

DFA-

SEF-

Ministro redactor:Dra. Patricia Hernández

Ministros firmantes: Dres. John Pérez Brignoni, Álvaro França y Patricia Hernández.-

Montevideo, 11 de marzo de 2020.-

VISTOS:

Para sentencia definitiva de segunda instancia estos autos caratulados “**F., D. c/ S. G., R. y otro – DAÑOS y PERJUICIOS**”, IUE: **2-32703/2016**; venidos a conocimiento de este Tribunal en virtud de los recursos de apelación interpuestos contra la Sentencia Interlocutoria No. 210 del 16/II/2017 y de los recursos de apelación y adhesión a la apelación interpuestos contra la Sentencia Definitiva No. 26 del 8/IV/2019 y la Sentencia Interlocutoria No. 981 del 25/IV/2019, dictadas por la Sra. Juez Letrado de Primera Instancia en lo Civil de 18° Turno, Dra. Estela Jubette Pesce.-

RESULTANDO:

1) Que por la Sentencia Interlocutoria No. 210/2017 recurrida fue desestimada la excepción de falta de jurisdicción (fs. 445 a fs. 453).- Por la Sentencia Definitiva No. 26/2019 (fs. 1375 a fs. 1391) apelada, fue amparada parcialmente la demanda y, en su mérito: (a) fue desestimada la excepción de falta de legitimación pasiva interpuesta por el Sr. R. A. S. G.; (b) fueron condenados en forma solidaria los Sres. M. V. y R. A. S. G. a pagar a la parte actora: (b.1) por violación del artículo 44 de la Ley 9.739, la suma de U\$S 8.000 (dólares ocho mil); y

(b.2) por concepto de multa, ocho veces el valor de los beneficios obtenidos en el período total del carnaval 2016 por las actuaciones efectuadas y emergentes de autos, cuya liquidación difirió a la vía incidental prevista por el artículo 378 del Código General del Proceso; y (c) fue condenado el Sr. R. A. S. G. a pagar a la parte actora la suma de U\$S 10.000 (dólares diez mil) por concepto de indemnización de daño moral.- Por la sentencia interlocutoria nro. 981 del 25/IV/2019 (fs. 1393) fue ampliada la sentencia definitiva referida y condenó al Sr. M. V. a pagar a la parte actora el 50% de lo percibido, a través de AGADU, por la utilización de la obra que adaptó sin su autorización según artículos 35 y 51 de la Ley 9.739 y difirió su liquidación a la vía incidental prevista por el artículo 378 del Código General del Proceso.-

2) Que de fs. 1398 a fs. 1412 compareció el co-demandado Sr. M. V. e interpuso recursos de apelación contra la Sentencia Interlocutoria No. 210/2017 y contra la Sentencia Definitiva No. 26/2019 y sentencia interlocutoria nro. 981/2019.- Indicó como agravios, los siguientes: (a) Desestimación de lo que calificó como “falta de legitimación del tribunal en la causa”: (a.1) los estatutos de AGADU constituye el documento que regula la vida de los asociados con previsión de sus derechos y obligaciones; (a.2) todos los litigantes de este juicio son socios de AGADU, incluido el Sr. R. S., quien ingresó como tal el 26/II/1988; (a.3) de dichos estatutos surge que la función de AGADU es la defensa y protección de los derechos de sus asociados (autores y compositores) y en su artículo 12 refiere a la situación especial de la existencia de diferencias entre sus socios, las que deben ser sometidas a consideración de un Tribunal Arbitral cuya integración regula, en caso de no poder haber sido resuelta por su Consejo Directivo; (a.4) entonces, la diferencia suscitada entre sus socios, partes de este juicio, cumple con los requisitos previstos por

dicho artículo y debe ser resuelta por Tribunal Arbitral ante renuncia de la parte actora a la jurisdicción ordinaria; (b) Inexistencia de hecho ilícito y de culpa: (b.1) en el carnaval del año 2016, en el espectáculo brindado por los parodistas Los Zingaros, no se reprodujo parcialmente la obra del Sr. D. F. sin su autorización; (b.2) el co-demandado Sr. M. V. leyó dicha obra conjuntamente con otro material sobre la temática y en base a toda dicha información ideó la parodia: ésta no es una adaptación de la obra de la parte actora en cuanto se trató de una ficción, creada por el Sr. M. V., en que Juana de Ibarbourou soñaba con un reencuentro con un amigo de su niñez, Chico Carlo; (b.3) esto, no fue mencionado en la hostigada y, todos podemos escribir sobre la vida de Juana de Ibarbourou: nadie detenta los derechos de autor exclusivos sobre ello; (b.3) el 76% de los capítulos del libreto de la parodia no están mencionados en el dictamen pericial, acotándose la referencia a la novela a los capítulos 3 a 6, 8, 12, 13, 32, 41 y 45 de la misma en lo que fueron simples oraciones o comentarios, con disminución de las semejanzas en las sucesivas ruedas, muchas de las cuales ni siquiera eran originales del Sr. D. F.; (b.4) en los casos de parodias a ser representadas en vivo en tablados barriales y en el Teatro de Verano no se requiere la autorización de los titulares de las obras preexistentes: AGADU informó que esto siempre aconteció así en el país, por lo que la conducta ejecutada conforme a lo que todos hacen es decir que se condujo con la diligencia del buen padre de familia; (c) Exorbitante monto del daño a cuya indemnización fue condenado: (c.1) no guarda relación con lo cobrado por el Sr. D. F. por su obra: (c.1.1) autorizada la adaptación de su obra para teatro, la suma derivada de ello que percibió fue en el año 2010 de \$ 20.700 (pesos veinte mil setecientos) y entre los años 2009 y 2012 fue de \$ 87.488 (pesos ochenta y siete mil cuatrocientos ochenta y ocho); (c.1.2) según planillas de fs. 495 y 496 aportadas por AGADU, las actuaciones

en tablados de Los Zingaros entre el 22/I/2016 y el 27/II/2016 fueron 66 y que a consecuencia de enfermedad del actor A. A. (personaje Juana en la parodia) durante dos semanas, la misma durante este tiempo ni siquiera se representó; (c.1.3) aún cuando los 9 minutos de texto de la parodia se hubiesen representado 40 veces durante febrero de 2016, la representación teatral de la obra del Sr. D. F. de hora y media de duración durante cuatro años por la que percibió \$ 87.488 (pesos ochenta y siete mil cuatrocientos ochenta y ocho); (c.1.4) aún cuando la autorización para adaptar obra literaria a obra cinematográfica es de alto valor por tratarse de obra que permanecerá fija en un soporte, el Sr. D. F. fue intimado a manifestar el monto que se le habría de pagar por este concepto, frente a lo que a fs. 485 evitó responder; y (c.1.5) el tipo de explotación que supone la cesión de derechos de publicación, distribución y venta no es susceptible de comparación con la cesión de los derechos de adaptación para representación; y (c.2) por la hostigada como sanción estableció entrega parcial de los beneficios e ingresos percibidos, pero tal condena no se ajusta al derecho vigente sino que responde a la redacción anterior a la Ley 17.616 del artículo 51 de la Ley 9.739, a lo que suma la condena de ocho veces el importe.- Solicitó que se revoquen las apeladas y se desestime la demanda.-

3) Que de fs. 1413 a fs. 1429 compareció el co-demandado Sr. R. A. S. G. e interpuso recursos de apelación contra la Sentencia Interlocutoria No. 210/2017 y contra la Sentencia Definitiva No. 26/2019 y la Sentencia Interlocutoria ampliatoria No. 981/2019.- Indicó como agravios: (a) Desestimación de la excepción de falta de legitimación: (a.1) no se discernió el verdadero rol que como Director de conjunto de carnaval ejecutó: no escribió el libreto, no eligió la obra a ser tomada como fuente de inspiración sino que contrató a un escritor/guionista; (a.2) el Sr.

M. V. admitió que escribió la parodia “Juana de América” para los parodistas Los Zingaros para su espectáculo del año 2016; (a.3) solicitó a M. V. la remisión de los textos a la IMM con indicación de las fuentes así como en lo presentado ante AGADU; (a.4) no se advirtió que la parodia evoca una obra preexistente y pareció señalar que para referirse a la vida de Juana de Ibarbourou hay que solicitar autorización a la parte actora y la obra no reprodujo ningún fragmento de la obra del Sr. D. F., con descripción de lugares y recreación de situaciones y personajes no aludidos en la obra de aquél; y (a.5) tampoco se encontraron antecedentes en los últimos veinte años de trámites realizados por grupos de parodistas ante AGADU para la utilización de obras preexistentes, lo que constituye “tradicición carnavalesca”; (b) Jurisdicción preceptiva del Tribunal Arbitral de AGADU: por el artículo 12 de los estatutos de AGADU existe jurisdicción especial ante la cual debió ocurrir el Sr. D. F. siendo todos los litigantes socios de dicha institución; (c) Montos a cuyo pago fue condenado y ausencia de gradualismo: (c.1) los montos referidos no guardan relación con la actuación de este co-demandado; (c.2) el Sr. D. F. tampoco es el titular del 100% de los derechos sobre la obra “Al Encuentro de las Tres Marías” ya que a partir de diciembre de 2015 el propietario del 50% de los mismos dijo serlo el Sr. H. F.; y (c.3) el monto de la multa es excesivo en tanto se condenó prácticamente al máximo, el que está reservado para las situaciones más graves; (c.4) el monto indemnizatorio de daño moral estipulado también es excesivo, lesivo de su derecho a la libertad de expresión.- Solicitó que se revoquen las recurridas.-

