bolsa con los denarios (August L. Maier, "Meisterwerke der Gemaltesammlung Des Prados in Madrid", München, Franz Hanfstaeng, 1922, p. 103).

En suma, y sin querer parangonarlos, cada creador ha extraído de su mundo interior las vivencias suscitadas para su propia estimación de la escena evangélica, para recrearla según su inspiración y darle la forma que sus habilidades le permitieron.

Las objeciones del responde carecen de atendibilidad. Si la obra no está de acuerdo con la consagración litúrgica del templo por entender la demandada que hubiera sido más apropiado que figurara una escena mariana, ello debió evaluarse por el arzobispo Lazar al encargarla; sin embargo -como se ha visto- éste requirió la realización de una pintura que representase la última cena. En cuanto a su concordancia o no con el iconostasio, también resulta que este último fue traído de Rusia, permaneció en la aduana durante seis meses, y fue colocado una semana antes de la inauguración de las reformas, de modo que no pudo ser conocido por María Waveluk cuando

elaboró la obra. Por último, en nada incide que respete o no las reglas del arte bizantino - extremo sobre el que volveré más adelante- porque, si la demandada no estaba de acuerdo por entender que no se ajustaba a lo convenido, correspondía que la rechazase y se negara a pagar la contraprestación. Lo esencial es que la recibió de conformidad, cumplió su obligación correlativa y la mantuvo en exhibición durante casi cinco años, actitudes todas más que elocuentes para exteriorizar su conformidad con lo realizado.

En síntesis, cabe recordar que para que una obra intelectual esté protegida, la originalidad o individualidad no requiere novedad temática; basta "que exprese lo propio del autor, que lleve la impronta de su personalidad" (Delia Lipszyc, "Derechos de autor y derechos conexos", Bs. As., Ed. Unesco-Cerlalc-Zavalía, 1993, ps. 65/66) porque en el derecho de autor el término creación no tiene el significado corriente de sacar algo de la nada ni es necesario que la inspiración del autor esté libre de toda influencia ajena, por lo que aun cuando se utilizan ideas "viejas" la creación no se afecta, desde que sólo es necesario que la obra sea distinta de las que existían con anterioridad, que no sea una copia o imitación de otra (id. p. 66), para lo cual no cuenta el valor cultural o artístico que pueda tener ni el mérito que le adjudique cada uno según sus propios gustos (id. p. 67; Isidro Satanovsky, "Derecho intelectual", t. I, Bs. As., TEA, 1954, ps. 170/171, n. 109). Sobre tales premisas, corresponde concluir que en las tres etapas que comprende el proceso de creación, a saber concepción, composición y expresión (Lipszyc, ob. cit., p. 70) la actora plasmó su personalidad, imaginación y habilidad. Como se ha dicho, "La concepción de un artista es un proceso interior. Tiene lugar en el espacio aislado e impenetrable de su cerebro, de su cuerpo. La creación artística es un acto sobrenatural en una esfera espiritual que se sustrae de toda observación... Toda nuestra fantasía y toda nuestra lógica no pueden facilitarnos sino una idea insuficiente del origen de una obra de arte" (Stefan Zweig, "El arcano de la creación artística", 2ª ed., Bs. As., Austral-Espasa Calpe, 1953, ps. 120/121). No admite dudas su titularidad del derecho intelectual aquí implicado. Por lo que resulta

insólita la afirmación de que se trataría de un plagio por más que quien la formula omite prudentemente expresar de qué obra, de las muchas sobre el tema, habría sido plagiada.

3. Tampoco es compartible la afirmación de la juzgadora en el sentido de que al enajenar la obra, la actora no formuló limitaciones al poder de disposición de la demandada. Con ella se confunden los objetos de dos derechos perfectamente diferenciados: uno, el del dominio sobre el soporte físico o material, que por estar en el comercio puede ser enajenado; otro, el del derecho moral del autor que, referido a una obra pictórica como aquélla de que aquí se trata, queda reservado ministerio legis salvo pacto en contrario (art. 54 ley 11723 que consagra, para este supuesto el principio recogido en sus arts. 39, 47, 51 y conchs.). De modo que el acto de enajenación - que fue verbal- no requería formulación de reserva expresa para mantener la titularidad del derecho moral en la cabeza de la artista (Miguel A. Emery, "La interpretación restrictiva en la cesión de derechos intelectuales", LL 1991-C-401/402, comentario a un fallo de esta sala referido a la obtención de tomas fotográficas de una ceremonia nupcial, voto del Dr. Burnichon; Satanovsky, ob. cit., t. I, p. 432) Lo expuesto es suficiente, sin que sea menester recurrir a la Convención de Berna, que es derecho vigente desde su aprobación por ley 17251, que consagra similar principio (art. 6 bis -1-) al establecer que el autor conserva, aun después de la cesión, 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 que pudiera afectar su honor o su reputación, en un orden de ideas coherente con la inherencia personal de este derecho moral.

