

La acción indemnizatoria en la legislación autoral paraguaya y el fallo “Coldplay”. Un análisis comparativo ¹

Sumario

El presente trabajo tiene por objeto analizar de que manera se encuentra regulada en la legislación autoral paraguaya la acción indemnizatoria, para posteriormente aplicarla al estudio del caso “Coldplay”. Primeramente veremos el significado que para el derecho de autor tiene el resarcimiento a los derechos violados. Luego realizaremos algunas precisiones conceptuales sobre los aspectos patrimoniales y morales, para poder comprender a continuación lo que debe ser resarcido en una infracción a los derechos de autor y de que manera se debe realizar el cálculo indemnizatorio. Una vez fijado lo que establece la ley 1328/98 de derecho de autor sobre la llamada acción de indemnización, pasaremos a analizar el fallo en cuestión. Nos abocaremos de lleno al estudio del *quantum indemnizatorio* para determinar si fue correcta o no la justipreciación realizada por la justicia paraguaya, teniendo en cuenta los conceptos y opiniones previamente desarrollados en el análisis de la legislación autoral paraguaya sobre la acción de indemnización y aplicándola al caso concreto, de manera a poder afirmar que la decisión adoptada por la Cámara finalmente se ajusta o no a derecho. Finalmente diremos cual hubiera sido a nuestro criterio la mejor manera en que podía haberse probado el valor del daño.

¹ Abogado egresado de la Universidad Católica Nuestra Señora de la Asunción (Paraguay). Candidato al Doctorado en Derecho por la Universidad Austral de Buenos Aires (Argentina). Magíster en Propiedad Intelectual por la Universidad Austral de Buenos Aires (Argentina). Candidato al Master en Docencia en Educación Superior por la Universidad Católica Nuestra Señora de la Asunción (Paraguay). Coordinador Académico del Diplomado en Propiedad Intelectual en Paraguay de la Universidad Austral de Buenos Aires (Argentina). Socio del estudio jurídico Bareiro Modica Abogados (Paraguay). Email: fabriziomodica@gmail.com

1. Introducción

Entre las acciones civiles que se encuentran a disposición del titular como consecuencia de una infracción al derecho de autor o conexas, tenemos la que está dirigida a poner fin a todo tipo de violación de derechos y, muy especialmente, a obtener la reparación de los daños sufridos tanto en la esfera material como en la moral. En este sentido es bastante claro el Art. 158º de la Ley 1328/98: *“Los titulares de cualesquiera de los derechos reconocidos en esta ley, sus representantes o las entidades de gestión colectiva, sin perjuicio de otras acciones que les correspondan, podrán pedir el cese de la actividad ilícita del infractor y exigir la indemnización de los daños materiales y morales causados por la violación o la recuperación de las utilidades por el infractor en la comisión del hecho ilícito, y el pago de las costas procesales”*.

La ley paraguaya de derechos de autor y derechos conexos establece que las demandas relativas a los derechos de autor se regirán por las disposiciones del proceso de conocimiento sumario. Sin embargo, en la acción por indemnización nuestro máximo tribunal entendió que debe seguirse las reglas del juicio ordinario⁽²⁾, entendiéndose que debido a su naturaleza se requiere de un marco procesal amplio, donde puedan probarse y debatirse los hechos sin las limitaciones impuestas a los juicios sumarios relativas a los plazos y al tipo de pruebas admitidas. En pocas palabras, a la hora de determinar el *quantum indemnizatorio* en una infracción a los derechos de autor o conexos, existe la absoluta libertad del proceso ordinario.

Por medio del Acuerdo y Sentencia N° 19 de fecha 21 de marzo del 2013 se confirmó la sentencia del juzgado inferior que había condenado sumariamente a la firma representante de una marca extranjera de automóviles en Paraguay, a pagar a los integrantes de la famosa banda musical británica “Coldplay” la suma total de US\$ 3.000 por la utilización sin autorización de un tema musical del repertorio de dicho grupo en un spot publicitario radial. Si bien fue reconocida por la parte demanda que no obtuvo la autorización correspondiente del tema “VIVA LA VIDA” -propiedad de las actoras- para su utilización en un spot publicitario radial, lo trascendental del caso giró entorno al establecimiento del *quantum indemnizatorio* y su relación con el daño efectivamente acreditado.

Lo novedoso del fallo radica en que por primera vez nuestra justicia pudo pronunciarse acerca de la responsabilidad por el uso infractor de un tema musical extranjero en un spot publicitario local, además de analizar el monto indemnizatorio correspondiente y, finalmente, confirmar la línea jurisprudencial de que los daños punitivos deben ser contemplados.

2. El resarcimiento de los derechos violados

El reconocimiento que la ley hace de dos tipos de facultades dentro del haz de derechos que el autor tiene con respecto a su obra –los morales y los patrimoniales— hace que todos ellos tengan que ser resarcidos en el caso de su violación.