4) Que por Providencia No. 1383 del 28/V/2019 se confirió traslado a la parte actora de los recursos interpuestos por el plazo de quince días.-

5) Que de fs. 1433 a fs. 1463 compareció el Sr. D. F. y evacuó el traslado conferido y se adhirió a los recursos de apelación interpuestos contra la sentencia definitiva nro. 26/2019 y sentencia interlocutoria nro. 981/2019.- A propósito de ésta indicó como agravios: (a) la fijación del valor de la obra en U\$S 8.000 (dólares ocho mil) no contempló los elementos objetivos aportados para su valoración en la cuantía indemnizatoria solicitada, como ser la respuesta a oficio prestada por Penguin Random House Grupo Editorial; (b) la multa fijada tomó como base de la imputación redacción anterior no vigente del artículo 51 de la Ley 9.739, por lo que solicitó su modificación mantenimiento el número de ocho veces del valor producto de la infracción, por lo que habría de ascender a U\$S 80.000 (dólares ochenta mil) o U\$S 64.000 (dólares sesenta y cuatro mil) en caso de mantenerse criterio de la hostigada.- Solicitó que se revoque la recurrida en lo antes indicado.-

6) Que por Providencia No. 1821 del 23/VII/2019 se confirió traslado a la parte demandada de la adhesión a los recursos de apelación por el plazo de quince días.-

7) Que a fs. 1474 y 1475 y de fs. 1483 a fs. 1488 la parte demandada evacuó el traslado conferido.-

8) Que por Providencia No. 2207 del 22/VIII/2019 se franquearon los recursos de apelación y la adhesión a éstos con efecto suspensivo para ante este Tribunal.-

9) Que estos auto fueron recibidos el 3/X/2019 y dispuesto su pasaje a estudio por su orden, se acordó dictar sentencia anticipada conforme artículo 200.1 del Código General del Proceso.-

CONSIDERANDO:

I- Que el Tribunal por unanimidad de sus integrantes naturales (artículo 61 de la Ley 15.750) habrá de confirmar la Sentencia Interlocutoria No. 210 del 16/II/2017 y habrá de revocar parcialmente la Sentencia Definitiva No. 26 del 8/IV/2019 ampliada por Sentencia Interlocutoria No. 981 del 25/IV/2019; por los fundamentos que se exponen a continuación.-

II- Primer Agravio: Desestimación de la Excepción Previa de Falta de Jurisdicción.-

2.1- Que el co-demandado Sr. M. V. en los numerales III) a XVIII) de su escrito de fs. 1399 a fs. 1401 y el co-demandado Sr. R. A. S. G. en el numeral II.3) de su escrito a fs. 1418 y 1419, fundamentaron el recurso de apelación que oportunamente interpusieron contra la sentencia interlocutoria nro. 210 del 16/II/2017 (fs. 445 a fs. 453), a los que por Providencia No. 211/2017 se les confirió efecto diferido conforme artículo 342.2 del Código General del Proceso.-

Ambos co-demandados coincidieron en señalar que la hostigada les causó agravio al haber desestimado la excepción previa de falta de jurisdicción siendo que todos los litigantes revisten la calidad de socios de Asociación General de Autores del Uruguay (AGADU) y, como tales, se encuentran sometidos al régimen estatutario de la referida institución.- Conforme el artículo 12 del Estatuto de AGADU, las diferencias que se suscitaren entre sus socios deben ser resueltas por su Consejo Directivo y, en caso de que éste no pudiese solucionarlas, las mismas deben ser sometidas a consideración de un Tribunal Arbitral integrado por tres miembros, dos de ellos propuestos por cada parte y el restante por el Consejo Directivo, siendo la resolución de aquél inapelable.-

2.2- Que no corresponde amparar el agravio formulado por lo que se dirá.-

2.3- Que sabido es que las partes, a excepción de previsión legal en contrario, están facultadas a someter toda contienda individual a arbitraje.- A tal fin, generalmente insertan en un contrato o en un acto anterior, la denominada *cláusula compromisoria*.- Su previsión detenta el alcance conferido por el artículo 475 del Código General del Proceso y, en virtud de éste, importa renunciar a hacer valer ante la jurisdicción ordinaria las pretensiones y cuestiones respecto a las cuales las partes establecieron que habrían de ser dirimidas en proceso con órgano jurisdiccional privado y provoca la inadmisibilidad de toda actuación procesal contradictoria con la misma (cfe. Barrios De Angelis, Dante en “Manual de Arbitraje”, FCU, 1973, págs. 8-64; Véscovi, Enrique en “Proceso Arbitral” en “Curso sobre el Código General del Proceso”, FCU, 1989, págs. 227-228).- Y, el carácter *excepcional* del proceso arbitral, impone la interpretación de la cláusula compromisoria con criterio estricto (cfe. LJU, caso 14.348).-

2.4- Que asiste razón al apelante Sr. M. V. en cuanto a que fue probado infolios con la respuesta al Oficio No. 94/2017 agregada a fs. 500, que – a diferencia de lo esgrimido en la hostigada a fs. 450 in fine - el restante co-demandado Sr. R. A. S. G. (CI 1.784.051-4) también es socio activo de AGADU.- De esta forma, resulta que los tres litigantes son socios de la referida institución y, como tales, sometidos a los estatutos de la misma (artículo 13), los que obran a fs. 500.-

En efecto, el **artículo 12** de estos Estatutos establecen lo referido por ambos co-demandados pero con particularidad a destacarse.- Aquél prevé: “*Todas las diferencias que se susciten entre los socios como*

consecuencia directa de su calidad de tales – si no pudieran ser solucionadas por el Consejo Directivo – deberán ser sometidas a la consideración de un Tribunal Arbitral compuesto de tres miembros, designados uno por cada parte y el tercero por el Consejo Directivo.- La decisión del Tribunal será inapelable”.-

Interpretado este artículo en la forma señalada en el numeral 2.3 precedente, resulta sin hesitación que los socios de AGADU se obligaron a someter a resolución de un Tribunal Arbitral exclusivamente aquéllas contiendas o diferencias que surjan entre los mismos y que estuvieren estrictamente vinculadas o que se involucren con su calidad de socios.- Empero, el ocurrente **no** versa sobre cuestiones sociales o cuestiones suscitadas entre los Sres. F., V. y S. en tanto socios de AGADU.- Por el contrario, el objeto del sub-lite es si la parte demandada incurrió o no en responsabilidad civil por desempeño de conducta susceptible de encartar en las previsiones del artículo 44 de la Ley 9.739 y, en caso afirmativo, si existieron daños y, en su caso, cuantía de los mismos.-

Como se adelantó, el invocado artículo 12 de los Estatutos de AGADU **no** es aplicable a la especie.- En consecuencia, no siendo alcanzable a las partes cláusula compromisoria alguna, la controversia suscitada debió ser necesariamente dirimida por la jurisdicción ordinaria, como así efectivamente se hizo.-

III- Segundo Agravio: Violación del Artículo 44 de la Ley 9.739 - Adaptación Parcial de la Obra “Al Encuentro de las Tres Mariás Juana de Ibarbourou Más Allá del Mito” y Culpa.-

3.1- Que el co-demandado Sr. M. V. en los numerales I) a XXIII) de su escrito de interposición del recurso de apelación de fs. 1401

a fs. 1407 esgrimió como agravio causado por la Sentencia Definitiva No. 26/2019 y su Sentencia Interlocutoria ampliatoria No. 981/2019, la atribución de haber incurrido en hecho ilícito culposo consistente en reproducción ilícita de una obra literaria a través de la adaptación parcial de la obra “Al Encuentro de las Tres Marías Juana de Ibarbourou Más Allá del Mito” sin autorización de su autor D. F..-

Fundamentó este agravio en: *(a)* el libreto de la parodia “Juana de América” representada por los parodistas Los Zingaros en enero-febrero del año 2016, del que fue su autor, no fue adaptación de la obra del Sr. D. F. sino que fue una ficción para cuya creación utilizó distintas fuentes, entre las cuales, relacionó el libro “Al Encuentro de las Tres Marías Juana de Ibarbourou Más Allá del Mito” con autor el agonista; *(b)* en este libreto se incluyeron situaciones, personajes y diálogos que no existen en la obra literaria de la parte actora, como ser, el personaje Chico Carlo y su reencuentro con la poetisa; *(c)* según dictamen pericial, el 76% de los capítulos de la obra del agonista no fueron mencionados en la parodia, solamente fueron referidos los capítulos 3 a 6, 8, 12, 13, 32, 41 y 45 y sólo circunscriptos a simples comentarios u oraciones algunos de los cuales ni siquiera se incluyeron en todas las actuaciones de Los Zingaros y otras ni siquiera eran originales del Sr. D. F.; *(d)* la influencia que de esta obra pueda existir en la parodia no es significativa; y *(e)* al no haber solicitado autorización al Sr. D. F. para la realización del libreto de marras actuó con la diligencia del buen padre de familia (y no con culpa) al haber observado la conducta que consuetudinariamente se practica en el país desde hace décadas en caso de parodias no incorporadas a fonograma (CD, video).-