4. Sostuvo la demandada en su responde, y lo reitera al contestar los agravios, que la pintura de la actora no respetó los cánones del arte bizantino. Destaco que la confesión del representante legal de la demandada dice lo contrario (f. 133, resp. 11ª) y no tenemos por qué suponer que el religioso Wladimiro Sawruk, quien absolvió en su carácter de presidente interino de la fundación, desconozca este arte.

La obra, ubicada en la parte superior del altar mayor, fue "admirada por todos como una obra espiritual, ícono, que representa imagen" (f. 133, resp. 6ª), de lo que se hicieron eco algunas publicaciones (nada dice el reportaje al arzobispo Lazar publicado en la Revista Familia Cristiana, aunque contiene una reproducción integrando la fotografía del interior de la iglesia; sí hay comentario expreso sobre la autora y la pintura en el ejemplar de la Revista Vosotras ya citado, y en el de La Razón corriente a f. 147, autenticado con el informe de f. 148). Comentarios laudatorios de la feligresía y otros asistentes al templo resultan asimismo, de las declaraciones de quienes testificaron a propuesta de la actora, dichos que también ya fueron analizados.

En 1985, aproximadamente, retornando Lazar a Rusia, el arzobispo Marcos encomendó a Carlos González Galeano -o Juan Carlos González- una nueva tela, que representa a la Virgen con el niño cuyo simbolismo es de las Pascuas (fotografía reservada a la vista, mencionada en la nota de f. 149 in fine y dichos del testigo González, f. 160). Es el autor de esta nueva obra quien afirma la no correspondencia de la anterior con el arte bizantino (no se le hizo reconocer lo escrito en el reverso el curriculum también reservado, que no contiene firma, pero se lo interrogó sobre el mérito de la pintura de la actora en su declaración testifical de f. 160). El perito en arte Ricardo Román Pardo coincide, a grandes rasgos, con el juicio del testigo González, al explicar los cánones bizantinos y las razones, según su entender, por las cuales la actora se habría apartado de ellos (peritaje de fs. 170/173 y contestación de fs. 202/204, de la que hay otro ejemplar a fs. 207/209, a la impugnación de fs. 190/194). No resulta convincente el testimonio de María Czupa Kemesk, profesora de música, fiel que canta en la iglesia y que, como lectora regente, recibe un sueldo de la demandada, no por los fundamentos de la impugnación de f. 197 -que entiendo han sido bien desestimados por la jueza- sino porque afirma que el Cristo pintado por la actora no tenía barba y las autoridades de la iglesia llamaron a la actora quien habría pintado después los bigotes, dato que se contradice con la sola observación de la fotografía de la pintura de María Waveluk en la

que se nota perfectamente la barba y, con mayor nitidez aun por estar ampliada, también se observa en el anexo de f. 167 presentado por el perito en su informe. Lo que indica que, o bien, la testigo no observó con detenimiento la pintura cuando estaba colocada, o bien su recuerdo no fue fiel cuando declaró en abril de 1992, años después de haber sido tapada esta obra por la que realizó González.

No entraré en el tema de si la obra de la actora se ajusta o no a las reglas del arte bizantino, para lo cual -como es obvio- carezco de suficientes conocimientos, porque -como ya lo adelanté en el punto 2 de este voto- ese extremo es irrelevante para resolver el problema jurídico planteado. Si la alegada disconformidad significase que la obra no se ajustó a lo encomendado, su aceptación -como también dijo- despoja de atendibilidad al tardío cuestionamiento. Y si, como parece indicar el responde, con esa argumentación se trata de justificar el por qué del reemplazo después de 5 años, no se duda que estaba en las facultades de la propietaria del soporte material quitarla de su emplazamiento o trasladarla a otro lugar para utilizar ese espacio con otra obra, de modo que no tenía por qué exponer ni justificar las razones que pudieran haber llevado a adoptar esa decisión. Siempre y cuando, claro está, que con ella y su ejecución no afectase el derecho moral de la actora. Sin desconocer la idoneidad del testigo González, no puedo dejar de puntualizar que para cumplir el encargo de realizar la nueva obra no necesitaba denostar a la anterior, y en cuanto al perito Pardo tampoco puedo pasar por alto el exceso que lo llevó a erigirse en admonitor y permitirse apostrofar a la actora con consideraciones de orden religioso que podrán corresponder a una particular concepción subjetiva del experto que las emite (f. 173 último párrafo y fs. 203 vta./204, punto 16) pero que son ajenas a su cometido pericial, el que no autoriza semejante monserga. También creo del caso advertirle que resulta indecorosa la presentación de sus escritos con múltiples "horrores" de ortografía, los que deben ser evitados por respeto al órgano jurisdiccional al que se dirigen.