Los derechos morales se refieren a las facultades personales e inalienables que posee el autor como creador de una obra, entre los que se encuentran: los derechos de divulgación de la obra; de paternidad de la obra; de integridad de la obra y de retiro de la obra

del comercio (³). Por otro lado se encuentran los llamados derechos patrimoniales, que se refieren a la facultades exclusivas que goza el autor de explotar económicamente su obra, comprendiendo especialmente la realización, autorización o prohibición de: la reproducción de la obra por cualquier forma o procedimiento; la comunicación pública de la obra por cualquier medio; la distribución pública de ejemplares de la obra; la importación al territorio nacional de copias de la obra; la traducción, adaptación, arreglo u otra transformación de la obra; entre otros (⁴).

Conviene establecer qué se entiende por violación de los derechos de autor. De acuerdo al glosario de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) (voz 131, p.134) se expresa que la infracción (lesión) de los derechos de autor *"es toda utilización no autorizada de una obra protegida por derecho de autor cuando la autorización para tal utilización es necesaria en virtud de una ley. La infracción del derecho de autor consiste característicamente en la propia utilización no autorizada (por ej. exposición, reproducción, representación o ejecución, o cualquiera otra transmisión o comunicación de una obra al público hechas sin permiso; la transmisión -distribución-, la exportación, la importación de ejemplares, de una obra, que no hayan sido autorizadas; el plagio; el uso de una obra derivada sin el consentimiento del autor, etc); en los países en que se concede la protección a los derechos morales, la infracción de los derechos de autor puede consistir también en la deformación de una obra, omisión de la mención de paternidad, etc."* Sin embargo, debe aclararse que la mencionada definición de la OMPI se refiere mayormente a las violaciones de tipo patrimonial. A ella es preciso agregar las infracciones morales, que pueden producirse incluso habiendo autorización para la explotación de la obra, como

³ Art. 18. Ley 1328/98

⁴ Art. 25. Ley 1328/98

sería, por ejemplo, el caso de un licenciatario que la publicara omitiendo el nombre del autor o realizando modificaciones sustanciales a espaldas del autor.

3. Lo patrimonial y lo moral: Precisiones

Se presentan en materia indemnizatoria conceptos que se prestan a confusión y que entendemos deben ser delimitados correctamente a fin de que pueda establecerse su alcance. Nos referimos a lo patrimonial y lo moral, en cuanto tipos de derechos de los cuales el autor es titular con respecto a su obra y en cuanto los daños que deban ser indemnizados por violación de esa obra. En otras palabras, hay derecho moral y derecho patrimonial de autor, así como hay indemnización del daño patrimonial e indemnización del daño moral.

La violación de un derecho patrimonial de autor –por ejemplo, la reproducción ilícita de una obra— provoca daños materiales al autor, pero también puede provocarlos de tipo moral, al afectar seriamente sus sentimientos. De la misma manera, la violación de un derecho moral –por ejemplo, la modificación grosera que un licenciatario hace al publicar la obra— puede provocar el desprestigio del autor, con la consiguiente pérdida de lectores, lo que se convierte en un daño patrimonial.

Algunos consideran que existe una equivalencia entre lo patrimonial, por un lado, y lo moral, por otro. Según este criterio la indemnización del daño patrimonial corresponde a la violación del derecho patrimonial y el resarcimiento del daño moral tiene que ver con la infracción del derecho moral. Entendemos que no es así. Sin embargo es común observar en diversos fallos que existe una confusión entre los derechos y los daños, rechazándose el concepto de daño moral de manera autónoma al fijado por violación a los derechos morales que

le corresponden al autor sobre su obra. Así, afirma un fallo argentino: *"En efecto, coincido con el Sr. Juez a-quo en que reconocer una suma autónoma por este nocimiento (sic) importaría tanto como admitir la duplicación de la indemnización de idéntico daño (...) Reconocer la existencia de una violación a los derechos extrapatrimoniales o morales que sobre su obra tiene el autor, es lo mismo que reconocer que ha sufrido un perjuicio no de índole económica, sino espiritual que encuadra dentro de la categoría de daño moral, toda vez que a fin de justipreciar las consecuencias disvaliosas que la ilegítima conducta de la demandada provocó en la actora, debe valorarse el impacto negativo que tal actitud logró en la faz espiritual del apelante (5)".*