3.2- Que el restante co-demandado, Sr. R. A. S. G., en el numeral II.2) de su escrito de interposición del recurso de apelación de fs. 1415 a fs. 1418 invocó como agravio la

atribución de reproducción ilícita de la obra “Al Encuentro de las Tres Marías Juana de Ibarbourou Más Allá del Mito” de D. F. por la parodia representada en tablados barriales del país y en el Teatro de Verano por el grupo de parodistas Los Zingaros, del que es su Director responsable, durante el Carnaval del año 2016.-

Fundamentó el mismo en: (a) la parodia “Juana de América” plasmó con rasgos humorísticos manifestaciones de la vida de Juana de Ibarbourou, sin reproducir textualmente fragmentos de la obra del Sr. D. F., a la que tomó solamente como uno de los insumos; (b) esta parodia recrea situaciones, describe lugares e incluye personajes ajenos a la obra de aquél; (c) la parodia no es totalmente original ya que toma necesariamente una obra anterior reconocible al público; y (d) no incurrió en culpa o dolo: no existen antecedentes en los últimos veinte años que grupos de parodistas hayan solicitado autorización para la realización de parodia de obra literaria preexistente, costumbre que calificó como “tradición carnavalesca” que se limitó a seguir.-

3.3- Que no se habrá amparar el agravio formulado por la parte demandada por lo que se dirá.-

3.4- Que como señala Bugallo, la referencia al **derecho de autor** comprende las creaciones del ingenio humano totalmente diferentes entre sí, cuya *función* es “... asegurar la remuneración de los autores, permitirles el control de sus obras y, ulteriormente, favorecer la producción de los bienes intelectuales (Linant de Bellefons).- ...” (en “Propiedad Intelectual”, FCU, págs. 581-589).-

El **derecho de propiedad intelectual sobre las obras protegidas** comprende diversas facultades, que el legislador nacional regula en la Ley 9.739.- A propósito de las facultades que aquél confiere, la doctrina las ha

agrupado en: (1) los denominados *derechos morales* en tanto derechos personalísimos del autor, como son: derecho de divulgación, derecho de paternidad, derecho de modificación y derecho de retracto o arrepentimiento; y (2) los denominados, *derechos de explotación* en tanto refieren al aprovechamiento económico o patrimonial de la obra.- Entre las modalidades de la explotación, se distinguen: el derecho de reproducción de la obra por cualquier forma, el derecho de comunicación pública de la obra por cualquier medio, el derecho de distribución de la obra, el derecho de transformación autorizando la traducción, la adaptación, arreglo, entre otras (artículo 2 Ley 9.739).- Y como agrega Bugallo en la obra citada: “Los *derechos de explotación* son **absolutos** en el sentido de que son ejercitables erga omnes, por lo que se pueden caracterizar como exclusivos y excluyentes.- Tienen límites en cuanto al ejercicio, dispuestos por la normativa internacional ... El carácter *patrimonial de los derechos de explotación* no los desvincula de los *derechos morales del autor ...*” (págs. 680-690).-

En el derecho positivo nacional, el **artículo 44 de la Ley 9.739** (en la redacción dada por la Ley 17.616 del 10/I/2003) enumera los actos que importan la vulneración de estos derechos que la misma le reconoce al autor; con previsión de excepciones además de incluir en el artículo 45 de igual ley los supuestos de reproducción lícita.-

Las conductas que enumera el citado **artículo 44 de la Ley 9.739** como casos de *reproducción ilícita*, presentan la característica común de que son conductas ejecutadas sin la autorización o consentimiento del autor de la obra.- Distingue en función de que se traten de obras literarias (literal A), obras teatrales, musicales, poéticas o cinematográficas (literal B), esculturas, pinturas, grabados, obras científicas y técnicas (literal C).- A posta de las

obras literarias en general, el literal A) en su numeral 4) prevé como **reproducción ilícita: la adaptación o arreglo de una obra sin autorización del autor.**- A su vez, el literal D) del mismo artículo, incluyó como **reproducción ilícita: las adaptaciones, arreglos que supongan una reproducción disimulada del original.**-

Concordante con estas normas, el **artículo 35 de la Ley 9.739** establece que: “Los que refunden, copien, extracten, **adapten**, compendien, reproduzcan o **parodien obras originales** tienen la propiedad de esos trabajos, **siempre que los hayan hecho con autorización de los autores**”.-

Se distinguen *adaptación* de *parodia*: la primera significa modificar la obra a fin de poder ser difundida entre otro público al que primigeniamente iba destinada o conferirle otra forma, en este caso, no hay obra derivada, se conservan los elementos formales de la obra preexistente.- En la *parodia* (“*imitación burlesca*”), “... se habla como un género de obras derivadas.- Lipszyc define a la parodia como “una obra derivada, original en la composición y en la expresión”...”: satiriza la obra en la que se inspira, no hay aprovechamiento directo de otra obra, la obra derivada no sustituye a la primera, es una creación con originalidad propia (cfe. Bugallo en obra citada, págs. 638-639, 705; Sapolski, Dina y Alfaro, Jennifer en “La Incursión en la Parodia Marcaria en la Publicidad Comercial” en “Los Retos de la Modernidad: Cuestiones de Derecho Comercial Actual”, Semana Académica 2015, IDC, págs. 346-348).-

3.5- Que en el sub-lite fue admitida y probada la autoría por la parte actora de la obra literaria “Al Encuentro de las Tres Marías Juana de Ibarbourou Más Allá del Mito” así como que el Sr. M. V. fue autor del libreto de la calificada por la parte demandada como parodia “Juana de América”, que

éste fue contratado a tal fin por el Director Responsable del grupo de parodistas Los Zíngaros y que aquella fue representada por éstos en tablados barriales y en el Teatro de Verano en el Carnaval del año 2015 (22/I/2016 hasta el II/2016).- También fue admitido por la parte demandada que la parte demandada no solicitó autorización o consentimiento del Sr. D. F. a los efectos de la reproducción de su obra literaria.-

Las posiciones de los contendientes se diversificaron en cuanto la parte demandada controvertió lo afirmado por la parte actora en cuanto a que “Juana de América” constituyó una reproducción ilícita de su obra “Al Encuentro de las Tres Marías Juana de Ibarbourou Más Allá del Mito” con reproducción de situaciones, diálogos, escenas y fragmentos de la misma.- En su lugar, afirmó que se trató de una parodia, como tal con fuente de inspiración en obras preexistentes, entre éstas, a la obra con autor D. F.; pero que incorporó personajes distintos como Chico Carlo, escenas y diálogos diversos a la obra en cuestión, conformando una obra distinta.-

Así las cosas, correspondió aplicar la regla general en materia de distribución de la carga de la prueba prevista en el artículo 139 del Código General del Proceso, conforme a la cual corresponde probar a quien pretende algo (al actor) los hechos constitutivos de su pretensión y a quien los contradice (al demandado) los hechos modificativos, extintivos o impeditivos.-

A fin de satisfacer esta carga de la prueba que les gravó, las partes ofrecieron diversos medios probatorios.- Los conducentes estuvieron constituidos por:

(a) la *prueba instrumental* consistente en ejemplar de la obra literaria en cuestión “Al Encuentro de las Tres Marías Juana de

Ibarbourou Más Allá del Mito” de D. F. y demás obras relacionadas por el Sr. M. V. como fuentes de la parodia “Juana de América”, depositados en caja de seguridad con el nro. 173 y de fs. 203 a fs. 256, copia del Reglamento del Concurso Oficial de Agrupaciones Carnavalescas Año 2016 agregado de fs. 254 a fs. 276 y copia del libreto de la mencionada parodia “Juana de América” agregado de fs. 277 a fs. 289;

(b) la *prueba por oficios* consistente en las respuestas a los oficios: (b.1) nro. 92 del 21/II/2017 librado a Tenfield SA, agregada a fs. 487, constituida por las grabaciones de actuaciones de parodistas Los Zingaros en año 2016; (b.2) nro. 87 del 21/II/2017 librado a la Intendencia Municipal de Montevideo (IMM), agregada de fs. 584 a fs. 600 constituida por libreto de la parodia “Juana de América” presentado ante la IMM con autor M. V., R. A. S. G. como Director Responsable del conjunto de parodistas Los Zingaros en Carnaval 2016; y (b.3) nro. 95 del 21/II/2017 librado a la IMM, agregada de fs. 755 a fs. 814, constituida por Reglamento del Concurso Oficial de Agrupaciones Carnavalescas 2016; y

(c) la *prueba pericial* consistente en el dictamen elaborado por las peritos Licenciada en Letras con especialización en Lingüística Marisa Malcuori Ebole y Licenciada en Lingüística opción Investigación María Magdalena Coll More obrante de fs. 1304 a fs. 1328, quienes prestaron declaración en audiencia a los efectos del artículo 183 del Código General del Proceso (audire), según acta a fs. 1346.-

Precisamente, el medio de prueba idóneo a fin de determinar si existe o no reproducción de una obra literaria y, en caso afirmativo, la especie de reproducción de que se trata, tratándose de cuestión eminentemente técnica no jurídica, lo constituye la prueba pericial.- De ahí que las partes hayan

ofrecido y se haya diligenciado la misma.- A su vez, los restantes medios probatorios conducentes diligenciados (prueba documental y por oficios), aportaron los insumos que tuvieron en cuenta las peritos a efectos de confeccionar su dictamen, como fueron: el libreto de la parodia “Juana de América” registrado, las grabaciones de actuaciones del grupo de parodistas Los Zingaros con representación de la referida parodia en el Carnaval del año 2016 y el libro “Al Encuentro de las Tres Marías Juana de Ibarbourou Más Allá del Mito”.-