5. La obra de la actora fue tapada con la de González. Cuando aquélla lo supo, cursó comunicación intimando la reparación del daño (carta documento de f. 142, datada el 20/9/90, certificada con el informe de f. 143) la que fue respondida el 8/10/90 por la apoderada de la Iglesia Ortodoxa Rusa sosteniendo textualmente "...no incurrimos en ilícito al suprimir el mural ejecutado por usted, el cual no está registrado como lo dispone la ley de propiedad intelectual...". Con esta respuesta queda patentizado que la demandada confiesa haber "suprimido" el mural, para lo que se creía autorizada por la falta de registro. Al contestar la demanda cambia de frente para sostener que la obra no era original y que no la destruyó sino que la conservó debajo de la pintura de González para trasladarla a otro lugar, si lo estimaba así con posterioridad.

Tanto lo de la falta de registro como la pretendida carencia de originalidad ya quedaron desvirtuados. En cuanto a la posibilidad de sacar la pintura tapada y darle otro destino, el peritaje es categórico en que, aunque teóricamente sería posible, cabe descartarlo porque implicaría un altísimo costo y el riesgo de destruir la obra que se superpuso. No objetada, en este aspecto, la conclusión pericial, debe entenderse que la forma en que fue tapada impide su recuperación, por lo que equivale a su destrucción -o, como se dijo en la citada carta documento de f. 140, a su supresión-, lo que se confirma porque, pese al tiempo transcurrido, no consta en autos que haya sido sacada de su emplazamiento originario. Con esto queda afectado el derecho moral de la autora, quien se ve privada de la facultad de reproducirla (art. 54 ley 11723) o de oponerse a la mutilación o menoscabo de la obra (art. 6 bis -1- de la Convención de Berna), este último definitivamente cercenado con la torpe "tapada" que, seguramente por creerse autorizada a la destrucción, consumó la demandada.

Este daño moral, en tanto ataque a los sentimientos legítimos de la creadora, no queda -desde luego- compensado con el hecho de haber podido contemplar la obra y someterla al juicio de quienes la vieron durante cinco años, como dice la sentencia en

conclusión que tampoco comparto. Esta lesión incausada debe repararse (conf. Javier Moscoso del Prado, "Aspectos económicos del derecho moral" en la publicación "VIII Congreso Internacional sobre la Protección de los Derechos Intelectuales", Asunción del Paraguay, 1993, ps. 185/196), sin que sea óbice que haya habido o no dolo delictual - intención de dañar la persona o los derechos de otro, art. 1072 CC. - puesto que es suficiente la imputabilidad del acto voluntario que generó el daño. Empero, se equivoca la actora al estimarlo en u\$s 20000 según tasación particular presentada con la demanda (f. 3, original reservado, reconocida por su firmante Carlos María López, -o López Ramos- a fs. 151 y vta., oportunidad en la que dice que "se quedó corto" en la valuación), ya que ésta da un valor de mercado que correspondería a una eventual venta a un tercero, que no es la actora sino la dueña del soporte material quien podría realizarla. Con el margen de discrecionalidad que supone la traducción numérica de un valor de afección conculcado, propongo fijar la indemnización en \$ 4000, en ejercicio de la facultad conferida por el art. 165 CPr. Sobre esta suma se computarán intereses puros al 6% anual desde el reclamo extrajudicial del 20/9/90 hasta el 31/3/91, y de allí en adelante hasta el pago o efectiva percepción por la acreedora, a la tasa pasiva promedio que publica el Banco Central (art. 10 decreto 941/91 [3] y plenario del 2/8/93 en autos "Vázquez v. Bilbao").

6. Por las razones expuestas, voto por la negativa. Propongo revocar el fallo y admitir la pretensión, con el alcance expresado. De compartirse mi voto, las costas de ambas instancias se impondrán a la demandada vencida (art. 68 CPr.) y se reajustarán las regulaciones (su art. 279).

Los Dres. Montes de Oca y Burnichon votaron en el mismo sentido por razones análogas a las expresadas en su voto por el Dr. Greco.

Por lo que resulta de la votación de que instruye el acuerdo que antecede, se revoca la sentencia de fs. 265 y 270 y se admite la demanda con el alcance expresado, por lo que se condena a la entidad Fundación Diócesis de Argentina y Sudamérica de la Iglesia Ortodoxa

Rusa del Patriarcado de Moscú a abonar a la actora María Waveluk en el plazo de 10 días la suma de \$ 4000 con intereses puros al 6% anual desde el 20/9/90 hasta el 31/3/91 y a partir del 1/4/91 según la tasa pasiva promedio que publica el Banco Central. Costas de ambas

instancias a la demandada vencida. De conformidad con el art. 279 CPr. se reajustan los honorarios al nuevo pronunciamiento. Roberto E. Greco.- Leopoldo L. V. Montes de Oca.- Ricardo L. Burnichon.