4. El resarcimiento debe ser completo

Al hablar de responsabilidad por actos ilícitos cometidos en el ámbito autoral, surge necesariamente como *quid* de la cuestión determinar el grado de aquella. En otras palabras, ¿se está ante una responsabilidad subjetiva u objetiva?. Si se considera la primera postura forzosamente se tendría que demostrar no sólo el hecho generador del ilícito sino también el dolo o la culpa por parte del infractor. En cambio, la postura imperante –sobre todo en la Argentina- es la de la responsabilidad objetiva, que por el solo hecho de la violación del derecho exclusivo del autor se produce un perjuicio susceptible de reparación, independientemente de que se pruebe o no el daño. SATANOWSKY sostiene *"la existencia del daño resulta del solo hecho de la reproducción o impresión ilícita, pues el perjuicio surge de la sustracción y uso de la obra intelectual ajena, derecho de las ideas objetivado, en el dinero ingresado, mediante ellas, en los bolsillos del mal poseedor (6)".*

5

CApel.Civ., Sala D., "Heinrich, Ana María Erna E. c. Ediciones Altaya S.A.", 21-04-2005.

6

Isidoro SATANOWSKY, *Derecho Intelectual*, TEA, 1954, II, 182

Con respecto a la indemnización del daño moral, va ganando terreno su reconocimiento en materia de derecho de autor. Así, en la Argentina se ha destacado que es casi uniforme la interpretación del carácter resarcitorio de este tipo de indemnización, dado que lo se busca es compensar el dolor del afectado. Se ha dicho que en el caso concreto del derecho de autor ese carácter *“atiende ... elementos concretos: el tipo de obra (no es igual la del poeta a la del creador publicitario); su característica más o menos entrañable, según sea el autor, sus herederos o sus cesionarios legítimos y con facultad exclusiva vigente; las condiciones sufrientes del lesionado, como la edad, dedicación, situación económica (padece más quien sólo vive de su arte o de su ciencia, que aquel que ha creado como al pasar sin que la creación sea el fin de su existir), la extensión o repercusión del hecho violador (es más insoportable la difusión en los mass media, en los carteles publicitarios, por televisión, que en vidrieras o afiches aislados); la calidad de la obra plagiada y sus ofertas en otros bienes personalísimos, como el honor también herido; la imagen personal puesta en la calle, la intimidad de un autor difundida (piénsese en el autorretrato de un pintor famoso en actitud de privacidad, copiado y atribuido a otro en fotografías de revistas que, a la vez, tratan de procacidades). En fin, siempre tendrá el juez elementos diferenciadores acumulados; identificadores del dolor; de la trayectoria vital invadida. A ellos debe acudir (7)”*.

En el plano legal, la ley española ha llegado a ser suficientemente explícita, al establecer que *“en caso de daño moral procederá su indemnización, aun no probada la existencia de perjuicio económico.*

7

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

Para su valoración se atenderá a las circunstancias de la infracción, gravedad de la lesión y grado de difusión ilícita de la obra (8)".

LIPSYC respalda la amplitud del criterio indemnizatorio, destacando doctrinariamente soluciones que en algunos países como el nuestro ya han tenido reconocimiento legislativo. Menciona así que *"las particularidades de los derechos inmateriales exigen que se valoren todas las circunstancias que tengan incidencia sobre el monto del resarcimiento, sin sujeción a fórmulas rígidas. El titular del derecho de autor tiene derecho al beneficio que hubiere podido obtener de no mediar la utilización ilícita o la mejor remuneración que hubiera podido percibir de haber autorizado la explotación. Por esa razonable alternativa se evita que sea más beneficioso infringir el derecho de autor que respetarlo, pues si el utilizador paga un precio más bajo en juicio que negociando con el titular del derecho, se alientan las infracciones (9)".*

5. El cálculo de la indemnización

La determinación del monto resarcitorio es una cuestión compleja si se aplican las normas generales del derecho civil, incluso el autor puede ser víctima de una "trampa" procesal y terminar, en razón de dificultades probatorias, recibiendo una suma irrisoria que no compensa el daño sufrido.

Por eso, haciéndose eco de la labor doctrinaria –la precedente cita de LIPSYC forma parte de esa corriente de opinión-- , algunas legislaciones han optado por establecer mecanismos más explícitos –diríase completamente objetivos– para el cálculo, con lo que el autor o titular derivado no correrá los riesgos de las dificultades probatorias

8 Art. 135º, segundo párrafo, del R. D. Leg. 1/96.

9 Delia LYPSZYC, *Derecho de autor y derechos conexos*, UNESCO, Buenos Aires, 2001, 577

para ser suficientemente indemnizado. Estos mecanismos no abandonan la prueba de los alcances del daño, sino que la dejan como opción para reclamar un resarcimiento mayor al “piso” establecido objetivamente.

En Paraguay –junto a España, el Salvador, Nicaragua, Panamá, Perú, Venezuela y otros países de la región—se ha adoptado lo que se ha denominado el “método triple de cálculo” de las indemnizaciones. Es decir, se establecen tres opciones indemnizatorias, a elección de la víctima, a saber: a) la consideración del daño efectivamente causado (sujeta a prueba); b) el valor que habría tenido una licencia sobre el derecho lesionado más un plus; y, c) las ganancias netas obtenidas por el infractor (sujeta a prueba).