A fs. 1304 las peritos describieron la metodología de trabajo empleada a fin de determinar si existió o no reproducción en la parodia “Juana de América” de la obra literaria de D. F. “Al Encuentro de las Tres Marías Juana de Ibarbourou Más Allá del Mito”.- De la referida descripción, parece ser que las peritos emplearon el denominado “Test de las Semejanzas”, el que “... implica analizar la concurrencia de elementos comunes en las obras que se comparan, en grado suficiente como para que se pueda caracterizar como ilícita la segunda.- A estos efectos se pueden emplear criterios: i) cuantitativos, como la dimensión o extensión de las semejanzas identificadas; ii) cualitativos, que aluden a la importancia que en sí mismas pueden tener tales semejanzas, a su valoración relativa en la creación cuestionada.- ...” (Bugallo, Beatriz en “Sobre el Plagio ... Esa Plaga” en Revista de Derecho Público, nro. 44, noviembre 2013, págs. 30-32).-

Como resultado de su aplicación, se observa en el dictamen descripción exhaustiva de la exégesis practicada respecto de los textos involucrados e indicación de su resultado con detección de: (1) paráfrasis: con sustitución léxica y con reformulación; (2) reproducción textual: reproducción textual con acortamiento y con reformulación; (3) reformulación textual: con sustitución léxica

y reproducción textual, con ampliación de contenido, con un cambio en la deixis; (4) reproducción parafrástica con diferentes recursos discursivos; diferentes recursos lingüísticos que las peritos señalaron como demostrativos de la relación entre ambos textos (fs. 1321).- Asimismo, complementaron este examen con un análisis comparativo del libreto y las representaciones y de las representaciones entre sí; como resultaron afirmaron no haber apreciado diferencias significativas entre las tres representaciones (primera rueda, segunda rueda y liguilla), las que tampoco se apartaron de manera apreciable del libreto original.- Finalmente, las peritos Licenciadas Malcuori Ebole y Coll More, en el entendido de que en la parodia como intergénero artístico que opera la transformación lúdica de un texto (hipotexto) en otro (hipertexto) mediante recursos como la burla, la ironía y el ridículo, debiendo ser aquél reconocible por el lector o espectador u oyente; **concluyeron:**

(1) que la obra de D. F. “*Al Encuentro de las Tres Marías Juana de Ibarbourou Más Allá del Mito*” constituye el hipotexto implícito de la parodia “*Juana de América*”, con resultado de una representación melodramática con sostenido énfasis emotivo que enaltece la figura de la poetisa a pesar de sus debilidades (fs. 1324 a fs. 1326).- Se fundamentaron en:

(1.1) “no hay ningún evento en el libreto de la parodia que no esté relatado en la novela, aún cuando algunos de ellos sean de público conocimiento.- Estos eventos, que obviamente no son todos los que se relatan en la novela son, sin embargo, cualitativamente significativos.- ... Muchas de estas situaciones creadas por F. aparecen representadas en *Juana de América ...*”;

(1.2) del análisis exegético de los textos observaron “en algunos pasajes similitudes que se presentaron bajo la forma de

reproducciones textuales, diferentes tipos de paráfrasis y reformulaciones de contenidos semejantes ... ciertos fragmentos de los dos textos examinados pertenecen, obviamente a los locutores (hablantes empíricos) diferentes, pero a un solo enunciador (voz enunciativa), según la distinción clásica del lingüista Ducrot”; y

(1.3) ”no hay diferencias significativas entre el libreto y las representaciones hechas en el Teatro de Verano al tiempo que no hay apreciables divergencias entre las tres presentaciones (Primera Rueda, Segunda Rueda y Liguilla) entre sí”; y

(2) que “*la elección de los hechos a ser representados en la parodia Juana de América y los recursos lingüísticos para representarlos* ponen de manifiesto una **adaptación parcial de la novela *Al Encuentro de las Tres Marías de D. F.***”.-

Carentes las peritos intervinientes de la calidad de peritos decisores, la valoración de su dictamen debe efectuarse de acuerdo a las reglas de la sana crítica, de conformidad con los artículos 140 y 184 del Código General del Proceso.- No obstante, la prueba pericial reviste peculiaridad con relación a los restantes medios de prueba en tanto importa “... una actividad procesal desarrollada en virtud de un encargo judicial, por personas distintas de las partes en el proceso, *especialmente calificadas por sus conocimientos técnicos, artísticos o científicos*, mediante el cual se suministra al juez argumentos o razones para la formación de su convencimiento respecto de ciertos hechos *cuya percepción o entendimiento escapa a las aptitudes del común de las gentes*” (Devis Echandía, Hernando en “Teoría General de la Prueba Judicial”, Tomo II, editorial Zavalia, 1988, pág. 287).-

Aplicadas estas pautas de valoración probatoria impuestas por el legislador, emerge de la sub-causa que no obra otro medio de prueba que desvirtúe el dictamen pericial, el que tampoco fue impugnado por ninguna de las partes.-

Como bien señalaron el apelante Sr. M. V. de fs. 1402 a fs. 1405 y el apelante Sr. R. S. a fs. 1416 vto. a fs. 1418, en la parodia “Juana de América” se incorporaron elementos específicos individualizantes (incluso a sugerencia del propio co-demandado Sr. S. G., véase su escrito de contestación de la demanda), como fue el personaje de Chico Carlo para lo que hubo de valerse de información emergente de fuentes diversas a la obra literaria del Sr. D. F. en cuestión así como que se utilizaron expresiones propias o expresiones no originales del agonista.- Tales apreciaciones, en que ambos intentaron fundamentar su agravio, no desvirtúan en absoluto las conclusiones a que arribaron las peritos y son inherentes a la parodia como género de obras derivadas.- En efecto, como señalaron las peritos, todos los eventos adoptados en la parodia de marras aparecen en la obra literaria del promotor, y si bien es cierto que sobre la vida de la poetisa pudieron manifestarse, dichos eventos elegidos del total de los aludidos en la obra, son los cualitativos más significativos, a los que el autor D. F. confirió realce y examinó de acuerdo a la perspectiva actual de la temática que planteaban como ser consumo y adicción a las drogas o violencia doméstica; enfoque que similarmente fue adoptado en la parodia.- Además, de esta semejanza se destaca en la similitud de expresiones utilizadas en la parodia con relación a las empleadas en la obra de D. F. a través del uso de diversos recursos lingüísticos que oscilaron desde la reproducción textual hasta paráfrasis o reformulación de textos.- Las peritos no detectaron, la influencia de otra obra o que otra obra funcionara como hipotexto de esta

parodia.- Precisamente, las diferencias que pueden percibirse entre la parodia “Juana de América” y la obra literaria “Al Encuentro de las Tres Marías Juana de Ibarbourou Más Allá del Mito” se justifican en cuanto aquélla es justamente una parodia y, como tal, importó una sátira de ésta obra y no un aprovechamiento directo de la misma como acontece en el caso del plagio.- De ahí que justamente, las peritos refirieran a la parodia “Juana de América” como una *adaptación parcial* (no total) de la obra literaria “Al Encuentro de las Tres Marías Juana de Ibarbourou Más Allá del Mito”.-

Pues entonces, se observa una yuxtaposición de elementos: por un lado eventos, escenas, expresiones sustanciales y puntos de vista de éstos coincidentes con los descritos en la obra literaria y por otro lado, algunos elementos específicos propios; que dieron por resultado un conglomerado que conllevaron a la calificación de “*Juana de América*” como *parodia* con hipotexto la obra literaria de D. F. y *adaptación parcial* de la misma.-

3.6- Que así calificada “Juana de América” con identificación de autor del texto al co-demandado Sr. M. V. y representada por el grupo de parodistas Los Zíngaros con Director Responsable e integrantes del referido grupo (actor) el restante co-demandado Sr. R. S. G. en el Carnaval del año 2016; corresponde aplicarle el derecho positivo nacional vigente aludido en el Considerando 3.4 ut-supra.-

Del citado *artículo 35 de la Ley 9.739*, resulta que la parodia de una obra o la adaptación de una obra sin autorización del autor originario constituye una reproducción ilícita.-

En igual sentido, regula el **artículo 44 literal A) de la Ley 9.739** en tanto enumera (entre otras) como reproducción ilícita de una obra literaria, su adaptación sin la autorización del autor.-

Constituyendo en el sub-exánime un hecho admitido por la parte demandada que **no** solicitó autorización al autor de la obra literaria “Al Encuentro de las Tres Marías Juana de Ibarbourou Más Allá del Mito”, D. F., a los efectos de realizar su parodia y adaptación parcial de la misma efectivizadas a través de “*Juana de América*” representada en teatros durante el Carnaval del año 2016; *se concluye* que operó una **reproducción ilícita** de la misma al amparo de la normativa aplicable, con consecuente violación de los derechos de explotación de la obra de los que es titular su autor conforme artículo 2 de la Ley 9.739 (véase Considerando 3.2 anterior).-

3.7- Que el restante fundamento del agravio en examen, radicó en una invocada “tradición carnavalesca” consistente en no solicitar autorización del autor originario de la obra objeto de parodia por parte de los grupos de parodistas.- La parte demandada procuró acreditar la esgrimida costumbre con la respuesta al Oficio No. 194/2017 prestada por AGADU el 31/III/2017, agregada a fs. 529, de acuerdo con la cual en los últimos veinte años no se encontraron antecedentes de trámites realizados por grupo de parodistas con la finalidad de utilizar obras preexistentes.-

