FUNDACIÓN PROFESOR URÍA

DERECHO DEL ARTE

ANUARIO IBEROAMERICANO 2016

Prólogo:

JOSÉ PEDRO PÉREZ-LLORCA
Presidente del Real Patronato del Museo Nacional del Prado

FUNDACIÓN PROFESOR URÍA

CIVITAS

THOMSON REUTERS

Primera edición, 2017

THOMSON REUTERS PROVIEW™ eBOOKS
Incluye versión en digital

El editor no se hace responsable de las opiniones recogidas, comentarios y manifestaciones vertidas por los autores. La presente obra recoge exclusivamente la opinión de su autor como manifestación de su derecho de libertad de expresión.

La Editorial se opone expresamente a que cualquiera de las páginas de esta obra o partes de ella sean utilizadas para la realización de resúmenes de prensa.

Este libro no podrá ser reproducido total o parcialmente, ni transmitirse por procedimientos electrónicos, mecánicos, magnéticos o por sistemas de almacenamiento y recuperación informáticos o cualquier otro medio, quedando prohibidos su préstamo, alquiler o cualquier otra forma de cesión de uso del ejemplar, sin el permiso previo, por escrito, del titular o titulares del copyright.

Las imágenes que aparecen en los artículos publicados en este libro se utilizan a título de cita o para su análisis, comentario o juicio crítico, al amparo de lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 32 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril.

Thomson Reuters y el logotipo de Thomson Reuters son marcas de Thomson Reuters

Civitas es una marca de Thomson Reuters Legal Limited

© 2017 Fundación Profesor Uría / Thomson Reuters Legal Limited.
© Portada: Fundación Profesor Uría.

Editorial Aranzadi, S.A.U.
Camino de Galar, 15
31190 Cizur Menor, Navarra
ISBN: 978-84-9135-585-4
DL NA 2298-2016
Printed in Spain. Impreso en España
Fotocomposición: Editorial Aranzadi, S.A.U.
Impresión: Rodona Industria Gráfica, S.L.
Polígono Agustinos, Calle A, Nave D-11
31013 – Pamplona

JURADO DEL PREMIO RODRIGO URÍA MERUÉNDANO DE DERECHO DEL ARTE

El Jurado de la segunda edición del Premio Rodrigo Uría Meruéndano de Derecho del Arte ha estado compuesto por las siguientes personalidades:

Daniel Proença de Carvalho (Presidente),
Encarnación Roca Trías,
Miguel Satrústegui Gil-Delgado,
Juan Cadarso Palau y
Juan E. Cambiaso.

Actuó como Secretario Agustín González García.

El editor de este libro es la Fundación Profesor Uría con domicilio en C/ Príncipe de Vergara, 187, 28002 Madrid. Las bases del Premio están disponibles en la página web de la Fundación Profesor Uría (www.fundacionprofesoruria.org).

Sumario

Página

Prólogo 19

JOSÉ PEDRO PÉREZ-LLORCA

Presidente del Real Patronato del Museo Nacional del Prado

LA PUERTA DE BANKSY (EL ERROR EN LA COMPRAVENTA DE OBRAS DE ARTE) 23

JUAN JAVIER NEGRI

Abogado; Director, Fondo Nacional de las Artes (Argentina)

Abreviaturas 24

Algunas aclaraciones iniciales 25

Introducción 25

1. Objeto, alcance y propósitos de este trabajo 25

2. Nuestra tesis sobre los efectos del error 29

3. Nuestras conclusiones 32

I. Sobre la compraventa de la obra de arte en general 33

1.1. El contrato de compraventa y el error 33

1.2. ¿Por qué la compraventa? 35

1.3. La naturaleza de la obra de arte como objeto del contrato 37

1.4. ¿La naturaleza de la obra de arte convierte al contrato en aleatorio? 39

1.5. Los elementos esenciales de la compraventa 46

1.6. Los contratos típicos y atípicos en el derecho anglosajón 47

1.7. El caso del derecho estadounidense 50

II. El error 51

2.1. Error, falsificación, falta de autenticidad, atribución errónea 51

2.2. Autoría, paternidad y autenticidad 55

2.3. ¿Quién establece la existencia del error? (Peritos y «expert witnesses») 57

2.3.1. El «expert witness» 58

2.3.2. Los peritos 60

2.3.3. Comparación entre «expert witness» y peritos 64

2.4. «Atribuido a…», «del taller de…» y otras denominaciones 66

Página

III. Nuestra teoría sobre los «niveles» del error y sus respectivas consecuencias 70
3.1. Comentarios iniciales 70
3.2. Un «primer nivel»: el error como categoría genérica (vicio de la voluntad) 72
3.3. Un «segundo nivel»: el error como vicio del contrato 75
3.4. Un «tercer nivel»: el error como incumplimiento específico de las prestaciones adeudadas bajo el contrato de compraventa 76
3.5. Un «cuarto nivel»: el error como incumplimiento subsanable de la prestación específica bajo el contrato de compraventa 77
3.6. El caso del derecho anglosajón 77
IV. Definición del error 80
4.1. Intentos de definición del error 80
4.2. La ignorancia 80
V. Clasificación del error 83
5.1. Clases de error 83
5.2. Error «in negotio» y error «in persona» 84
5.3. Error en el objeto 84
5.4. Error sobre el valor del objeto 85
VI. Requisitos del error 86
6.1. Los requisitos del error en particular 86
6.2. El error esencial relativo a la persona 92
6.3. El error esencial sobre la cualidad sustancial de la cosa 92
6.4. El error esencial respecto del objeto 99
6.5. ¿Cómo se determina el error esencial? 100
6.6. El error excusable 102
6.7. El error excusable en la jurisprudencia argentina 104
6.8. El error excusable en la jurisprudencia española 105
6.9. El error excusable en el derecho francés 108
6.10. El error excusable en la jurisprudencia francesa 108
6.11. ¿Un nuevo paradigma: la reconocibilidad del error? 110
6.12. El «reciprocal mistake»: la reconocibilidad bajo el derecho anglosajón 111
6.12.1. El «reciprocal mistake» 112
6.12.2. Nuestra observación crítica al «reciprocal mistake» 113

Página

6.12.3. Aplicaciones de la teoría del «bilateral mistake» 115
6.12.4. La jurisprudencia sobre el «bilateral mistake» 115
6.13. La espontaneidad del error: ausencia de dolo 117
6.14. El dolo («fraud») en el derecho estadounidense 122
VII. Cuestionamientos a la teoría del error 125
7.1. La teoría de Borda acerca del error 125
7.2. La posición de Guillén 127
VIII. Efectos del error en la compraventa de obras de arte 128
8.1. El error como falta de las cualidades prometidas en la obra de arte 128
8.2. ¿Error o vicio de calidad de la cosa? 129
8.2.1. Error 129
8.2.2. Ausencia de cualidad esencial 130
8.2.3. Vicios de la cosa 131
8.2.4. Culpa del comprador 132
8.3. La resolución del contrato y el caso De Chirico I 132
8.4. La tesis de Messineo bajo el derecho no italiano 137
8.5. ¿Hay un «uso» al que la obra de arte esté destinada? 137
8.6. La evolución de la jurisprudencia italiana 138
8.7. Cuestionamientos a la jurisprudencia italiana 141
8.8. El caso De Chirico II 143
8.9. El caso Della Quercia 144
8.10. La solución de «tercer nivel» del derecho estadounidense 146
IX. La falta de autenticidad de la obra de arte como vicio oculto 148
9.1. La responsabilidad por vicios ocultos 148
9.1.1. El derecho continental 148
9.1.2. El derecho anglosajón 149
X. Breve reseña de la compraventa de obras de arte frente a la protección al consumidor 150
10.1. Las definiciones de «consumidor» y de «bienes de consumo» y su crítica 150
10.2. El artista como proveedor de bienes 153
10.3. Consecuencias de las conclusiones anteriores 154

Página

LA PROTECCIÓN JURÍDICA DE LA OBRA ARTÍSTICA EN EL SIGLO XIX 155

ALEJANDRO PÉREZ KÖHLER

Universidad Internacional de La Rioja; Grupo de Investigación Justicia, Derecho y Globalización: Globalaw

Abreviaturas 156

I. Introducción: La normativa general relativa al Patrimonio Histórico en el Siglo XIX 157

II. El Patrimonio Histórico y la arqueología 158

III. Las desamortizaciones decimonónicas y su impacto en el Patrimonio artístico 176

IV. La protección del arte inmueble 238

V. La protección del arte mueble 259

VI. El Museo del Prado como instrumento protector del Patrimonio pictórico 264

6.1. Los antecedentes: el coleccionismo de la corona 265

6.2. El proyecto de Museo Josefino 265

6.3. El proyecto de Museo Fernandino 268

6.4. La creación del Museo del Prado y sus avatares durante el siglo XIX 269

VII. Del Patrimonio de la corona al Patrimonio nacional 273

VIII. Una institución para la defensa y conservación del patrimonio: las Comisiones de Monumentos 277

8.1. La normativa reguladora de las Comisiones de Monumentos en el siglo XIX 279

8.2. El primer trabajo de las Comisiones de Monumentos: el intento de catalogación e inventario de los monumentos de las provincias; el caso de Guadalajara 293