En efecto, la ley autoral paraguaya 1328/98 establece un régimen propio para el cálculo de las indemnizaciones por violación de derecho de autor. En efecto, da dos alternativas -una de ellas con dos métodos de calculo- al demandante: Una es reclamar los daños materiales y morales -que a su vez pueden ser el valor de la licencia más un plus o la otra es demandar los perjuicios efectivamente sufridos cuando excedan considerablemente la opción anterior- mientras que la otra consiste en el reintegro de las ganancias obtenidas por el infractor con la violación del derecho de aquél. Esto surge de lo estatuido por el Art. 158º: “(...) *exigir la indemnización de los daños materiales y morales causados por la violación o la recuperación de las utilidades por el infractor en la comisión del hecho ilícito, y el pago de las costas procesales. La indemnización por los daños y perjuicios materiales comprenderá, no sólo el monto que debería haberse percibido por el otorgamiento de la autorización, sino también un recargo mínimo equivalente al 100% (Cien por ciento) de dicho monto, salvo que se probase por la parte lesionada la*

existencia de un perjuicio superior, tomándose en consideración las ganancias obtenidas por el infractor en la comisión del hecho ilícito”.

La ley facilita las cosas al autor –y titulares derivados--, pues asegura una indemnización razonable como mínimo y sin necesidad de probanzas o, por lo menos, con un mínimo de ellas, pero deja abierta la posibilidad de resarcimientos más importantes, sujetos a la carga de la prueba.

Para la opción más accesible (la “b”) se establece una fórmula: El valor de la autorización –en la mayoría de los casos, una licencia-- que el infractor ha dejado de solicitar para la explotación de la obra, más un recargo mínimo del ciento por ciento, proporción que habrá de determinar el juez, más comúnmente conocido en doctrina como “daños punitivos” (¹⁰). Es obvio que el valor de la autorización se refiere al lucro cesante, porque, en la medida en que un tercero se haya beneficiado económicamente con la obra, eso tiene que haberse traducido en una disminución de ingresos que el legítimo titular de ella pudo haber tenido con su explotación. Será justamente el valor de la licencia no contratada. En principio esta opción no requeriría probanza alguna, ya que bastaría con determinar los montos habitualmente percibidos en plaza para tal tipo de autorización y aplicarlo a los alcances de la explotación ilícita.

¹⁰ Los daños punitivos provienen del derecho anglosajón, y se refieren a una penalización privada impuesta por el juez al causante del hecho a favor del damnificado, de naturaleza extraordinaria y ejemplificadora, por haber incurrido en un comportamiento de mala fe o conducta maliciosa. Si bien en doctrina se considera que de acuerdo a nuestro ordenamiento jurídico nacional -en coincidencia con el derecho continental europeo- la víctima no debe enriquecerse a expensas del responsable, o sea el acto ilícito no debe ser fuente de lucro para aquella, al ratificarse el *quantum indemnizatorio* en el caso *Microsoft Corporation c/ Firma Constructora Goldemberg Perello S.A. S/ Indemnización de daños y perjuicios materiales y morales* (C.S.J. Sala Civil y Comercial, Ac. y Sent. N° 245, 17/04/12) nuestra máxima instancia judicial no cuestionó la constitucionalidad de los daños punitivos, que fueron establecidos en un 100% de recargo sobre el valor de las licencias de software que se dejaron de contratar.

El criterio del valor de la licencia es aplicable a la violación de derechos materiales, pero no a la de los morales. Por ejemplo, si el infractor violó el derecho de paternidad del autor o el de integridad de la obra, la magnitud del daño no puede justipreciarse con lo que hubiese percibido el autor con una autorización, ya que este tipo de cosas no puede autorizarse. De igual manera, tampoco es aplicable al plagio, pues su comisión no puede ser concedida en licencia.

En cuanto a requerir los daños efectivamente causados (opción "a"), cuando el perjuicio sea muy elevado el afectado tiene la posibilidad de dejar de lado la fórmula del valor de la autorización más el recargo y probar la existencia de un daño superior. Para ello todo dependerá de sus posibilidades de probar la amplitud del perjuicio.