Malgrado, este argumento tampoco es de recibo en cuanto conforme el derecho positivo nacional – artículo 9 inciso 2º del Código Civil –, “La **costumbre no constituye derecho**, sino en los casos en que la ley se remite a ella”, lo que no acontece a posta de las hipótesis de infolios.- Esto, aunado con la

previsión del artículo 2 del Código Civil, no descarta la culpa como factor de imputación como así lo pretendió expresamente el co-demandado Sr. M. V. a fs. 1456 y 147, sino que, por el contrario, la robustece.-

IV- Tercer Agravio: Desestimación de la Excepción de Falta de Legitimación Causal Pasiva de R. A. S. G.-

4.1- Que el co-demandado Sr. R. A. S. G. en el numeral II.1) de su escrito de interposición del recurso de apelación de fs. 1413 vto. a fs. 1415 esgrimió como agravio causado por la sentencia definitiva nro. 26/2019 la desestimación de la excepción de falta de legitimación causal pasiva interpuesta.- Fundamentó el mismo en: (a) no escribió el libreto de “Juana de América” sino que contrató a escritor/guionista para ello, Sr. M. V.; (b) no eligió a las obras tomadas como fuentes de su inspiración; y (c) tampoco imprimió o reimprimió la obra, no la adaptó, arregló ni publicó.-

4.2- Que la apelada refirió a esta excepción en el numeral VII a fs. 1388.- Indicó basamento de la legitimación causal pasiva del Sr. S. G. en su participación en la representación de “Juana de América”, adaptación de la obra literaria de la parte actora, en lugar público.-

4.3- Que a propósito de la *violación de los derechos de autor y derechos conexos*, en la doctrina se distinguen dos posiciones respecto a la naturaleza de la responsabilidad civil emergente.- Por un lado, la postura que sostiene tratarse de un supuesto de *responsabilidad contractual* al verificarse el incumplimiento definitivo de una obligación de no hacer, obligación de resultado emergente de la ley (cfe. De Freitas, Eduardo y Borggio, Plinio en “Temas de Derecho Autoral, Su Tutela Jurídica y Régimen Sancionatorio”, págs. 77-81).- Y, por otro lado,

se ubica la posición que sostiene que se trata de una hipótesis de responsabilidad extracontractual en tanto aquella violación supone la transgresión de deberes genéricos de no dañar, no lesionar el derecho y no incurrir en conductas descriptas en el artículo 44 de la Ley 9.739, a la que se adhiere (cfe. Salvo, Nilza en “Derecho de Autor y Responsabilidad Civil” en ADCU, Tomo XXVII, págs. 575-578 y en “Derecho de Autor en la Ley 9.739 a partir de la vigencia de la reforma del 2003: Acciones Civiles” en “El Nuevo Derecho de Autor Uruguayo”, UM, 2003, págs. 43-46; Valdés Otero, Estanislao en “Derechos de Autor.- Régimen Jurídico Uruguayo”, UdelaR-Facultad de Derecho, 1953, págs. 313-319).-

La parte actora encartó su reclamación en este último ámbito de la responsabilidad extracontractual y en el ‘Capítulo F’, literal F.2) de su escrito de demanda de fs. 152 a fs. 154 vto. fundamentó la acumulación inicial subjetiva de pretensiones de condena también contra el excepcionante, Sr. R. S. G., en: (a) que si bien el Sr. M. V. fue el libretista de la obra “Juana de América”, el Sr. S. G. tuvo injerencia en la misma, principalmente a través de la incorporación del personaje Chico Carlo; (b) que la obra “Juana de América” fue comunicada al público a través de su representación en teatros barriales y en el Teatro de Verano por el grupo de parodistas Los Zíngaros de quien el Sr. S. G. es su Director Responsable; (c) que fue el comitente de la obra; y (d) que el Sr. S. G., al haber actuado en el grupo de parodistas Los Zingaros en las representaciones públicas de “Juana de América” vulneró el derecho de comunicación de la obra al público de su autor D. F..-

4.4- Que el co-demandado Sr. S. G. en el ‘Capítulo I’ de su escrito de contestación de la demanda a fs. 399 vto. y 400 admitió expresamente su calidad de Director Responsable del grupo de parodistas Los Zingaros

en el año 2016, siendo incluso asociado de Directores Asociados de Espectáculos Carnavalescos Populares del Uruguay (DAECPU) según respuesta a oficio nro. 93 del 16/II/2017 agregada a fs. 491, que “Juana de América” fue representada ante público en tablados y teatros durante el Carnaval del año 2016 y que sugirió al guionista/letrista de la parodia que contrató con dicho objeto – Sr. M. V. – la creación de un personaje, siendo que así surgió Chico Carlo.- No controversió su desempeño también como actor en oportunidad de la representación de “Juana de América” durante el mencionado Carnaval.- A su vez, el co-demandado Sr. M. V. en su escrito de contestación de la demanda admitió su calidad de letrista o guionista de “Juana de América”, habiendo sido registrado con tal calidad conforme respuestas a oficios a la IMM de fs. 584 a fs. 746 y a AGADU (No. 86/2017 de fs. 494 a fs. 497 y No. 194/2017 de fs. 500 a fs. 529).-

De estos hechos admitidos (artículos 130 y 137 del Código General del Proceso) resultó cierto que el Sr. S. G. efectivamente colaboró en la obra “Juana de América” al menos en lo que refiere a la incorporación del personaje Chico Carlo.- Siendo aquella parodia con hipotexto en la obra literaria del Sr. D. F., a quien no le recabó autorización a tal fin, consecuentemente solo de ello se deriva que el apelante goza de legitimación causal pasiva al haber incurrido en conducta-reproducción ilícita contempladas por los artículos 35 y 44 literal A) numeral 4) de la Ley 9.739, artículo 1319 del Código Civil (responsabilidad extracontractual por hecho propio).- Por ende, se impone desestimar el agravio.-

Incluso, a esto se le podría agregar que revistió simultáneamente la calidad de Director Responsable del grupo de parodistas y actor en oportunidad de las representaciones de “Juana de América” - de obra que

incluye una adaptación parcial de obra del pretensor sin su autorización - ejecutadas durante el Carnaval del año 2016, en lugares públicos (artículo 44 literal A) numeral 1) de la Ley 9.739; cfe. Lipszyc, Delia en “Derechos Patrimoniales” en Seminario sobre Derechos de Autor y Derechos Conexos en el Área del Sistema Judicial de la ROU, 1993, pág. 35).-

V- Cuarto Agravio: Montos Indemnizatorios de Daño Patrimonial y de Daño Moral.-

5.1- Que el co-demandado Sr. M. V. en los numerales XXXIV) a XLVI) de su escrito de interposición del recurso de apelación de fs. 1457 a fs. 1410 invocó como agravio causado por la hostigada, el monto de U\$S 8.000 (dólares ocho mil) a cuyo pago fue condenado por reproducción ilícito de obra literaria (artículo 44 de la Ley 9.739), al que calificó de exorbitante.- Fundamentó el mismo en: (a) la suma de U\$S 10.000 (dólares diez mil) que solicitó como contraprestación la parte actora carece de apoyatura y por tanto no pudo ser tenida en cuenta por la juez a quo a fin de establecer el monto indemnizatorio; (b) la suma de dinero percibida por D. F. por la representación teatral de su obra “Al Encuentro de las Tres Marías Juana de Ibarbourou Más Allá del Mito” que autorizó, según lo informado por AGADU: en el año 2010 ascendió a \$ 20.700 (pesos veinte mil setecientos) (fs. 529) y entre los años 2009 y 2012 ascendió a \$ 87.488 (pesos ochenta y siete mil cuatrocientos ochenta y ocho) (fs. 497); (c) la representación de la obra de teatro insumió una hora y media y “Juana de América” veinte minutos, de los que descontado el tiempo que insumen las canciones, aquélla tuvo una duración aproximada de nueve minutos; (d) según las planillas remitidas por AGADU a fs. 495 y 496, de las fechas y lugares en los que actuaron Los Zingaros en el Carnaval desde el 22/I/2016 hasta el

27/II/2016 fueron sesenta y seis, de las que habrá de descontarse dos semanas durante las cuales no se representó la obra por encontrarse enfermo el actor representante de Juana de Ibarbourou; (e) la parte actora no aportó documentación acreditante del importe que hubo de pagársele por adaptación de su obra al cine a pesar de haber sido intimado a ello; y (f) la situación de autos no es susceptible de compararse con el monto del precio por cesión parcial de los derechos de publicación, distribución y venta de la obra en todas las lenguas (excepto la castellana) por todo el mundo por el plazo de cinco años.-

El co-demandado Sr. R. S. G. en el ‘Capítulo II.4’ de su escrito de interposición del recurso de apelación a fs. 1420 y 1421 invocó como agravio causado por la Sentencia Definitiva No. 26/2019 el monto indemnizatorio por reproducción ilícita a cuyo pago fue condenado al que calificó de exorbitante y falto de gradualismo.- Fundamentó este agravio en: (a) el importe señalado no guarda relación con el precio de U\$S 50.000 (dólares cincuenta mil) pactado por la parte actora con cesionario de los derechos de publicación de la obra “Al Encuentro de las Tres Marías Juana de Ibarbourou Más Allá del Mito” en todo el mundo y en todos los idiomas (excepto el castellano); (b) no guarda relación al tratarse de una parodia de Carnaval que se representó durante poco más de un mes; (c) la parte actora en diciembre de 2015 cedió el 50% de los derechos de publicación del libro en otros idiomas al Sr. H. F., por lo que éste junto a aquélla hubieron de integrar un litisconsorcio activo necesario que en esta litis no se conformó.-