8.2.1. Partido de Atienza 297

8.2.2. Partido de Brihuega 299

8.2.3. Partido de Sigüenza 300

8.2.4. Partido de Guadalajara 302

8.2.5. Partido de Cifuentes 304

8.2.6. Partido de Cogolludo 306

Página

8.3. Un ejemplo de actividad de las Comisiones Provinciales a lo largo del siglo XIX; el caso de Soria 308
8.3.1. San Juan de Duero 309
8.3.2. Santa María de Huerta 312
8.4. Breve apunte sobre la creación y gestión de los Museos Provinciales 315
IX. El Patrimonio Histórico en los Códigos Penales decimonónicos ... 317
9.1. El Código Penal de 1822 317
9.2. El Código Penal de 1848-1850 318
9.3. El Código Penal de 1870 318
X. El Patrimonio Histórico en las Constituciones decimonónicas 319
XI. La importancia de las medidas adoptadas en el siglo XIX 321
Bibliografía 322

REVISIÓN DEL MARCO LEGISLATIVO DE LA UNIÓN EUROPEA EN MATERIA DE PROPIEDAD INTELECTUAL:

CONFLICTOS, PROPUESTAS DE MODERNIZACIÓN E IMPLICACIONES EN EL FUTURO DE LA GESTIÓN DE DERECHOS 331

AINARA LeGARDON

Artista

Abreviaturas 332
Introducción 333
I. Las Directivas y la labor doctrinal del Tribunal de Justicia de la Unión Europea 334
II. Datos sobre el entorno digital actual 337
III. Consultas e informes 339
3.1. Consulta en materia de propiedad intelectual de la Comisión Europea 341
3.2. Informe Reda 342
IV. Problemas más relevantes y propuestas para la modernización de las leyes de propiedad intelectual en Europa 344
4.1. Desequilibrio entre la remuneración de creadores y la de productores/editores/distribuidores 344
4.2. Multiterritorialidad: Barreras, geo-bloqueo y responsabilidad legal de los intermediarios en línea 351

Página

4.2.1. Programa sobre el Mercado Único Digital 353
4.2.2. Proyectos conjuntos entre entidades de gestión europeas ... 355
4.3. Plazos de protección. Dominio Público 357
4.4. Excepciones y limitaciones 365
V. La Directiva 2014/26/UE, de 26 de febrero, la Ley 21/2014, de 4 de noviembre y algunas de sus implicaciones en el futuro de la gestión colectiva 369
5.1. Tarifas y reparto 370
5.1.1. El «pendiente de identificación/no social» 373
5.1.2. Sentencias y casos históricos relacionados 377
5.1.3. Orden Ministerial para aprobación de la metodología en la determinación de tarifas. Ventanilla única y criterios de reparto 383
5.2. Contrato de gestión 387
5.3. Infracciones y sanciones 390
5.4. Las competencias territoriales. El caso de EKKI 391
VI. El entorno europeo 394
6.1. Modificación de leyes estatales 394
6.2. Experiencias alternativas en la gestión colectiva europea 395
6.2.1. Acuerdos entre Creative Commons (CC) y algunas entidades de gestión 395
6.2.2. C3S SCE 395
Índice bibliográfico 396
Adenda 397

LEGISLACIÓN DE INMUNIDAD CONTRA LA INCAUTACIÓN 401

ANNA O'CONNELL

Abogada británica y Profesora invitada de Derecho del Arte en la Escuela de Economía y Ciencias Políticas de Londres (London School of Economics and Political Science)

I. Introducción 401
II. Riesgos de la incautación 404
2.1. Incautación de una obra de arte por un acreedor del prestamista/propietario 404

Página

2.2. Incautación de una obra de arte por un demandante que reivindica la titularidad de la obra 406
2.3. Incautación de una obra de arte en el transcurso de un litigio matrimonial 409
III. Contexto internacional 409
IV. El procedimiento para obtener protección de inmunidad contra la incautación 410
4.1. Protección de inmunidad tras una solicitud 410
4.1.1. Caso práctico: Estados Unidos (Ley Federal) 411
4.2. Protección de inmunidad automática 413
4.2.1. Caso práctico: Estado de Nueva York 413
4.3. Protección de inmunidad tras la aprobación y publicación 414
4.3.1. Caso práctico: Reino Unido 414
4.3.2. Procedimiento 417
4.3.3. Objetos protegidos 419
4.3.4. Efecto de la protección 420
V. Formas alternativas de reparación jurídica 421
VI. Conclusión 421

CUANDO LOS TRIBUNALES DEFINEN EL ARTE O UNA ESCULTURA QUE NO ERA UN UTENSILIO DE COCINA: EL CASO BRANCUSI 423

JESÚS PRIETO DE PEDRO

Catedrático de Derecho Administrativo (UNED). Ex Director General de Bellas Artes

I. Antecedentes 423
II. El desarrollo del pleito 427
III. Una sentencia rompedora 434
IV. ¿Qué significado posee la sentencia desde el punto de vista artístico? 435
V. ¿Qué valoración jurídica merece la sentencia Brancusi? 438
VI. Sentencia de 26 de noviembre de 1928, C. Brancusi contra los Estados Unidos 442

Página

A EXPOSIÇÃO DA OBRA DE ARTE E OS DIREITOS DE PERSONALIDADE DO AUTOR 447

PAULO MOTA PINTO

Profesor de la Facultad de Derecho, Universidad de Coimbra

I. Introdução 447

II. Arte e personalidade 448

III. Delimitação e casos 449

IV. Interesses e posições em presença 451

V. Faculdades jurídicas do artista – direito de exposição 454

VI. Direito de retirada 456

VII. Direito à integridade e à dignidade da obra 457

VIII. Ponderação de interesses – fatores a considerar e conclusão 461

Prólogo

Lex artis
Ars legis

No creo haber conocido persona más abierta a la innovación, al progreso, a la dinámica del cambio que Rodrigo Uría Meruéndano. Sin embargo esa actitud de apertura constante a lo nuevo la concilió siempre con determinadas permanencias, como la que mantenía tanto con las amistades de la juventud como con las ideas político-sociales que hizo suyas en épocas tempranas. Esto es de tal modo que se puede decir que las cosas y circunstancias cambiaban, pero el hombre, la deslumbrante personalidad de Rodrigo, permanecía.

De aquellos primeros tiempos, recuerdo una amistad muy peripatética. Caminábamos mucho y como no éramos precisamente dados al ruralismo recorríamos incesantemente Madrid. En aquellos largos paseos estación permanente, cuando no Meca, era el Museo del Prado. La afición por la pintura, el amor al arte le venía a Rodrigo desde plurales horizontes pero en su relato, ocupaba lugar preferente en aquella inclinación la influencia de su madre, Blanca Meruéndano, gran aficionada a la pintura y pintora ella misma.

Rodrigo tuvo el talento y las oportunidades necesarias para llegar a muchas metas, siendo la de hacer del excelente despacho de Don Rodrigo, su padre, la institución ejemplar en que se ha convertido una de ellas.

Pero en su «permanencia por el Arte» también supo desplegar una serie de realizaciones que solo él fue capaz de reunir en un solo haz.

Desde su vinculación a galeristas y pintores, grupo El Paso, Juana Mordó, Eduardo Urculo «inter caetera» a su intervención en la llegada de la colección Thyssen a España, para la que tantos amigos movilizó ¡y de qué manera!, a la repatriación de la Marquesa de Santa Cruz, desarrolló siempre una actividad incesante.

Esta «permanencia» culminó con su presidencia del Real Patronato del Museo del Prado que desempeñó con talento y arte hasta su muerte.

En esa línea permanente se inserta la creación de la Fundación Profesor Uría que me ha hecho el honor de confiarme la redacción de estas líneas liminares a la primera edición del Anuario Iberoamericano de Derecho del Arte.

En esta edición del Anuario se reúnen tres de los trabajos que optaron al Premio Rodrigo Uría Meruéndano, y otros tres trabajos que fueron expuestos por sus respectivos autores en las diversas jornadas y seminarios que, en torno al Derecho del Arte, convocó la Fundación Profesor Uría a lo largo del año 2016.