La recuperación de las utilidades obtenidas por el infractor con la explotación no autorizada de la obra (opción "c"), según nos parece sólo es aplicable a los daños patrimoniales. Esto puede resultar beneficioso para el reclamante en aquellos casos en que la inversión que hubiese significado la contratación de la licencia habría resultado mínima a la luz de las ganancias reunidas por quien infringió su derecho con la explotación de la obra, pero debe probarlas, claro está. De esta recuperación de utilidades –a la que se ha llamado "reintegro por intromisión a derechos"– se ha dicho que no es propiamente una indemnización de daños sino la aplicación del principio del enriquecimiento sin causa, aunque debe dársele una interpretación especial, pues en esta situación no se produce un desplazamiento patrimonial, sino sólo el enriquecimiento de quien ha disfrutado de bienes ajenos. Expresa un autor: *"La pretensión de reintegro intromisión se concede en caso de intromisión a derechos que tienen un contenido atributivo de exclusividad. En éstos, el ordenamiento jurídico atribuye a su titular todo aquello que se encuentre dentro del ámbito de exclusividad asignado, incluyendo las*

ganancias obtenidas por la explotación dentro de él (¹¹)". Se ha explicado que "cuando una persona utiliza o explota bienes o derechos ajenos y, en virtud del contenido atributivo que al otorgar el ordenamiento jurídico realiza respecto de los lucros procedentes de tal derecho, el titular del ilícito no debe al titular del derecho el menoscabo, sino el incremento obtenido por su patrimonio, por haberse encontrado tal enriquecimiento carente de justificación de acuerdo con las normas de atribución del ordenamiento jurídico (¹²)".

6. El fallo *Coldplay*

Los integrantes del grupo británico *Coldplay* demandaron a título personal a la empresa CENSU S.A. -representante en Paraguay de la marca de automóviles *Suzuki*- por la utilización sin autorización del tema musical "VIVA LA VIDA" en un spot publicitario radial donde se promocionaba la camioneta "*Suzuki Vitara*". La pretensión de la parte actora fue de US\$ 200.000 más la indemnización por los daños materiales y morales establecidos en el art. 158, 2º párrafo de la ley 1328/98 equivalente al ciento por ciento de la suma que se ha dejado de percibir (daños punitivos).

La parte demandada si bien había reconocido haber utilizado la música en el spot publicitario, sostuvo que no lo hizo sin autorización, ya que consideraba "*que se presumía la autorización al haber contratado a un tercero profesional para la creación y puesta en funcionamiento de la publicidad objetada por los actores*". A continuación dijeron que no obtuvieron ningún beneficio patrimonial porque la utilización se realizó sólo por dos días y en una sola emisora radial, y finalmente cuestionaron el arancel fijado por

¹¹ Alejandro GARCÍA, "Reparación de daños en las infracciones sobre patentes de invención y secretos industriales", *Derechos Intelectuales-11*, Astrea, Buenos Aires, 2005, 54

considerar que la actora no puede hacerlo en forma arbitraria y además que no es lo mismo el arancel establecido para países del primer mundo en comparación al nuestro.

El juez de primera instancia entendió que efectivamente la obra musical "VIVA LA VIDA" fue utilizada sin autorización por la firma CENSU S.A. En cuanto a la supuesta autorización que presumía la demandada por haber contratado con un profesional para la creación y puesta en funcionamiento del spot publicitario, el juez *a-quo* sostuvo que ello no le exime de responsabilidad a la firma, puesto que el contrato suscripto con el profesional sólo tiene efectos *inter partes*, no siendo oponible a terceros. En lo que respecta al *quantum indemnizatorio*, quedó demostrada que la obra musical fue utilizada solamente en dos oportunidades, con una duración de aproximadamente 23 segundos y en una sola emisora radial, además del hecho de que la firma demanda procedió en forma inmediata al cese de uso una vez notificada, motivo por el cual el juez justipreció el daño en US\$ 1.500, más el recargo del 100% en virtud del artículo 158, que ascendió a la suma total de US\$ 3.000.

El fallo fue apelado por la parte actora, que consideró irrisoria la suma final establecida, afirmando por un lado que el monto indemnizatorio debió establecerse sobre el beneficio real redituado a CENSU S.A., es decir, el monto obtenido por la venta de camionetas *Suzuki Vitara* como consecuencia de la publicidad, y por otro lado, que el daño a reparar -derivado de la falta de autorización del uso de la obra- debe abarcar no sólo el material sino especialmente el daño moral. El tribunal de Apelación decide confirmar el fallo de primera instancia en todas sus partes, y en relación al hecho generador del daño sostuvo que "*la recurrente no ha agregado prueba alguna que*

¹² Ibid., 50. Corresponde a una cita de Díez-Picazo (Luis DIEZ PICAZO, *Derecho de daños*, Cívitas, Madrid, 1999, 50).

dimensione al menos estimativamente que el perjuicio sufrido por su parte asciende a las sumas dinerarias pretendidas". En pocas palabras, el *a-quen* también entendió que el apelante debió haber producido algún tipo de pruebas que estableciera un marco referencial mínimo o máximo medible con el cual sostener el *quantum indemnizatorio*, y que a falta de ello, el juez inferior ha sido prudente y equitativo al valor el material probatorio obrante en la causa y fijado la suma final de US\$ 3.000.