Finalmente, la parte actora en el ‘Capítulo Séptimo’, numerales 210) y 211) de su escrito de evacuación del traslado de los recursos de apelación a fs. 1461 vto. y 1462 se adhirió a los mismos.- Indicó como

agravio el monto indemnizatorio a cuyo pago fue condenada la parte demandada por violación del artículo 44 de la Ley 9.739.- Estimó que la juez a quo no tomó en cuenta las bases objetivas en virtud de las cuales reclamó la condena al pago de U\$S 10.000 (dólares diez mil).-

5.2- Que se habrán de amparar los agravios formulados por la parte demandada por lo que se dirá.-

5.3- Que el **artículo 51 de la Ley 9.739** establece que el autor (y parte lesionada en general) es titular de acción civil a fin de obtener la **indemnización por daños y perjuicios**; por lo que ésta incluye la posibilidad de reclamar indemnización por concepto de daño patrimonial (inclusivo de daño emergente y lucro cesante) y por concepto de daño moral, verificados los restantes elementos constitutivos de la responsabilidad extracontractual (Salvo, Nilza en obras citadas; De Freitas y Borggio en obra citada, págs. 89-95).-

5.3.1- Lucro Cesante Pasado.-

5.3.1.1- La parte actora en el ‘Capítulo IV- El Daño y la Pena Civil’, literal A), numerales 169) a 184) de su escrito de demanda de fs. 158 a fs. 160 vto., reclamó el pago de indemnización por concepto de daño patrimonial consistente en *la suma de dinero que presumiblemente hubiese percibido como autor en caso de haberle sido solicitada por la parte demandada la autorización para la parodia y adaptación parcial de su obra literaria “Al Encuentro de las Tres Marías Juana de Ibarbourou Más Allá del Mito”*.-

La hostigada amparó la existencia de este daño y lo cuantificó en la suma de U\$S 8.000 (dólares ocho mil).-

5.3.1.2- Sabido es que el *criterio rector* en materia de reparación del daño radica en el *principio de reparación integral del daño causado*; el que opera en un doble sentido en cuanto importa la necesaria reparación del daño causado así como la exclusión de todo exceso indemnizatorio que pueda colocar a la víctima en mejor situación que aquélla en la que habría estado si el evento no hubiera tenido lugar (ADCU, Tomo XIX, caso 737).-

Probada la existencia del daño cuya indemnización se reclama en virtud de la verificación de hecho ilícito constituido por la realización de parodia y adaptación parcial de obra literaria sin autorización del autor de la obra literaria originaria: reproducción ilícita conforme artículo 44 literal A) de la Ley 9.739; corresponde la cuantificación de esa *privación* de suma de dinero por parte del Sr. D. F. como *contraprestación* por la autorización a la explotación de su obra.- A tal fin, además del criterio rector antes señalado, las partes aportaron en el juicio diversas *pautas* que la parte actora relacionó en su escrito de demanda (fs. 158 a fs. 160 vto.), no así en su pacata adhesión al recurso de apelación (fs. 1461 vto. y 1462) y ambos co-demandados en oportunidad de fundamentar sus agravios.-

A posta de la cuantificación del rubro a indemnización, emergen de infolios los elementos conducentes que se relacionan a continuación:

(I)información proporcionada por Editorial Sudamericana Uruguay SA (Penguin Random House Grupo Editorial) en respuesta a los oficios nros. 88/2017 y 89/2017 agregada a fs. 432, con inclusión de referencia a informe glosado a fs. 113.-

Señaló que la suma de dinero posible a abonar por los derechos de adaptación de una obra es variable en tanto depende de varios factores, como son: tipo de obra, uso a conferirle (realización cinematográfica, documental, serie de televisión, teatro, festival o carnaval), cantidad de público esperado, si el evento es o no televisado y, en caso afirmativo, por canal abierto o con costo por abonado, en directo o diferido, o si es con el pago de entrada o benéfico.- Los valores de cesión de estos derechos oscilan entre la suma de U\$S 5.000 (dólares cinco mil) y U\$S 10.000 (dólares diez mil) y en caso de adaptación cinematográfica podrían llegar a U\$S 10.000 (dólares diez mil) o más.-

Asimismo, informó que Editorial Sudamericana Uruguay SA a marzo de 2017 había vendido 7.510 ejemplares de la obra “Al Encuentro de las Tres Marías Juana de Ibarbourou Más Allá del Mito” y por las ventas se devengaron \$ 259.222 (pesos doscientos cincuenta y nueve mil doscientos veintidós).-

Desconoce número de ejemplares vendidos y devengos por parte de Editorial Santillana SA.-

(2) testimonio notarial de “Contrato de Cesión de los Derechos de Autor” sin constancia de inscripción y certificado notarial, agregados de fs. 115 a fs. 117, fechado el primero el 4/XII/2015 según el cual el Sr. D. F. en calidad de cedente y el Sr. H. F. en calidad de cesionario celebraron contrato por el cual aquél cedió a éste el 50% de los derechos de publicación, distribución y venta de la obra “Al Encuentro de las Tres Marías” en todas las lenguas con excepción de la castellana en cualquier formato por el precio de U\$S 50.000 (dólares cincuenta mi), por el que el cedente le otorgó carta de pago.-

A fs. 531 y 532 prestó declaración como testigo el Dr. H. A. F. D. L., según la cual afirmó que efectivamente celebró con el pretensor dicho contrato, que le pagó el precio pero que *jamás* se tradujo *ni* se publicó en otros países.-

(3) la suma de dinero percibida por el Sr. D. F. por los derechos de autor devengados por la representación teatral de la obra titulada “Al Encuentro de las Tres Marías” por los años 2009 a 2012 fue de \$ 89.488 (pesos ochenta y nueve mil cuatrocientos ochenta y ocho), respuesta a oficio nro. 86/2017 prestada por AGADU agregada de fs. 494 a fs. 497.-

Asimismo, AGADU informó que las actuaciones de Los Zingaros en el año 2016 se verificaron desde el 20/I/2016 hasta el 27/II/2016 en: Club A. Arbolito, Club Salus, Club Fomento Las Acacias, Teatro Barrio Duranas, Teatro Barrio Lavalleja, Club Malvín, Velódromo Municipal, Teatro de Verano Ramón Collazo, Teatro Flor de Maroñas, Punta de Rieles Tablado, Jardines de Manga, Tablado Geant, Club Lucho Tío Suárez, Monte de la Francesa, Museo del Carnaval, Molino del Galgo y Rural del Prado; con un total de 85 actuaciones.-

A fs. 491 DAECPU informó que en el Carnaval 2016, Los Zingaros ejecutaron 99 actuaciones, en respuesta a Oficio No. 93/2017.-

Según testigo Sr. A. Ru. A. P., quien dijo ser empleado del co-demandado S. G. para quien realiza arreglos corales y musicales.- Manifestó de fs. 552 a fs. 554 que la actuación de los parodistas Los Zingaros en el año 2016 con las dos parodias “Perfume de Mujer” y “Juana de América” tenía una duración total de 65 minutos, siendo la extensión de la segunda excluidos los temas musicales de

20 o 22 minutos.- Agregó que en la temporada del Carnaval 2016, Los Zingaros habrán cumplido 98 o 102 actuaciones y que en 40 de éstas no fue representada “Juana de América” en virtud de que el parodista ‘P. A.’ con rol preponderante en esa parodia no concurrió por enfermedad.-

(4) la suma de dinero percibida por el Sr. D. F. por derechos de autor derivados de la representación teatral de la obra “Al Encuentro de las Tres Marías” en el año 2010 fue de \$ 20.760 (pesos veinte mil setecientos sesenta), informada por AGADU en respuesta al Oficio No. 194/2017 agregada a fs. 529.-

(5) Ediciones Santillana SA informó que previo a la cesión de los derechos a la obra “Al Encuentro de las Tres Marías” de fecha 30/VI/2014 a la editorial Penguin Random House, publicó y comercializó un total de 18.331 ejemplares, ventas por las que pagó a D. F. la suma de \$ 746.225,65 (pesos setecientos cuarenta y seis mil doscientos veinticinco con 65/100) por concepto de derechos de autor, en respuesta a Oficio No. 90/2017, agregada a fs. 557.-

(6) AGADU informó a fs. 747 en respuesta al Oficio No. 391/2017 que el total de lo recaudado por la obra “Al Encuentro de las Tres Marías” en el período 2009-2012 fue de \$ 184.460,46 (pesos ciento ochenta y cuatro mil cuatrocientos sesenta con 46/100), discriminados en: \$ 122.973,64 (pesos ciento veintidós mil novecientos setenta y tres con 64/100) por el 10% del texto original y \$ 61.486,82 (pesos sesenta y un mil cuatrocientos ochenta y seis con 82/100) por el 5% de la música original.-