Son seis estudios de gran mérito en los que se ofrece al lector una amplia panorámica de algunos de los temas más importantes que constituyen el objeto de esta materia: desde un detallado recorrido por la legislación sobre protección del patrimonio histórico y artístico en el siglo XIX, hasta un excepcional estudio sobre el error en la compraventa de obras de arte, pasando por el concepto de obra de arte, el siempre difícil equilibrio entre la protección de los derechos del artista y la propiedad ordinaria del lienzo, los modelos legislativos de protección de las obras cuya titularidad pueda ser discutida frente a medidas de comiso o retención y la revisión de la legislación sobre propiedad intelectual en la sociedad de la información que está llevando a cabo la Unión Europea. De este modo, la presente edición del *Anuario Iberoamericano de Derecho del Arte* nos hace viajar hacia atrás en el tiempo hasta el siglo XIX y nos lleva al futuro de la legislación que vendrá. En ese viaje nos acompañará un buen grupo de autores entre los que figuran un argentino, una irlandesa, un portugués y tres españoles, fiel reflejo de que el Premio Rodrigo Uría Meruéndano de Derecho del Arte tiene una clara vocación global.

Este año 2016 el Premio correspondió al jurista argentino Juan Javier Negri por su artículo *La puerta de Banksy (el error en la compraventa de obras de arte)*. Se trata de un excelente trabajo en el que el autor indaga sobre qué es una obra de arte, qué consecuencias tiene el error sobre la identidad del artista y cuál es el error en la autoría, la atribución, el valor o el origen de ellas. Para ello, Negri hace un riguroso estudio sobre el error en los contratos utilizando como hilo conductor el caso de la venta, por un precio simbólico de 162 euros, de la puerta de una vivienda

de Gaza que quedó en pie después de un bombardeo, en la que Banksy había pintado una de sus obras, cuando en otro lado del mundo una obra similar del mismo autor se estaba cotizando en el mercado por una cifra próxima a los 500.000 euros.

De entre los restantes artículos que se presentaron al Premio, el Jurado consideró que eran merecedores de ser publicados en este Anuario el trabajo de Alejandro Pérez Köhler titulado *La protección jurídica de la obra artística en el siglo XIX*, y el trabajo de Ainara LeGardon *Revisión del marco legislativo de la Unión Europea en materia de propiedad intelectual*. El primero es un recorrido a través de la legislación sobre patrimonio histórico y artístico español en el siglo XIX en el que se analizan de forma minuciosa todas las normas que fueron aprobadas para la protección de las obras frente al expolio, los robos y las ventas e importaciones indiscriminadas que se produjeron durante gran parte de ese periodo. Por razones obvias, no puedo dejar de destacar el capítulo que Pérez Köhler dedica a la creación del Museo del Prado en el que, a título de anécdota, cita el anuncio de la apertura del Museo, publicado en la *Gaceta de Madrid* de 28 de septiembre de 1819, en el que se puede leer que «Su Majestad… se ha dignado resolver que desde luego se franquee la entrada al público, y que desde el día 19 del corriente mes de Noviembre esté abierto el Museo por ocho días consecutivos, excepto los lluviosos y en que haya lodos, y en lo restante del año todos los miércoles de cada semana desde las nueve de la mañana hasta las dos de la tarde».

La legislación sobre derechos de propiedad intelectual está en permanente estado de revisión como consecuencia del desarrollo de nuevas tecnologías de creación y de difusión, la aparición de nuevos modelos de negocio en Internet, los prestadores de servicios de intermediación y los servicios de acceso a contenidos musicales y audiovisuales bajo demanda. La adaptación y modernización de esa legislación es una labor continuada en el tiempo. Del actual proceso de revisión que está llevando a cabo la Unión Europea, así como de la última reforma legislativa producida en España mediante la Ley 21/2014, de 4 de noviembre, por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual se ocupa Ainara LeGardon en un trabajo en el que adopta una mirada crítica sobre los resultados alcanzados hasta el momento.

La Fundación Profesor Uría continuó durante el año 2016 con su labor de promoción del estudio del Derecho del Arte, fruto de lo cual fueron la celebración de diversas jornadas de estudio y seminarios en los que presentaron los artículos de Anna O´Connell sobre *Immunity from seizure legislation*, el trabajo de Jesús Prieto de Pedro en el que reflexiona sobre el concepto de obra de arte de la mano del caso Brancusi y el destacado trabajo de Paulo Mota Pinto titulado *A exposiçao da obra de arte e os direitos de personalidade do autor.*

En definitiva, pues, el *Anuario Iberoamericano de Derecho del Arte 2016* confirma la andadura que iniciara el año anterior, y cuya continuidad para el año 2017 ya está en marcha con una nueva convocatoria del Premio Rodrigo Uría Meruéndano de Derecho del Arte, configurándose de este modo como una firme realidad de la que, a buen seguro, Rodrigo se sentiría muy orgulloso si tuviéramos la fortuna de tenerlo entre nosotros y no hubiera que acudir al evocarlo a la frase del clásico «Ars longa vita brevis».

JOSÉ PEDRO PÉREZ-LLORCA

Presidente del Real Patronato del Museo Nacional del Prado

La Puerta de Banksy (El error en la compraventa de obras de arte)

JUAN JAVIER NEGRI
Abogado; Director, Fondo Nacional de las Artes (Argentina)

Para Tere,
y en memoria de Coca,
a quien los dos quisimos tanto

Verdad es decir de lo que es, que es,
Y de lo que no es, que no es
Aristóteles, *Metafísica*

Authenticity is not permanent
Anne-Marie Rhodes

No privemos al lector
del gusto de saborear el arte del derecho
Silvia Segnalini

SUMARIO: ABREVIATURAS. ALGUNAS ACLARACIONES INICIALES. INTRODUCCIÓN. *1. Objeto, alcance y propósitos de este trabajo. 2. Nuestra tesis sobre los efectos del error. 3. Nuestras conclusiones.* I. SOBRE LA COMPRAVENTA DE LA OBRA DE ARTE EN GENERAL. *1.1. El contrato de compraventa y el error. 1.2. ¿Por qué la compraventa? 1.3. La naturaleza de la obra de arte como objeto del contrato. 1.4. ¿La naturaleza de la obra de arte convierte al contrato en aleatorio? 1.5. Los elementos esenciales de la compraventa. 1.6. Los contratos típicos y atípicos en el derecho anglosajón. 1.7. El caso del derecho estadounidense.* II. EL ERROR. *2.1. Error, falsificación, falta de autenticidad, atribución errónea. 2.2. Autoría, paternidad y autenticidad. 2.3. ¿Quién establece la existencia del error? (Peritos y «expert witnesses»).* 2.3.1. El «expert witness». 2.3.2. Los peritos. 2.3.3. Comparación entre «expert witness» y peritos. *2.4. «Atribuido a…», «del taller de…» y otras denominaciones.* III. NUESTRA TEORÍA SOBRE LOS «NIVELES» DEL ERROR Y SUS RESPECTIVAS CONSECUENCIAS. *3.1. Comentarios iniciales. 3.2. Un «primer nivel»: el error como categoría genérica (vicio de la voluntad). 3.3. Un «segundo nivel»: el error como vicio del contrato. 3.4. Un «tercer nivel»: el error como incumplimiento específico de las prestaciones adeudadas bajo el contrato de compraventa. 3.5. Un «cuarto nivel»: el error como incumplimiento subsanable de la prestación específica bajo el contrato de compraventa. 3.6. El caso del derecho anglosajón.* IV. DEFINICIÓN DEL

ERROR. *4.1. Intentos de definición del error. 4.2. La ignorancia.* V. CLASIFICACIÓN DEL ERROR. *5.1. Clases de error. 5.2. Error «in negotio» y error «in persona». 5.3. Error en el objeto. 5.4. Error sobre el valor del objeto.* VI. REQUISITOS DEL ERROR. *6.1. Los requisitos del error en particular. 6.2. El error esencial relativo a la persona. 6.3. El error esencial sobre la cualidad sustancial de la cosa. 6.4. El error esencial respecto del objeto. 6.5. ¿Cómo se determina el error esencial? 6.6. El error excusable. 6.7. El error excusable en la jurisprudencia argentina. 6.8. El error excusable en la jurisprudencia española. 6.9. El error excusable en el derecho francés. 6.10. El error excusable en la jurisprudencia francesa. 6.11. ¿Un nuevo paradigma: la reconocibilidad del error? 6.12. El «reciprocal mistake»: la reconocibilidad bajo el derecho anglosajón.* 6.12.1. El «reciprocal mistake». 6.12.2. Nuestra observación crítica al «reciprocal mistake». 6.12.3. Aplicaciones de la teoría del «bilateral mistake». 6.12.4. La jurisprudencia sobre el «bilateral mistake». *6.13. La espontaneidad del error: ausencia de dolo. 6.14. El dolo («fraud») en el derecho estadounidense.* VII. CUESTIONAMIENTOS A LA TEORÍA DEL ERROR. *7.1. La teoría de Borda acerca del error. 7.2. La posición de Guillén.* VIII. EFECTOS DEL ERROR EN LA COMPRAVENTA DE OBRAS DE ARTE. *8.1. El error como falta de las cualidades prometidas en la obra de arte. 8.2. ¿Error o vicio de calidad de la cosa?* 8.2.1. Error. 8.2.2. Ausencia de cualidad esencial. 8.2.3. Vicios de la cosa. 8.2.4. Culpa del comprador. *8.3. La resolución del contrato y el caso* De Chirico I. *8.4. La tesis de Messineo bajo el derecho no italiano. 8.5. ¿Hay un «uso» al que la obra de arte esté destinada? 8.6. La evolución de la jurisprudencia italiana. 8.7. Cuestionamientos a la jurisprudencia italiana. 8.8. El caso* De Chirico II. *8.9. El caso* Della Quercia. *8.10. La solución de «tercer nivel» del derecho estadounidense.* IX. LA FALTA DE AUTENTICIDAD DE LA OBRA DE ARTE COMO VICIO OCULTO. *9.1. La responsabilidad por vicios ocultos.* 9.1.1. El derecho continental. 9.1.2. El derecho anglosajón. X. BREVE RESEÑA DE LA COMPRAVENTA DE OBRAS DE ARTE FRENTE A LA PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR. *10.1. Las definiciones de «consumidor» y de «bienes de consumo» y su crítica. 10.2. El artista como proveedor de bienes. 10.3. Consecuencias de las conclusiones anteriores.*