7. Nuestra opinión

En primer lugar corresponde analizar cuáles fueron los derechos conculcados. En principio puede notarse que no hubo un desconocimiento o afectación a los derechos morales de los autores, sin embargo no puede afirmarse que lo mismo haya sucedido con los derechos patrimoniales. La utilización sin autorización de una obra musical para un spot publicitario implica necesariamente la violación de al menos tres derechos patrimoniales: reproducción, comunicación pública y transformación. Existió reproducción desde el momento que el tema musical fue fijado en un soporte en formato CD destinado al spot publicitario. En lo que respecta a la comunicación pública ésta se dio cuando la música dentro del spot publicitario se puso al alcance del público por medio de la transmisión radial y, la transformación, se dio al integrarse la obra original o trozos de ella junto con el mensaje publicitario, dando como resultado el spot publicitario radial tal cual como fue difundido.

Una vez determinados los derechos afectados, conviene preguntarnos ante que tipo de responsabilidad nos encontramos. Al inicio del punto 4 de este trabajo, vimos las posturas subjetiva y objetiva frente al hecho generador del ilícito. Si decimos que existió una responsabilidad subjetiva de parte del infractor, deberíamos probar

no sólo el daño, sino que además el infractor actuó con culpa o dolo. Podría no haber existido dolo debido a que la parte demandada afirmó que ellos se consideraban de buena fe autorizados por haber contratado a un profesional a los efectos de la creación y puesta en funcionamiento de la referida publicidad, aunque por las circunstancias del caso podríamos debatir si encuadra o no su actuar en una conducta culposa.

La justicia entendió correctamente que la responsabilidad que cabe es la objetiva, ya que existió un perjuicio al derecho exclusivo del titular al haberse realizado sin su autorización la utilización del tema musical "VIVA LA VIDA" o fragmentos de éste para promocionar camionetas "Suzuki Vitara", debiendo resarcirse más allá de que se deba o no probar el daño efectivamente sufrido. Ahora bien, para que se pueda determinar el monto indemnizatorio correspondiente a la afectación del derecho del titular, es necesario que la parte actora produzca algún tipo de pruebas que permita dimensionar de manera estimativa el perjuicio sufrido y que guarde relación con el monto peticionado en la demanda de US\$ 200.000.

Para el cálculo de la indemnización, vimos que nuestra ley establece tres opciones o métodos a favor del demandante: a) El valor de la licencia más un plus mínimo del 100%; b) Los daños efectivamente sufridos por el damnificado; c) La recuperación de las utilidades del infractor. Teniendo en cuenta la forma en que fue trabada la litis y algunos elementos en la resolución del caso, parecería que se optó por la opción a. Sin embargo veremos que en puridad se aplicó la opción b, y también analizaremos la posibilidad de la opción c.

8. El valor de la licencia

La parte actora había solicitado la suma de US\$ 200.000 -más el recargo del 100%- por entender que ese es el arancel fijado por el otorgamiento de una licencia o autorización de uso del famoso tema "VIVA LA VIDA" para fines comerciales. Sin embargo, la accionante no aportó prueba alguna que estableciera algún tipo de base o sustento legal relacionado al valor del alto monto reclamado, es decir, no presentó contratos sobre licencias otorgadas por el grupo *Coldplay* en otros países de la región para la explotación comercial de la obra, ni ningún otro tipo de documentos respaldatorios que establecieran una base monetaria.

Al no ser posible la determinación del valor de mercado que tiene el otorgamiento de la licencia del tema musical "VIVA LA VIDA" -por no poder establecerse el monto habitualmente percibido en plaza para este tipo de autorizaciones comerciales- no es posible escoger esta opción para la determinación del *quantum indemnizatorio*, y mucho menos pretender un recargo del 100% sobre el valor de la una licencia inexistente. En el último punto de esta trabajo, en la acreditación del *quantum indemnizatorio*, examinaremos más a fondo esta opción del valor de la licencia y daremos una posible solución a este aparente obstáculo probatorio.

9. Los daños efectivamente causados

La opción de los daños materiales y morales efectivamente causados parece ser la que mejor se encuadra al caso. La parte demandante sostuvo que el enorme perjuicio causado se debe principalmente a que los artistas en cuestión *no otorgan autorización en ningún caso, bajo ningún concepto y en ninguna parte del mundo para que sus obras sean utilizadas con fines comerciales por terceras personas*. De esto se deduce que el daño producido no estuvo relacionado a cuestiones materiales. Generalmente el daño material está

relacionado al lucro cesante y éste se produce por la explotación de una obra ajena sin autorización, debido a que el titular ha dejado de percibir lo que le hubiere correspondido de haberse llegado a otorgar el permiso correspondiente. Por ende, como el grupo *Coldplay* no percibe ni dejó de percibir remuneración alguna por este tipo de explotación comercial, entonces el tipo de afectación estará dada en los daños morales exclusivamente, como lo veremos más adelante.