(7) AGADU informó que el Sr. M. V. percibió por la parodia “Juana de Ibarbourou” la suma de \$ 39.560,94 (pesos treinta y

nueve mil quinientos sesenta con 94/100) (respuesta a Oficio No. 86/2017, a fs. 497 y respuesta a Oficio No. 194/2017 de fs. 500 a fs. 529) y que el Sr. R. S. en calidad de autor y compositor no generó derechos en el último lustro, siendo la totalidad de su producción en sus años de socio de \$ 66,92 (pesos sesenta y seis con 92/100) (respuesta a Oficio No. 94/2017, a fs. 498).-

Más allá del valor mínimo informado por Penguin Random House Grupo Editorial de U\$S 10.000 (dólares diez mil) para la hipótesis de cesión de los derechos de adaptación cinematográfica de una obra que no es el caso objeto de este juicio; Editorial Santillana SA señaló que el precio por la cesión de los derechos de adaptación de una obra pueden oscilar entre los U\$S 5.000 y los U\$S 10.000, dependiendo la fijación del precio de otras variables como destino de la adaptación, cobro de entradas, televisación o no de la adaptación, etc..- Tratándose en la especie de adaptación parcial de un obra para representación en teatro con fines carnavalescos, entre ese rango de precio se ubicaría el que podría pretender el agonista.- Además de estas variables, a los efectos de la fijación de ese precio deben tenerse en cuenta los otros ítems más vinculados al caso de obrados, como ser las ganancias obtenidas por el Sr. D. F. por la representación teatral de su obra, la que según AGADU en un período de cuatro años (2009-2012) ascendió a \$ 89.488 (pesos ochenta y nueve mil cuatrocientos ochenta y ocho).- Sin perjuicio de esto, hasta el mes de marzo de 2017 se habían vendido 25.841 ejemplares de la obra “Al Encuentro de las Tres Marías” (editoriales Santillana SA y Sudamérica Uruguay SA) con el pago al autor por las editoriales durante todo ese período de más de un lustro de \$ 1.005.447,65 (pesos un millón cinco mil cuatrocientos cuarenta y siete con 65/100) y por AGADU por los derechos de autor de la suma de \$ 20.760 (pesos veinte mil setecientos sesenta).-

Frente a este panorama, se ubica la contraparte que debió abonar el precio como contraprestación por la reproducción de la obra (parodia, adaptación y comunicación).- Como se informó por Penguin Random House Grupo Editorial a fs. 113 debe tenerse en cuenta para ello: finalidad y uso de la adaptación.- En la especie, la finalidad de la adaptación fue para carnaval, con alcance nacional, usada en 90 actuaciones barriales y en Teatro de Verano Ramón Collazo (aún cuando el testigo Sr. A. aseguró que el número de representación de “Juana de América” no superó las cuarenta), durante unos veinte minutos en período de un mes y siete días comprendido desde el 20/I/2016 hasta el 27/II/2016; y tratándose de una adaptación limitada ya que sólo comprendió algunos capítulos de la obra.-

Pues bien, si se toman en cuenta ambas premisas se considera que el monto indemnizatorio fijado por la juez a quo aparece como excesivo ya que equivaldría aproximadamente a lo percibido por el agonista de las editoriales en un año y, esto, además de reparar en las magras cantidades abonadas por AGADU según la misma informó.-

Así las cosas y, sin perjuicio de reconocer, la dificultad que supone la tarea de cuantificación de precio a abonar por reproducción de una obra literaria, teniendo en cuenta especialmente el uso, alcance parcial de la reproducción y el breve lapso de reproducción; se habrá de fijar el monto indemnizatorio reclamado en la suma de **U\$S 6.500** (dólares seis mil quinientos).-

5.3.2- Condena al co-demandado Sr. M. V. por artículos 35 y 51 de la Ley 9.739.-

5.3.2.1- En el Considerado VIII de la sentencia definitiva nro. 26 del 8/IV/2019 a fs. 1389, la juez a quo refirió a la indemnización por daños y perjuicios.- Distinguió:

(a) el daño patrimonial padecido por el Sr. D. F. correspondiente a la privación de la percepción de la suma de dinero que hubiese cobrado a cambio de la autorización prevista por ley, el que avaluó en U\$\$ 8.000 (dólares ocho mil);

(b) daños y perjuicios por ingresos indebidamente percibidos por el contraventor M. V. por haber realizado parodia sin previa autorización del autor de la obra originaria, que estimó en el 50% de lo que percibió de AGADU por la comunicación pública de la misma; y

(c) daño moral por expresiones públicas realizadas por el co-demandado Sr. R. S. respecto de la parte actora.-

Malgrado, en la parte dispositiva, a fs. 1390, la juez a quo condenó: **(1)** a los Sres. V. y S. en forma solidaria por violación del artículo 44 de la Ley 9.739 a pagar a la parte actora la suma de U\$\$ 8.000 (dólares ocho mil), ítem respecto del cual se agravió la parte demandada y se analizó en el Considerando precedente; **(2)** a los Sres. V. y S. en forma solidaria al pago de la multa prevista en el artículo 51 de la Ley 9.739 a la que se aludirá infra; y **(3)** al Sr. R. S. a pagar a la parte actora la suma de U\$\$ 8.000 (dólares ocho mil) por concepto de indemnización de daño moral.-

Es así que en la parte dispositiva de la Sentencia Definitiva No. 26/2019 sólo se refirió a los ítems identificados en el penúltimo párrafo con los literales (a) y (c).- Ante ello, la parte actora opuso recurso de

ampliación y por Sentencia Interlocutoria No. 981 del 25/IV/2019 (fs. 1393) se amparó el recurso, ampliándose el fallo y condenó al Sr. M. V. a pagar al Sr. D. F. el 50% de lo que percibió de AGADU por utilización de la obra de éste por su adaptación sin su autorización.- Difirió la liquidación a la vía incidental prevista por el artículo 378 del Código General del Proceso.-

5.3.2.2- El co-demandado M. V. a fs. 1411 y 1412 formuló como agravio esta condena al pago del 50% de lo percibido de AGADU por la utilización de la obra sin autorización del agonista.- Lo fundamentó en que de haberse solicitado la autorización al Sr. D. F. para la realización de la parodia y adaptación parcial de la obra, la misma hubiere comprendido su comunicación en tanto no se concibe elaborar una parodia para no ser representada.-

5.3.2.3- Respecto a este ítem, la parte actora se refirió en los numerales 182) y 183) de su escrito de demanda a fs. 160.- Si bien en el petitorio 3) de igual escrito a fs. 164 vto. y 165 formuló pretensión de condena contra la parte demandada al pago de U\$S 10.000 (dólares diez mil) por “ilícita comunicación al público de su obra”, de destaca en esta expresión defasaje con lo que fue el fundamento en virtud del cual formuló dicha pretensión indemnizatoria.-

Véase que en los citados numerales 182) y 183), el Sr. D. F. efectuó silogismo partiendo de la premisas de que el artículo 35 de la Ley 9.739 prevé que los que parodian o adaptan obras ajenas sin la autorización de su autor no son propietarios de esos trabajos y de que el Sr. M. V. efectuó la parodia y adaptación de su obra “Al Encuentro de las Tres Marías” sin su autorización; concluye que las sumas de dinero percibidas por el Sr. M. V. por la comunicación de la obra le deben ser entregadas.-

5.3.2.4- Como se indicó en este Considerando ut-supra, el artículo 51 de la Ley 9.739 concordante con el artículo 1323 del Código Civil, habilita al autor o parte lesionada a reclamar la indemnización de los daños y perjuicios derivados de la actividad ilícita, los que comprenden los daños patrimoniales (daño emergente, lucro cesante, pérdida de chance) y el daño extrapatrimonial.-

Ahora bien, el autor de una parodia o adaptación de una obra ajena realizadas sin la autorización del autor de éste, incurre en reproducción ilícita de la obra literaria al encartar su comportamiento en las conductas descritas por el artículo 44 literal A) de la Ley 9.739: adaptación de la obra sin autorización del autor, comunicación al público de la obra sin consentimiento del autor y son los daños patrimoniales que estas inconductas generan las que indemnizan a través del monto indemnizatorio del daño emergente, lucro cesante (como ser el precio que debió haber pago el transgresor de haber solicitado la autorización o consentimiento del autor de la obra originaria), daño moral.- Empero, no existe "... causa legitimante para trasladar los beneficios e ingresos al patrimonio del damnificado porque aún cuando hubiera mediado autorización para la utilización de las obras, los beneficios e ingresos derivados de dicha utilización nunca hubiesen correspondido al titular de aquéllas sino a la persona física o jurídica que lícitamente explotaba.- ..." (Salvo, Nilza en "Derechos de Autor en la Ley 9.739 a partir de la vigencia de la reforma del 2003: Acciones Civiles" en "El Nuevo Derecho de Autor Uruguayo", UM, 2003, págs. 47-48).- Y, por la reproducción ilícita de la obra "Al Encuentro de las Tres Marías" al amparo de la enumeración no taxativa de inconductas del artículo 44 literal A) de la Ley

9.739, el co-demandado M. V. ya fue condenado.- Por todo esto, es que corresponde amparar el agravio.-

5.3.3- Sobre la pretendida legitimación causal activa del Dr. H. A. F. De L.-

Recién en oportunidad de interponer el recurso de apelación, el co-demandado Sr. R. A. S. G. comentó que en el sub-exánime debió haberse conformado un litisconsorcio activo necesario en virtud de la cesión del 50% de los derechos de autos celebrada por el Sr. D. F. con el médico H. A. F. D. L.-