ABREVIATURAS

Las siguientes abreviaturas se aplican a las normas citadas con más frecuencia:

CC:	Código Civil de la República Argentina, vigente hasta el 31 de julio de 2015
CCYC:	Código Civil y Comercial de la Nación (Argentina) en vigor desde el 1 de agosto de 2015, cuando este trabajo se encontraba aún en preparación
CCiv:	Código Civil español
CCF:	Código Civil francés
CCI:	Código Civil italiano
UCC:	Código de Comercio Uniforme (Estados Unidos)

ALGUNAS ACLARACIONES INICIALES

Todas las traducciones de los textos incluidos en la obra originalmente en italiano, inglés o francés han sido hechas por el autor, por lo que los posibles errores le deben ser atribuidos.

Las menciones de los artistas hechas en el texto están acompañadas de una nota al pie de página con un resumen mínimo de sus respectivos datos biográficos, sin pretensión de exhaustividad.

Los casos judiciales citados en el texto llevan la denominación del artista o la obra sobre los que se planteó la respectiva controversia. La cita jurisprudencial mantiene la nomenclatura original.

INTRODUCCIÓN

1. OBJETO, ALCANCE Y PROPÓSITOS DE ESTE TRABAJO

Se dice que el mercado de obras de arte falsas mueve cifras siderales. Al mismo tiempo, las noticias sobre errores, falsificaciones y atribuciones falsas, erróneas o cambiantes se multiplican. Si asumimos que tanto las falsas atribuciones como las falsificaciones tienen por objetivo «colocar» obras de arte en el mercado, es de imaginar que las operaciones de compraventa a través de las cuales esas obras ingresan en el circuito y en las que el error se hace presente son incontables. Así lo considera Serezal[1], cuando sostiene que «con el desarrollo del intercambio y *marketing* de la producción artística, se produce una fuerte "contractualización" de la obra de arte. De allí el interés en preguntarse acerca de las relaciones que mantienen la noción de autenticidad de la obra de arte con el derecho de los contratos».

Esto es así por cuanto las disputas sobre cuestiones de autenticidad encuentran su principal y casi exclusivo fundamento en el error. Ello lleva a abandonar, por contradictorio que parezca, el territorio de la propiedad intelectual –típicamente involucrado en cuestiones de pater-

1. Serezal, V., *L'authenticité des œuvres d'art et le droit des contrats*, memoria presentada a la carrera de maestría en Derecho de los negocios, Université Panthéon-Assas Paris II, disponible en *http://www.freewebs.com/mja-paris2/Authenticite%20oeuvres%20art%20et%20droit%20des%20contrats.pdf*.

nidad de la obra de arte– para internarnos en el derecho civil, pues, aunque éste, por lo general, no contenga disposiciones relativas a la «autenticidad», sí provee un marco jurídico referido al error, dentro del cual se inscribe la problemática de la autenticidad. El error es el fundamento «más fecundo y más propicio» –son palabras del autor citado– para asimilar o incorporar la noción de autenticidad y los problemas que su ausencia genera dentro del derecho contractual.

No todas las cuestiones legales relativas a la autenticidad de las obras de arte, sin embargo, son sometidas al escrutinio de los tribunales para que éstos puedan dirimir los conflictos suscitados por errores y falsificaciones.

Las noticias periodísticas que se mencionan más adelante plantean aspectos diversos de una misma realidad: la dificultad para identificar una obra de arte, tanto para determinar su autoría como para establecer su verdadero carácter de «obra de arte»; los problemas planteados por los costos siderales para fijar la paternidad de una pintura; la errática evolución del concepto del «autor» o «artista» –aún contemporáneo– a quien se le atribuye una obra; los cambiantes criterios para adjudicar una pintura o una escultura a artistas muertos hace décadas o siglos… Nuestra investigación sobre el error y sus efectos intentará responder a estos interrogantes.

Una de esas noticias, «Un palestino vende un "banksy" pintado en su casa por 162 euros», publicada en *El País* de Madrid el 2 de abril de 2015, y su secuela «La obra de Banksy en Gaza secuestrada por orden de Hamas»[2], aparecida en *Il Corriere della Sera* de Milán el 4 de abril, dan cuenta del error cometido por Rabie Dardouna, víctima de un bombardeo israelí, que vendió uno de los pocos fragmentos de su vivienda que quedó en pie –una puerta pintada por Banksy[3] en 2014– por una suma ínfima. La misma noticia se vio reflejada en *El País* del 3 de junio donde se vuelve a hacer referencia al graffiti de Banksy y se explica que una obra similar puede cotizarse en alrededor de 500.000 euros. El *blog* del Instituto de Arte y Derecho, con sede en Inglaterra, proporciona más

2. En el original italiano, «L'opera di Banksy a Gaza requisite su ordine di Hamas».
3. Seudónimo que identifica al artista inglés más representativo de lo que ha dado en llamarse «street art», nacido en Liverpool en 1974 y cuya verdadera identidad se desconoce.

datos: la imagen pintada por Banksy sobre la puerta de la casa de Dardouna representaba a la diosa griega Níobe, castigada por su soberbia. El comprador de la obra, un artista callejero llamado Belal Khaled, pagó 175 dólares por la pieza, a sabiendas de que podría revenderla a un precio muchas veces superior. Este último artículo menciona también que un trabajo de Banksy sobre un remolque será subastado próximamente en París, con una base de 625.000 euros, *acompañado de un certificado de autenticidad firmado por el autor de la obra* (¡a quien nadie conoce!).

Quizás «el caso de la puerta de Banksy» sea el ejemplo paradigmático de las consecuencias del error (¿o de la ignorancia?) en una transacción sobre obras de arte. Por eso, lo hemos elegido como referencia y ejemplo frente a los problemas teóricos que se plantean aquí.

Otra noticia, titulada «El laberinto de autenticar un "Leonardo"», publicada por *El País* el 12 de mayo de 2015 ilustra sobre las dificultades técnicas y económicas para determinar o asegurar la paternidad de una obra de un artista desaparecido siglos atrás. Ello pone en discusión el valor de las certificaciones de autenticidad en los casos de grandes dificultades técnicas[4].

Sobre el mismo tema, se explaya Sarah Cascone en *ART News* el 30 de junio de 2015: luego de sufrir pleitos y hasta amenazas de muerte, varios expertos y fundaciones que prestaban servicios de autenticación de obras de arte han cesado sus actividades, motivo por el cual el Senado del Estado de Nueva York ha debido dictar legislación que los proteja. Obviamente, la imposibilidad de autenticar una obra por la reticencia de los expertos a emitir opiniones que los pueden llevar ante los tribunales convierte al error en un riesgo permanente.

La Nación de Buenos Aires del 9 de mayo de 2015 incluye un comentario («Cómplices: Asistentes de artistas, una especie invisible pero vital»), referido a la intervención de terceros (contratados por los propios artistas) en la elaboración de obras de arte. El artículo menciona el caso de los ayudantes de Damien Hirst[5], «*autores* de sus 1400 cuadros de círcu-

4. Leonardo da Vinci nació en 1452 y murió en 1519. Se le atribuyen solo quince obras (incluyendo un mural, dos bocetos y un dibujo sobre papel de gran tamaño) y se discute su paternidad sobre otras seis. Ninguna está firmada.
5. Artista inglés, nacido en Bristol en 1965.

los de colores» y una cita del artista: «ellos [refiriéndose a sus ayudantes] lo hacen mejor».