10. La recuperación de las utilidades

También analizaremos la opción correspondiente a la recuperación de las utilidades del infractor. En el escrito de apelación la parte demandante sostuvo que el juez erró en la apreciación de los hechos, debiendo haberse basado el cálculo del monto indemnizatorio en función al beneficio económico que habría recibido CENSU S.A. Es decir, se hubiera tenido en cuenta la cantidad de camionetas "*Suzuki Vitara*" vendidas como consecuencia del spot publicitario.

De los tres métodos de cálculo probablemente este sea el más difícil y el que requiera además de mayor actividad probatoria, porque se deben probar no solamente las utilidades del infractor sino que además éstas hayan surgido como consecuencia directa de la infracción, y muchas veces esto representa una prueba imposible o "diabólica" para el demandante. Es difícil pensar y demostrar que por el hecho de haberse pasado en dos oportunidades el spot publicitario en la radio, esto haya sido clave para influir en el público consumidor a la hora de comprar automóviles del tipo camionetas *Suzuki Vitara*.

11. Los daños morales

De acuerdo con lo visto hasta el momento tenemos que fueron afectados los derechos patrimoniales (reproducción, comunicación

pública y transformación) aunque ello no significó consecuencias económicas o materiales negativas para los damnificados. "*Cuando exista lesión de un derecho patrimonial, sin repercusión en el patrimonio del autor, existirá un daño moral stricto sensu*⁽¹³⁾". Así tenemos que el daño en estas circunstancias no se indemnizará por las reglas o métodos establecidos en la ley autoral, sino que se regirán por las normas generales del Código Civil al tratarse del daño moral.

Si bien nuestra ley afirma que deben ser resarcidos los daños morales efectivamente sufridos, no se preocupa ésta en establecer sus alcances, a diferencia por ejemplo de la ley española que sí lo hace⁽¹⁴⁾, la cual tomaremos como parámetro de análisis. Teniendo en cuenta las circunstancias de la infracción, podemos expresar en principio que no existió una conducta maliciosa de parte de la demanda, ya que la misma creyó haber estado autorizada desde el momento que contrató a un profesional para la creación y desarrollo del spot publicitario. Aunque debió obrar de una manera más diligente como empresa dedicada hace más de 30 años a la promoción de automóviles en los diferentes medios, en especial en la contratación de servicios publicitarios con terceros donde está de por medio el prestigio de una importante marca de automóviles como lo es *Suzuki*. Otra circunstancia a tener cuenta es el hecho que una vez notificada de la infracción la empresa cesó inmediatamente en el uso infractor.

La gravedad de la lesión quizá represente la prueba más importante a favor de las pretensiones del demandante. Esto se debe

¹³ MARTÍNEZ ESPÍN Pascual, El daño moral contractual en la Ley de Propiedad Intelectual, Editorial Tecnos, Madrid, 1996, 55.

¹⁴ Art. 135º, segundo párrafo, del R. D. Leg. 1/96: *en caso de daño moral procederá su indemnización, aun no probada la existencia de perjuicio económico. Para su valoración se atenderá a las circunstancias de la infracción, gravedad de la lesión y grado de difusión ilícita de la obra.*

especialmente al hecho que el tema musical de por medio fue ganador del premio GRAMMY como mejor canción del año 2009, y el hecho que los integrantes del grupo no otorguen en ninguna parte del mundo autorización para un uso comercial le atribuye un valor mucho mayor. En cuanto al grado de difusión, el spot publicitario tuvo una duración de 23 segundos , fue utilizado en dos oportunidades y en un emisora radial que no representa un medio de comunicación masivo. Teniendo en cuenta todos estos aspectos, la justicia en realidad se pronunció sobre la indemnización de los daños morales sufridos por los integrantes del grupo, de manera que el *quantum indemnizatorio* estuvo acorde con lo probado en el juicio. Sin embargo no correspondía el recargo del 100%, ya que de acuerdo al art. 158 párrafo 2, el mismo se aplica sólo a los daños y perjuicios materiales sufridos y en la medida que se establezca el valor de la licencia o autorización.