Como se dijo con anterioridad, la parte actora en el numeral 180) de su escrito de demanda a fs. 159 vto. y 160 mencionó haber celebrado contrato de cesión del 50% de los derechos de publicación, venta y distribución de su obra “Al Encuentro de las Tres Marías” con el Dr. H. A. F. D. L. por el precio de U\$S 50.000 (dólares cincuenta mil).- Aportó testimonio notarial de dicho contrato fechado el 4/XII/2015, sin constancia de inscripción (fs. 115 y 116) y certificado notarial de fs. 117.- El médico F. De L. en oportunidad de declarar como testigo a fs. 531 y 532 reconoció como suya una de las firmas que lucen en aquél y aseguró la celebración del contrato de cesión mencionado así como informó que no se efectuó ni venta ni traducción ni distribución alguna y a propósito de las cuales le habían sido cedidos el 50% de los derechos.-

Teniendo presente el objeto del contrato de cesión citado, no emerge la pretendida legitimación causal activa del Dr. F. De L. que ensayó el Sr. S. G.-

En ese sentido, repárese que el objeto del mismo fue el 50% de los *derechos de publicación, distribución y venta sobre toda la*

obra en todas las lenguas e idiomas (excepto el castellano) (Cláusula Primero), derechos de autor económicos que no fueron los vulnerados en el supuesto contemplado en este juicio.- De ahí pues, que el Dr. F. De L. careció en absoluto de la legitimación causal activa planteada por el co-demandado.-

VI- Quinto Agravio: Multa del Artículo 51 de la Ley 9.739 – Mecanismo de Fijación y su Monto.-

6.1- Que el co-demandado Sr. M. V. en los numerales XLVII) a L) de su escrito de interposición del recurso de apelación a fs. 1410 y 1411 formuló como agravio la pena civil a cuyo pago a la parte actora fue condenado.- Fundamentó el mismo en: (a) que por la sentencia definitiva nro. 26/2019 la pena civil fijada resulta ser una mezcla del régimen previsto por el artículo 51 de la Ley 9.739 antes de su modificación por la Ley 17.616 y el establecido por ésta actualmente vigente; y (b) el importe de la multa estipulado es excesivo en función de lo efímero que fue la comunicación pública de la obra “Juana de América” (actuaciones de veinte minutos en vivo durante un mes).-

El co-demandado Sr. R. A. S. G. en el numeral II.5) de su escrito de interposición del recurso de apelación a fs. 1421 vto. y 1422 formuló como agravio causado por la hostigada el monto excesivo de la pena civil fijada, al establecer el monto próximo al máximo previsto reservado a las más graves inconductas como puede ser el plagio o reproducción total, que no se verificaron en el ocurrente.-

La parte actora en los numerales 212) a 216) de su escrito de evacuación del traslado de los recursos de apelación a fs. 1462, se adhirió a los mismos en cuanto al monto de la multa, fijándose ésta en ocho veces el valor del producto en infracción.- En tanto asciende el valor de éste a U\$S 10.000

(dólares diez mil), el monto de la multa habrá de ascender a U\$S 80.000 (dólares ochenta mil).-

6.2- Que en la actualidad, la doctrina y jurisprudencia son contestes en calificar desde el punto de vista de su naturaleza jurídica a esta multa como una *pena civil* en virtud de su función preventiva-punitiva.-

A su vez, postulan su *acumulabilidad* en tanto el artículo 18 de la Ley 17.616, que dio nueva redacción al artículo 51 de la Ley 9.739, prevé la reclamación por la parte actora de indemnización por daños y perjuicios así como multa por un valor de hasta diez veces el valor del producto en infracción (cfe. TAC 1° Turno, Sentencia No. 27/1996; TAC 6° Turno, Sentencia No. 146/2013; TAC 4° Turno, Sentencia No. 232/2007).-

6.3- Que si bien la conducta ilícita de la parte demandada justifica la imposición de la multa de marras, el órgano jurisdiccional detenta la facultad de regular su monto con los topes mínimo y máximo legalmente previstos.-

Asiste razón al co-demandado Sr. V. cuando destacó que en la sentencia definitiva apelada se efectuó miscelánea entre el régimen antes previsto por el artículo 51 de la Ley 9.739 y el actualmente vigente; no ajustándose - en definitiva - a este última.- Por consiguiente, se impone amparar dicho agravio referido a la forma de fijación de la multa que la inconducta de los co-accionados justifica.-

A tales efectos, se habrá de reparar que la parodia “Juana de América” con hipotexto y adaptación parcial de la obra de D. F. “Al Encuentro de las Tres Marías” en cuanto su extensión fue cuantitativamente limitada o parcial, su representación se extendió durante un breve lapso de un mes y siete días

(20/I/2016-27/II/2016) y los fue con alcance nacional en tablados y en el Teatro de Verano durante un lapso aproximado de veinte minutos con actuaciones que no superaron las noventa.- En función de esto, se considera excesivo el importe reclamado por la parte actora y señalado en primera instancia, por lo que habrá de fijar la multa en la suma de dinero equivalente a una vez el valor adeudado, es decir: **U\$S 6.500** (dólares seis mil quinientos).-

VII- Sexto Agravio: Existencia del Daño y Monto Indemnizatorio del Daño Moral.-

7.1- Que el co-demandado Sr. R. A. S. G. en el numeral II.6) de su escrito de interposición del recurso de apelación de fs. 1422 a fs. 1429 indicó que la recurrida le causa agravio el amparo de la existencia del daño moral invocado así como el monto de U\$S 8.000 (dólares ocho mil) a cuyo pago fue condenado a pagar a la parte actora por concepto de daño moral es excesivo.- Basó su impugnación en que sus manifestaciones importaron el ejercicio de su derecho a la libertad de expresión y sus expresiones no fueron denigrantes del pretensor, quien sí promocionó este juicio a través de diversos medios de comunicación.-

7.2- Que doctrina y jurisprudencia son concordantes en señalar que el requisito esencial para que prospere la acción indemnizatoria del daño moral es que el infortunio revista cierta entidad; los meros disgustos, molestias o zozobras no habilitan el ejercicio de acción reparatoria.- Como ha señalado este Tribunal: "... Se requiere un gran sufrimiento, un dolor intenso, situaciones aflictivas muy profundas.- No toda perturbación espiritual, no todo dolor, ni cualquier efecto penoso, son daño moral ... (Gamarra, Jorge en "Tratado de Derecho Civiil Uruguayo", Tomo XXV, pág. 84 ...)"-.

Bajo estas pautas, el agravio formulado sobre la existencia del daño extrapatrimonial debe descartarse ya que la vulneración de los derechos de autor aunado a la forma despectiva en que se manifestó el Sr. S. respecto de la parte actora en forma pública a través de los medios por sí justifican la existencia del daño denunciado y su reparación.- Y esto, amén de la afectación al derecho de paternidad de la obra que la adaptación parcial y parodia de su obra sin su previo consentimiento le deben haber causado al promotor.-

Sin embargo, el segundo agravio respecto de este rubro debe ser amparado, en cuanto de conformidad con los parámetros jurisprudenciales vigentes, se considera excesivo, el que se abatirá a la suma de **U\$S 7.000** (dólares siete mil).-

VIII- Condenas Causídicas.-

Que de conformidad con el artículo 688 del Código Civil y artículos 56 y 261 del Código General del Proceso, la conducta procesal de las partes no amerita la imposición de sanciones procesales.-

Por los fundamentos expuestos y de conformidad con los artículos 7, 12, 18, 72, 332 de la Constitución; artículos 2, 9, 688, 1319, 1323 del Código Civil; artículos 2, 35, 44, 51 de la Ley 9.739; artículos 56, 130, 137 a 142, 157, 170 a 172, 184, 435 del Código General del Proceso; Ley 17.616; y disposiciones concordantes y complementarias; el Tribunal,

FALLA:

Confirmase la Sentencia Interlocutoria No. 210 del 16/II/2017.-

Revócase parcialmente la Sentencia Definitiva de primera instancia No. 26 del 8/IV/2019 y la Sentencia Interlocutoria No. 981 del 25/IV/2019 y, en su lugar:

(a) condénase a los Sres. M. V. y R. A. S. G. en forma solidaria a pagar a la parte actora la suma de U\$S 6.500 (dólares seis mil quinientos) por reproducción ilícita de la obra “Al Encuentro de las Tres Marías Juana de Ibarbourou Más Allá del Mito” al amparo del artículo 44 de la Ley 9.739;

(b) déjase sin efecto condena impuesta al demandado Sr. M. V. al pago del 50% de lo percibido de AGADU por utilización de la obra mencionada en literal anterior;

(c) condénase a los integrantes de la parte demandada en forma solidaria a pagar a la parte actora la suma de U\$S 6.500 (dólares seis mil quinientos) por concepto de la pena civil prevista en el artículo 51 de la Ley 9.739; y

(d) condénase al Sr. R. A. S. G. a pagar a la parte actora la suma de U\$S 7.000 (dólares siete mil) por concepto de indemnización del daño moral.-.-

Las costas y costos por el orden causado.-

Honorarios fictos cinco Bases de Prestación y Contribución para cada parte.-

Oportunamente, devuélvase a la Sede de origen con copia para la Sra. Juez a quo.-

Dr. John Pérez Brignani

Ministro

Dr. Álvaro França

Ministro

Dra. Patricia Hernández

Ministra

Esc. Lucía Carballa

Secretaria Letrada

Concuerta bien y fielmente con el tenor que tengo al a vista.