En otro contexto, «El Instituto Valenciano de Arte Moderno pagó por obras de arte hasta un 1500% más de su valor» dice *El País* del 12 de junio de 2015. ¿Puede tratarse de un *error*? ¿Es posible una referencia unívoca a un *precio de mercado*?

Según informa el último número de *Storia dell'Arte*[6] la «Flagelación de Cristo», antes atribuida a Simone Peterzano[7], ahora es considerada un original de Caravaggio[8], gracias a las investigaciones de Maurizio Calvesi, director de esa revista.

Todas estas noticias (y muchas otras más) tratan, en realidad, sobre una única cuestión, casi clásica en el derecho del arte: ¿qué es una obra de arte auténtica? ¿Cuándo lo es? ¿Tiene consecuencias legales el error sobre la identidad del artista? ¿Y sobre la autoría, atribución, valor o proveniencia de una obra de arte? ¿Cuáles son los efectos del error para el comprador o el vendedor o para ambos a la vez? ¿Y quién tiene derecho a decir que tal obra es, realmente, de la mano de un artista determinado?

Puede advertirse que no todos los casos plantean idénticos problemas. Una cosa es la venta de una obra de Peterzano cuando en realidad era del Caravaggio (o el caso inverso: la compra de un Caravaggio cuando se trata de un Peterzano) y otra muy distinta es desprenderse de «una puerta pintada» que es, en realidad, una obra de arte. Las posibles facetas y combinaciones del error son múltiples. Un vendedor puede ofrecer una obra anónima sin saber que está vendiendo un Vicente López[9], o confundir en sus ofrecimientos al mercado a José Madrazo[10] con su hijo Federico; un comprador puede ignorar el nombre del artista cuya obra está comprando o pensar que compra un Picasso cuando en realidad se trata de un Juan Gris o un Picasso falso; un vendedor puede ofrecer un Goya original cuando en realidad es una copia; un comprador adquiere

6. Nº 140, CAM Editrice, Roma 2014.
7. Pintor bergamasco (1540-fallecido en Milán en 1596), maestro de Caravaggio y a la vez discípulo de Tiziano.
8. Michelangelo Merisi, llamado el Caravaggio (1571-1610), quizás el mayor exponente de la pintura barroca italiana. No escapará al lector la diferencia abismal de precios que existe entre la obra del maestro frente a la del alumno.
9. Vicente López, español (1772-1850).
10. José Madrazo, español (1781-1859).

un Pettoruti cuya certificación es errónea o falsa… Y todo ello puede ocurrir tanto por desconocimiento de alguno (o ambos) intervinientes en la operación o como consecuencia del ardid de uno de ellos.

De todas las noticias mencionadas, la que más nos ha impresionado, como dijimos, es la referida a la puerta de Banksy. Pensamos que se dan en esa transacción muchas de las circunstancias apropiadas para convertirla en un caso paradigmático. Por eso, a lo largo de este ensayo, haremos referencia al caso, confrontándolo con los enfoques y soluciones que brinda el derecho.

Es sobre esta multiplicidad de cuestiones que trata este trabajo. Para ello, efectuamos un breve análisis de los institutos legales relevantes, de las normas aplicables y de los precedentes judiciales que hemos considerado más significativos. El análisis se ha visto facilitado por la curiosa circunstancia de que muchos doctrinarios y catedráticos han utilizado ejemplos basados en el arte y los artistas para ilustrar sus desarrollos teóricos.

2. NUESTRA TESIS SOBRE LOS EFECTOS DEL ERROR

1. Unas breves aclaraciones terminológicas iniciales. Por lo general, la terminología que utilizamos se ha sujetado a la noción tradicional de que la rescisión unilateral y la revocación de un contrato producen efectos solo para el futuro, mientras que la resolución produce efectos retroactivos entre las partes. Ésta es, por otra parte, la nomenclatura adoptada por el CCYC en su artículo 1069. No obstante, algunos fallos y citas utilizan «resolución» y «rescisión» indistintamente.

Al término «nulidad» le hemos dado la acepción que le otorgan la doctrina y la jurisprudencia argentinas; esto es, que el error origina una acción de nulidad ante un acto *anulable, de nulidad relativa y no manifiesta, lo que impide su declaración de oficio por el juez*[11]. En el mismo sentido lo hace la doctrina española: si bien «las normas generales regulan la nulidad de los contratos [en la Argentina la frase debería incluir todos los hechos y actos jurídicos], cuando en el consentimiento prestado concurra algún vicio, se debe entender el término legal de *nulidad* como

11. Véase *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*; 2B: 616; Bueres, A. y Highton, E. (Coords.); Hammurabi, Buenos Aires, 1998.

correspondiente a la figura legal de la anulabilidad, o sea una clase de invalidez contractual dirigida a la protección de un determinado sujeto –una de las partes del contrato– de manera que únicamente él pueda alegarla, hasta tal punto que el contrato anulable se puede estimar como inicialmente eficaz, si bien con una eficacia, como afirma la doctrina, de tipo claudicante, e incluso como válido mientras no se lo impugne, o sea mientras no sea firme la resolución judicial que declare su anulación»[12].

2. El error tiene efectos y consecuencias en «niveles» diferentes. Una vez que el error reúne las características que la ley le exige para ser jurídicamente relevante, los remedios o recursos disponibles no son siempre uniformes ni dependen de la naturaleza intrínseca del error o de su gravedad, sino de un factor *exógeno*: el plano, categoría o «nivel» en el cual el error incide sobre el negocio jurídico determinado.

El error puede afectar cualquier acto jurídico o tan sólo a los contratos, según se lo ubique sistemáticamente dentro del sistema jurídico adoptado en cada jurisdicción. Sus efectos pueden causar desde la inexistencia del acto jurídico o la nulidad del contrato mismo (por falta de uno de sus requisitos esenciales, como el consentimiento) hasta su resolución, o, por el contrario, afectar sólo los efectos de su cumplimiento (ya sea por ausencia de la prestación más característica o por la existencia de defectos subsanables).

En nuestra opinión, la «contundencia» del remedio disponible (inexistencia, nulidad, anulabilidad, resolución, rescisión, reducción del precio) será *inversamente proporcional* a la «distancia» entre el error y la transacción en la que se manifiesta: cuando el error afecta la noción misma de la existencia de un acuerdo entre las partes puede llevar a su inexistencia o nulidad; cuando afecta solo la conformidad de la cosa entregada con las disposiciones del contrato puede producir la resolución o la reducción del precio.

Pero además, como regla general, los plazos para que el afectado por el error encuentre remedio a la situación serán *directamente proporcionales* a la «contundencia» del recurso. En otras palabras, cuando el

12. STS de 27 de noviembre de 1998, Nº 1257/1994 (RJ 1998, 9324), con nota de De Verda y Beamonte, J. R., «La "exceptio doli"; comentario a la sentencia del TS de 27 de noviembre 1998» en *RDP*, Comentarios y Reseñas, 27 diciembre 1999, p. 163.

error, desde una posición genérica, afecta tanto los hechos como los actos jurídicos y la sanción respectiva sea la *inexistencia* o la *nulidad* del hecho o acto afectado, y aunque el plazo para alegarla será breve (por ejemplo, en el caso de la Argentina, dos años), su cómputo se efectuará desde que se tomó conocimiento del vicio (lo que puede hacer que una posible acción de nulidad permanezca «abierta» indefinidamente). Si el error se refleja en las consecuencias o efectos que produce sobre las estipulaciones específicas de un contrato en particular, los plazos serán brevísimos (como ocurre en el caso de la acción *quanti minoris* para la reducción del precio, por ejemplo). Ejemplo de ello son los escasos tres días para reclamar defectos de calidad o vicios aparentes en el caso de cosas muebles entregadas bajo cubierta (artículo 748, CCYC).

3. Los «niveles del error» en particular. Cuando la ubicación sistemática del error o sus efectos como vicio de la voluntad o el consentimiento afectan la existencia o la validez misma del contrato, llamaremos a ese error como «de primer nivel».

En Alemania, Brasil y la Argentina el error nulifica cualquier hecho o acto jurídico, incluyendo, obviamente, cualquier tipo de contrato.

En otras jurisdicciones regidas por el derecho continental (como España, Francia e Italia) el error, *de lege lata*, afecta únicamente a los contratos en sí mismos y a sus efectos, mas no a otros actos jurídicos[13] ni a los elementos constituyentes de aquel, como la voluntad y se lo sanciona con la anulabilidad del contrato respectivo. A este efecto del error lo denominaremos «de segundo nivel». Se diferencia del anterior porque el plazo de prescripción aplicable será más prolongado, pero su cómputo se efectuará desde la celebración del acto viciado.