Finalmente nos preguntamos que habría acontecido en el caso de que el reclamo se hubiera realizado en representación de *Universal Music Publishing S.A.*, como persona jurídica titular productora del fonograma "VIVA LA VIDA" del grupo *Coldplay*, a diferencia del reclamo que a título personal realizaron los integrantes -Guy Berryman, John Buckland, Will Champion y Chris Martin- del grupo británico como creadores físicos de la obra musical "VIVA LA VIDA". Si bien para el sistema del *common law* una persona jurídica puede ser titular del *copyright*, y este derecho se refiere por igual al derecho de autor como a los derechos conexos, para nuestro derecho de autor continental por un lado se encuentra el autor como persona física que realiza la creación y por otro lado -en los derechos conexos- se encuentra el productor de fonograma que puede ser la persona física pero principalmente es la persona jurídica que toma la iniciativa y tiene la responsabilidad económica de la primera fijación de los sonidos. Para la doctrina mayoritaria las personas jurídicas no son

pasibles de experimentar o sufrir daños morales o espirituales, por ende, si el demandante hubiera sido el sello discográfico UNIVERSAL -como titular del fonograma "VIVA LA VIDA"-y era incapaz de demostrar un perjuicio económico concreto -como de hecho ocurrió en el caso analizado- entonces no habría sido posible la condena a CENSU S.A por la reparación a un daño material que no pudo ser probado.

12. Acreditación del quantum indemnizatorio

Como pudimos observar a lo largo del fallo, el principal obstáculo a la hora de justipreciar el valor indemnizatorio radicó en el hecho de que no se pudo arrimar al juicio un marco referencial entre un mínimo y un máximo de lo pretendido como *quantum indemnizatorio*, motivo por el cual la indemnización fue fijada por el juez haciendo uso de la facultad establecida en el art. 452 del Código Civil (¹⁵).

Quedó demostrado en el juicio que el grupo "Coldplay" no otorga licencias para uso comercial de su repertorio musical, entonces surge forzosamente la pregunta de que medios probatorios hubieran sido idóneos para acreditar el monto de US\$ 200.000 solicitado por la demandante, o en todo caso algún otro monto similar, pero a todas luces superior a los US\$ 3.000 que finalmente termina regulando el juez y confirmando posteriormente la Cámara. Creemos que se podrían haber arrimado el promedio del valor de licencias que otorgan grupos musicales similares para este tipo de uso comercial publicitario, de manera a servir como base estimativa para el juez a la hora de fijar el quantum indemnizatorio. De esta manera, obtener los costos de licencias por uso comercial de temas musicales de grupos británicos de la misma envergadura como "The Cure", "Rolling Stones", "U2", entre otros, hubiera sido un buen punto de partida.

¹⁵ Art 452: "Cuando se hubiese justificado la existencia del perjuicio, pero no fuese posible determinar su monto, la indemnización será fijada por el juez".

Ahora bien, es importante aclarar que en el hipotético caso de que estos grupos otorguen este tipo de licencias, no será una tarea fácil acceder a ellos y mucho menos utilizarlos como pruebas documentales para un juicio de terceros.

Lo que sí es importante recalcar que de haberse arrimado algún mínimo o máximo como marco referencial -por ejemplo el promedio de valor de licencia de grupos similares- ya no es necesario probar los daños causados al grupo o el valor de las ganancias obtenidas por el infractor. Y sobre ese promedio de licencias otorgadas por otros grupos similares para uso comercial publicitario, se establece el 100% de recargo. Consideramos que en ese caso se podría haber justificado la suma de US\$ 200.000 o incluso una suma mayor (teniendo en cuenta que la ley establece el 100% como mínimo de los daños punitivos sobre el valor de la licencia) siempre y cuando el promedio de licencias otorgados por grupos similares rondan esa suma.

12. Conclusión

La normativa local en cuestión contempla expresamente los mecanismos con que cuenta el titular de derechos de autor o conexos para obtener la reparación de los perjuicios ocasionados, sean éstos atentados a los derechos morales o patrimoniales, como así mismo los daños materiales y/o morales experimentados. El método del triple cálculo facilita al demandante escoger la vía más adecuada para hacer valer sus reclamos, y de esta manera se evitan los obstáculos procesales que muchas veces han dificultado y hasta frustrado legítimas expectativas a la hora de obtener una justa indemnización.

Una primera lectura del fallo *Coldplay* nos dejaría con la sensación de que el *quantum indemnizatorio* confirmado por la Cámara de

Apelación es un tanto exiguo y que no se comparece con la gravedad del caso. Pero un estudio más a fondo nos permite comprender que la parte actora no fue capaz de sostener razonablemente su pretensión, a pesar de contar con las suficientes herramientas que la ley autoral establece para estos casos. Por lo tanto, la justicia no tuvo más remedio que justipreciar de manera prudente y equitativa el valor que consideró que correspondía de acuerdo a lo probado en la causa. Incluso no correspondía un plus del 100% por estar comprendido el daño moral.

Creemos que de haberse producido mayores pruebas que acreditasen mejor el perjuicio sufrido, el resultado indemnizatorio final habría sido mucho mayor y no uno simbólico. En consecuencia, no existió ese "castigo ejemplar" al demandando por la violación del derecho de autor, y probablemente como dijo la actora en relación a la suma de US\$ 3.000 *"no alcanza a cubrir siquiera los gastos de otorgamiento del poder de representación, su traducción, legalización y el envío por courier desde Gran Bretaña"*.