En algunas jurisdicciones se ha considerado que tanto la nulidad como la anulabilidad del contrato por causa de error son sanciones demasiado extremas (sobre todo cuando se puede demandar la nulidad a partir del descubrimiento del error sin límites temporales

13. Al extremo de que en España, para que la donación (que allí no es un contrato) se vea afectada por el error, ha sido necesario que la legislación aplicable a los contratos le sea extendida expresamente. Véase Fernández Sáenz, C., *El carácter excusable del error como presupuesto de su trascendencia invalidante del contrato*, Universidad de La Rioja, España, Servicio de Publicaciones, 2014, p. 16: «el artículo 1266, CCiv […] no resultará aplicable al error en el matrimonio, en las disposiciones testamentarias y en las donaciones…».

previsibles), por lo que los efectos del error se concentran en la resolución del contrato afectado, sobre la base del incumplimiento de la prestación sustancial de la compraventa (el «*aliud pro alio*»). A estos efectos del error los llamaremos «de tercer nivel». La legislación comercial uniforme de los Estados Unidos y varios casos jurisprudenciales adoptan esta posición[14].

Finalmente, ya descartadas la nulidad, la anulabilidad y la resolución, existe en algunas otras jurisdicciones la alternativa de considerar que el error sólo afecta parcialmente la prestación sustancial, de modo de permitir la aplicación de los remedios disponibles para los casos de vicios redhibitorios (incluyendo la obligación de sanear o la aplicación de la acción «*quanti minoris*»). Los plazos aplicables, por lo general, son brevísimos. Llamaremos a estos casos de error «de cuarto nivel».

Entre el «primer» y el «segundo nivel», por un lado, y el «tercero» y el «cuarto», por el otro, hay, por supuesto, una llamativa diferencia: en los dos primeros se puede discutir la existencia o inexistencia del contrato mismo, lo que no sucede en los dos últimos.

3. NUESTRAS CONCLUSIONES

Sobre la base de nuestro análisis, hemos alcanzado las siguientes conclusiones:

- **Las cuestiones más arduas en la materia se centran en la determinación misma de la existencia del error y en el efecto que puede tener la culpa al respecto.**
- **No existen diferencias sustanciales en los resultados de aplicar distintos remedios legales para el error en la compraventa de obras de arte a la hora de establecer la extensión del daño resarcible. Por ello sería ideal que su análisis y aplicación fueran uniformes en todas las jurisdicciones.**
- **Las acciones de nulidad que permanecen abiertas por tiempo indeterminado conspiran contra un mercado de arte fluido y estable.**

14. *In re «Dawson v. Malina»*, 463 F. Supp., 461. (1978).

- **Consideramos adecuado establecer plazos de prescripción ciertos y razonables ante cuyo agotamiento sea imposible anular transacciones ya concluidas.**
- **Las normas tuitivas sobre el mercado del arte o sus participantes no deben relajar las cargas de cuidado y prudencia que su complejidad exige o dejar de lado el análisis o el estudio propios de la crítica y de la historia del arte.**
- **La ignorancia podría ser objeto de un tratamiento legal separado, pero la noción de culpa y la existencia de remedios como la lesión y la graduación judicial del daño proveen soluciones adecuadas.**

I. SOBRE LA COMPRAVENTA DE LA OBRA DE ARTE EN GENERAL

1.1. EL CONTRATO DE COMPRAVENTA Y EL ERROR

«La compraventa de arte, como transacción mercantil, es única en muchos aspectos. La obra de arte, en primer lugar, es a menudo singular e irreemplazable. Más aun, su valor, que en gran medida depende de la reputación del artista al momento de la venta, puede fluctuar considerablemente, porque está en gran medida sujeta al capricho del público. Y las obras de arte se compran, muchas veces, impulsivamente y por compradores notablemente desinformados. El adquirente con frecuencia no firma ningún contrato (y ni hablar de hacerlo revisar por un abogado), olvida hacer inspeccionar o tasar la obra por un profesional, no hace un estudio de títulos, y, si se trata de un múltiple, no hace pregunta alguna acerca de la técnica de reproducción. Los defectos abundan en las obras de arte, tanto como en cualquier otro bien. Por consiguiente, el comprador de arte debería observar las mismas precauciones que ordinariamente aplica cualquier comprador prudente en operaciones de valor equivalente…». Así explican Lerner y Bresler[15] la genealogía del error en materia de compraventas de obras de arte.

15. Lerner, R. y Bresler, J., *Art Law*, I:75; Practising Law Institute, Nueva York, 2005.

Quizás, algún día, debamos referirnos a otros contratos cuando la obra de arte se desmaterialice por completo (si ello ocurre)[16]. Pero mientras tanto, la compraventa parece ser el vehículo más habitual y adecuado para la transferencia a título oneroso de las obras de arte tangibles[17].

Examinemos la cuestión desde el punto de vista legal. El contrato (escrito o no) que mencionan los autores mencionados y por el cual se entrega una cosa a cambio de una prestación en dinero se llama compraventa[18]. No es necesario distinguir aquí (al menos de momento) si se trata de una compraventa civil o mercantil, pues esa diferencia puede o no existir según la particular política legislativa adoptada en el país donde se discuta la cuestión[19]. Cuando ese contrato se refiere a la adquisición de obras de arte resultan aplicables, además de todas las reglas relativas a la teoría de los contratos en general y a la compraventa en particular, otros principios que le son propios. Éstos, por lo general, han surgido de la costumbre, de interpretaciones hechas por los tribunales y, en algunos pocos casos, de regímenes legales específicos.

Salvo en ocasiones muy especiales, no nos detendremos en cuestiones como la prueba de la existencia del contrato o los problemas derivados de la venta de cosa ajena (propias de esa teoría general de los contratos a la que ya hicimos breve referencia), *para concentrarnos únicamente en las reglas y efectos que se refieren (o son aplicables) a los casos en que existe (o pudo haber existido) un error entre las partes del contrato, ya sea por culpa o dolo de alguna de ellas, y con relación a alguno de los aspectos esenciales de la transacción*.

---

16. Grinstein, E., «El secreto mejor guardado del *net-art*», *ARTECONTEXTO*, 15 refiriéndose a las obras que solo pueden ser conocidas después de la cesión de una clave digital.
17. Dejamos a salvo la entrega de la obra de arte en consignación del artista al galerista, mecánica de aplicación común en los Estados Unidos (Merryman, J. H., «Contracts and Undertandings», *Law, Ethics and the Visual Arts,* Merryman, Elen y Urice (Eds.), Wolters Kluwer, Holanda, 2007, p. 852.
18. Argentina: *Código Civil y Comercial de la Nación*, artículo 1125; España, *Código Civil*, art. 1445; Italia, *Codice Civile*, art. 1470; Portugal, *Codigo Civil*, artículo 874; Estados Unidos, *Uniform Commercial Code*, 2.106 (1).
19. A este problema hace referencia Serezal (*op. cit.*) cuando al analizar la problemática de la autenticidad la vincula con el genérico «derecho de los contratos» y no con el derecho civil o el comercial específicamente.

A pesar de lo dicho, el tema del consentimiento estará incluido, al menos tangencialmente, pues en muchos casos se sostiene que cuando las partes yerran acerca del objeto contractual, no ha existido el «*meeting of the minds*» (el encuentro de las voluntades) necesario para formar un contrato. En este trabajo nos referiremos exclusivamente a los contratos *voluntarios,* esto es, aquellos en los que la transferencia de la obra de arte no es *un efecto de providencia de la autoridad*[20].

1.2. ¿POR QUÉ LA COMPRAVENTA?

Pero, ¿por qué concentrarnos en la compraventa? La doctrina española[21] ha señalado, con razón, que la existencia de una obra de arte falsa –y dejamos sentado que la falsedad no es, necesariamente, la única causa del error– infringe o perjudica varios derechos de las partes afectadas, entre otros (a) los derechos de propiedad del comprador engañado; (b) los derechos de los consumidores contra la publicidad engañosa; (c) los derechos de los consumidores, comerciantes, artistas y titulares de derechos de propiedad intelectual a la competencia leal; (d) los derechos patrimoniales de propiedad intelectual de los artistas y sus derechohabientes; (e) los derechos morales de los artistas y sus causahabientes; (f) los derechos marcarios, y (g) el derecho al uso del nombre del artista al que falsamente se le atribuye una obra. Por lo tanto, existen varias áreas del derecho a las cuales la falta de autenticidad de una obra de arte no les es ajena.

Más allá de las posibles vías penales, sostener la existencia del error permite a los afectados recurrir con mayor facilidad al derecho común (donde éste tiene un marco jurídico preciso).

---

20. Así describe Messineo, en su *Manual de Derecho Civil y Comercial* (V:54, Giuffrè, Milán, 1953, traducción al español de Santiago Sentís Melendo, EJEA, Buenos Aires, 1971) a los contratos de compraventa donde la enajenación es un hecho (y no un negocio jurídico) como consecuencia de la expropiación o venta forzosa o coactiva, sobre las cuales hay multitud de casos en materia de obras de arte, pero que son ajenas al objeto de este trabajo. Es también la hipótesis del artículo 1456 del CCiv.
21. Seguimos en este punto a Peñuelas i Reixach, «Las Obras de Arte Falsas», en *Autoría, autentificación y originalidad de las obras de arte,* Polígrafa, Barcelona, 2013.

La donación (que por definición es gratuita[22]) de una obra de arte falsa o mal atribuida no acarrearía jamás las consecuencias jurídicas que pueden surgir con motivo de la compraventa de una obra de arte. Si los contratos gratuitos generaran consecuencias jurídicas como consecuencia del error, podríamos caer en el absurdo de que un análisis erróneo sobre la falsedad o el error de atribución de una obra exhibida en un museo público generaría la responsabilidad del experto. (Bajo el derecho español la donación está ubicada sistemáticamente entre los modos de adquirir la propiedad –mientras que bajo el derecho argentino se la incluye dentro de los contratos–). Sin embargo, en virtud de la remisión que efectúa el artículo 622, CCiv, la donación se rige por las reglas aplicables a los contratos, por lo que las consecuencias del error sobre el objeto donado deberán analizarse conforme a las reglas aplicables a la compraventa.

Bajo el derecho argentino, como se mencionó, la ubicación sistemática del error afecta a todos los actos jurídicos y no solo a los contratos, por lo que se evitan estas remisiones.

Si bien la legislación sobre los derechos intelectuales provee herramientas para luchar contra la falta de autenticidad, falsificación o falsa atribución de las obras de arte, ello es así en tanto dicha falsificación constituya una violación a los derechos intelectuales en cabeza del autor. Los efectos de la falta de autenticidad o falsa atribución para el comprador, el vendedor o ambos requieren de un ámbito jurídico diferente: el conjunto de normas que regulan los efectos y consecuencias de los contratos.

Serezal dice al respecto: «la elección de constreñir el estudio de la autenticidad de las obras de arte al derecho de los contratos puede, a simple vista, sorprender. La materia jurídica que parece imponerse naturalmente toda vez que se trata de una cuestión del dominio artístico no es el derecho de los contratos sino el derecho de la propiedad intelectual. Sobre este punto, debe recordarse que si la noción de autenticidad se acerca a las de originalidad o de paternidad, afines al dominio del derecho de autor y con vínculos ciertos con estas últimas, no se confunde con éstas. Mientras la paternidad u originalidad son utilizadas para calificar el vínculo del artista con su obra, la autenticidad aparece más

22. Artículo 1789, CC; artículo 1542, CCYC; artículo 618, CCiv.

como una problemática vinculada con la valorización de la obra, como calidad cultural productora de valor».

A partir de allí, y con cita de Edelman, Serezal vincula la cuestión de la autenticidad con el error sobre la sustancia, tema caro al derecho contractual. Y más adelante, sostiene que «si el dominio de lo artístico recibe los honores de una especialidad jurídica como lo es el derecho de la propiedad literaria y artística, esta última no trata más que de la protección del autor de una obra, mientras que en lo que concierne a la autenticidad de una obra de arte como elemento de valorización de una cosa susceptible de negociación, el derecho de autor no sirve de auxilio alguno. *Se impone el regreso al derecho contractual*»[23].

1.3. LA NATURALEZA DE LA OBRA DE ARTE COMO OBJETO DEL CONTRATO

Por lo general, las obras de arte constituyen *cosas muebles no registrables*, aunque el principio reconoce excepciones. Así, un mural podría plantear cuestiones acerca de la naturaleza de la cosa: si es, efectivamente, un bien mueble o si, por vía de su adhesión física a una cosa inmueble, participa de la naturaleza jurídica de ésta. Más dudas plantean, por ejemplo, el «*land art*», los «*earthworks*» que produce y luego fotografía Vik Muniz[24] o ciertas instalaciones que podrían calificar como inmuebles por accesión, como lo señalan Lerner y Bresler con relación a las 7.500 arcadas de nylon color naranja instaladas por Christo y Jeanne-Claude[25] en el Central Park de Nueva York («*The Gates*») en febrero de 2005[26].

La naturaleza mueble o inmueble de la obra de arte no es una cuestión puramente académica, pues puede tener efectos prácticos: si bien bajo el punto de vista del derecho continental, los problemas legales derivados del error reciben igual tratamiento en operaciones

23. Serezal, *op. cit.*, p. 10.
24. Seudónimo de Vicente José de Oliveira Muniz, artista brasileño nacido en 1961.
25. Christo es el seudónimo del artista búlgaro Christo Vladimirov Javacheff (1935). Trabajó con su esposa Jeanne-Claude Denat (Marruecos, 1935-Nueva York, 2005) en lo que se ha dado en llamar «wrapped art».
26. Lerner, R. y Bresler, J., *Art law*, Practising Law Institute, Nueva York, 3ª. ed., 2005, 1:76.

tanto sobre bienes muebles como inmuebles, no ocurre lo mismo bajo el derecho de origen anglosajón. Por lo general, cuando la obra es susceptible de ser desplazada de su sitio se aplican las reglas de las cosas muebles, y si no lo es, las de los inmuebles. Hay ejemplos de obras de arte que han pasado de ser inmuebles a muebles: es el caso de «*Ejercicio Plástico*» (1933), el mural de Siqueiros[27] pintado en colaboración con el llamado «Equipo Poligráfico» integrado por Lino Enea Spilimbergo[28], Juan Carlos Castagnino[29] y Antonio Berni[30] con la asistencia del pintor y escenógrafo uruguayo Enrique Lázaro sobre las paredes de un sótano en una finca del Gran Buenos Aires, en la Argentina, que, en una proeza técnica[31], fue desprendido de su soporte original por quienes adquirieron el inmueble precisamente con ese propósito y pasó entonces de ser un inmueble por accesión a una cosa mueble. Y hay casos de muebles que se convierten en inmuebles[32].

Otra situación particular se plantea donde las regulaciones estatales obligan a los propietarios de obras de arte a denunciar o registrar su propiedad, lo que las convierte, de hecho, en bienes muebles *registrables*, con lo que su transmisión a título oneroso puede estar sujeta al cumplimiento de requisitos administrativos (como el llamado «poder de adquisición coactivo de las cosas de interés histórico y artístico de propiedad de particulares» vigente en

27. David Alfaro Siqueiros, artista mejicano (1896-1974).
28. Argentino (1896-1964).
29. Argentino (1908-1972).
30. Pintor argentino (1905-1981).
31. Véase Schavelzon, D., *La narración de Ejercicio Plástico de Siqueiros*, Sauna Revista de Arte, año 1, núm. 6 (2011) y bibliografía allí citada.
32. Nótese cuanto dispone el CCF al respecto en su artículo 525: «Se considera que el propietario ha incorporado a su fundo efectos mobiliarios a sujeción perpetua, cuando estos estén sellados con escayola o a cal y canto, o, cuando no puedan separarse sin quebrantarse o deteriorarse, o sin dañar o deteriorar la parte del fundo a la que están incorporados […].
Lo mismo sucede con los cuadros y otros ornamentos. En cuanto a las estatuas, son bienes inmuebles cuando están situadas en un nicho realizado expresamente para cobijarlas, aun cuando puedan ser separadas sin quebrantamiento o deterioro». Y para el artículo 334 del CCiv son bienes inmuebles «Las estatuas, relieves, pinturas u otros objetos de uso u ornamentación, colocados en edificios o heredades por el dueño del inmueble en tal forma que revele el propósito de unirlos de un modo permanente al fundo».

Italia[33]), o a veces directamente prohibida[34]. La prohibición puede depender, asimismo, del domicilio del comprador, si ello implica la traslación física de la obra de arte a una jurisdicción diferente de la del vendedor. Esta cuestión se encuentra fuera del alcance de nuestro trabajo.

1.4. ¿LA NATURALEZA DE LA OBRA DE ARTE CONVIERTE AL CONTRATO EN ALEATORIO?

Si, como afirman varios autores, «la certidumbre absoluta en obras de arte no existe» o, como dice Anne-Marie Rhodes «*authenticity is not permanent*» esa incertidumbre ¿convierte a los contratos de compraventa de obras de arte en contratos aleatorios?

Decía al respecto el artículo 2051 del CC: «*los contratos serán aleatorios cuando sus ventajas o pérdidas para ambas partes contratantes o solamente para una de ellas dependan de un acontecimiento incierto*» (ahora CCYC, artículo 968). El CCF lo considera de ese modo en su artículo 1104 y, en particular, en el artículo 1964: «*el contrato aleatorio es una convención recíproca cuyos efectos en cuanto a las ventajas y las pérdidas, sea para todas las partes o sólo para una o varias, dependen de un acontecimiento incierto*». El CCiv incluye un concepto similar en su artículo 1790: «*por el contrato aleatorio, una de las partes, o ambas recíprocamente, se obligan a dar o hacer alguna cosa en equivalencia de lo que la otra parte ha de dar o hacer para el caso de un acontecimiento incierto, o que ha de ocurrir en tiempo indeterminado*».

A diferencia de los contratos conmutativos (en los que, al momento de su celebración, los contratantes conocen la medida de sus ventajas y sacrificios) en los aleatorios esa medida está sometida a un aconteci-

33. Véase sobre el punto, la disputa acerca de la prelación estatal relativa a «El jardinero» de Van Gogh resuelta por la Corte de Casación italiana en 1992 (Nº 1556/1992).
34. Véase, al respecto, la Convención de El Salvador de junio de 1976 sobre protección del patrimonio arqueológico y artístico de los países miembros de la Organización de Estados Americanos; en particular su artículo 7 que exige el registro de tales bienes y permite restricciones locales a su transmisión a título oneroso.

miento futuro. La aleatoriedad depende de las ventajas o las pérdidas que las partes esperan recibir, *pero no de las prestaciones en sí mismas*[35].

La importancia de determinar si un contrato es o no aleatorio «tiene interés para saber si pueden aplicarse –y en su caso, de qué manera– los institutos de la lesión, de la imprevisión y de la evicción»[36]. La inclusión de un contrato dentro de la categoría de los aleatorios permitiría –al menos en principio– descartar la existencia del error, pues, según la polémica frase atribuida a Jean Charbonnier, «*l'alea exclut la nullité*» (el álea excluye la nulidad por error)[37]. Preferiríamos, en rigor, decir que «la asunción del riesgo excluye la nulidad» no sólo por ser técnicamente más precisa sino porque la Real Academia Española no reconoce la voz «álea» como perteneciente a nuestro idioma.

En esa línea, el *Restatement of Contracts 2nd.* dice al respecto: «*una parte soporta el riesgo del error cuando (a) el riesgo le es alocado por acuerdo entre las partes, o (b) es consciente, al momento de formación del contrato, de que sólo tiene conocimiento limitado con respecto a los hechos a los cuales se vincula el error pero considera que ese conocimiento es suficiente…*»[38].

Como el mercado del arte se ha convertido en especulativo y la incertidumbre en materia de autenticidad y atribuciones es cada vez mayor (sobre todo en materia de artistas desaparecidos mucho tiempo atrás) Serezal considera que las partes deben administrar el riesgo previsible a través de la noción de álea. Ello no lo lleva, sin embargo, a caracterizar a esos contratos como aleatorios, sino a sugerir la introducción del concepto de incertidumbre entre las previsiones contractuales «para evitar sus nefastos efectos»[39].

---

35. Bueres, A. y Highton, E., *Código Civil y leyes complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2004, 4D:482.
36. Bueres, A. y Highton, E., *op. cit.*, p. 483.
37. Hemos incluido esta referencia a pesar del resultado del caso *Poussin I* mencionado más adelante.
38. American Law Institute, *Restatement…*, 154.
39. Serezal, *L'authenticité des œuvres d'art et le droit des contrats*, Université Panthéon-Assas Paris II, Magistère DJCE de Droits des Affaires. En el mismo sentido, Tacente, N., «Compravendita di opera d'arte non autentica», *Ricerche Giuridiche* II,1, p. 165 Università di Foggia.

Sostener el carácter aleatorio de la compraventa de obras de arte, según Serezal, implicaría decir que la autenticidad de un cuadro es un hecho incierto por naturaleza, *lo que es falso*. «Aun si gran cantidad de autores insisten en la incertidumbre inherente a la materia y la relatividad de la certidumbre en este terreno, ello no nos debería hacer olvidar que hay numerosas obras cuya autenticidad no es para nada dudosa o incierta ni lo será jamás. El mercado de arte sigue siendo un mercado especulativo fundado en la cotización de los artistas, en los movimientos artísticos, etc. Pero no es un juego de azar donde, "raspando" lo repintado sobre un vulgar cuadro hay posibilidades de encontrar una obra maestra de un gran pintor».

No obstante el rechazo de Serezal a la inclusión *genérica* de los contratos sobre obras de arte entre los contratos aleatorios, en muchos casos, algunos de ellos pueden caer dentro de esa categoría. De todos modos, Serezal reconoce que muchas transacciones sobre obras de arte entrañan un verdadero riesgo, que debe ser apreciado caso por caso, y que, cuando es conocido *antes* de la conclusión del contrato, debe ser tomado en cuenta para evitar sobresaltos futuros en caso de litigio. En su opinión, (i) la correcta definición contractual del objeto de la convención y (ii) una adecuada distribución de los riesgos impiden posteriormente invocar el error.

Serezal invoca en su favor lo resuelto en Francia en el caso *Le Verrou* (*El cerrojo* o *El pestillo*)[40]. Un señor Vincent vendió en remate, en 1933, una obra «atribuida a Fragonard»[41]. Al tiempo, la atribución fue confirmada (por lo que su valor se incrementó notablemente). Los herederos de Vincent pidieron la nulidad de la venta sobre la base del error, pero la demanda fue rechazada en primera y segunda instancias en junio de 1985. En apelación, los demandantes sostuvieron que la expresión «atribuido a…» sugería dudas acerca de la autenticidad de la obra, pero no la descartaba. También alegaron que, al concentrarse sólo en el sentido de la expresión «atribuido a…» y abstenerse de investigar la convicción del vendedor al momento de la venta, el tribunal había violado el artículo

40. Corte de Casación, Sec. Civ., 1ª, 24 de marzo de 1987, Nº 85-15736.
41. Jean Honoré Fragonard (1732-1806), pintor y grabador francés, autor de obras exuberantes y de exaltación de los placeres y con veladas referencias eróticas. Sus pinturas superan las 500, amén de sus grabados y dibujos, muy pocos de los cuales están fechados.

1110 del CCF [sobre el efecto del error]. Sostuvieron asimismo que si el vendedor vendió con la convicción de que la autenticidad era discutible, cuando ella era en realidad cierta, no existía álea al respecto.

En 1987, la Casación resolvió que al vender o comprar en 1933 una obra «atribuida» a Fragonard, los contratantes (*tanto vendedor como comprador*) aceptaron un álea (asumieron un riesgo) sobre la autenticidad de la obra, por lo que los herederos del vendedor deberían haber demostrado que éste consintió venderla con la convicción errónea acerca de quién era su autor. También dijo la corte que, al estar aceptada la incertidumbre por ambas partes, el álea sobre la autenticidad se encontraba ya prevista en el contrato, por lo que ninguna de las partes podría alegar error en el caso de que la incertidumbre común a ambas partes se disipara posteriormente, y mucho menos el vendedor o sus derechohabientes porque las dudas sobre la autenticidad se convirtieran en certeza. (Vale la pena agregar que, con posterioridad a la sentencia, otros expertos han vuelto a poner en duda la paternidad de *Le verrou*).

Otro caso que cita Serezal sobre la necesidad o conveniencia de introducir el álea en el contrato es el caso *Poussin I*[42], sobre el que volveremos al analizar la jurisprudencia francesa sobre la nulidad por causa de error. La familia Saint-Arroman vendió en remate un cuadro que siempre consideró pintado por Poussin[43]. Sin embargo, la descripción en el catálogo de venta decía «atribuido a la escuela de Carracci»[44], para conformar al experto encargado de la

42. Corte de Casación, Sec. Civ. 1ª, 22 de febrero de 1978 y 13 de diciembre de 1983 (El texto completo de la sentencia puede consultarse en *www.legifrance.gouv.fr*). Holger Fleischer en un importante trabajo sobre el tema menciona que la decisión recaída en este caso ha sido incluida entre los *grands arrêts* de la jurisprudencia francesa por Henri Capitant (Fleischer, H., «El error del vendedor sobre las cualidades que aumentan el valor de la cosa vendida a la luz del derecho comparado», *Revista de Derecho Privado*, 19:113, nota 4, 2010); hay versión inglesa [«Seller's mistake as to value-enhancing qualities of the object sold», en *European Review of Contract Law*, 5:446-468 (2009)]. Más adelante en este ensayo mencionaremos el llamado *caso Poussin II*. (Véase 6.3).
43. Nicolás Poussin, pintor francés (1594-1665), uno de los más importantes seguidores de la escuela clásica. Su pintura, de motivos históricos o mitológicos, se distingue por tres características básicas: claridad, lógica y orden. Gran parte de su carrera artística se desarrolló en Roma, donde murió.
44. Los Carracci (apellido convertido luego en Carrache) constituyeron una familia de pintores italianos, de origen boloñés, compuesta por los dos her-

venta. La obra fue adquirida por el consorcio de museos públicos franceses, que lo exhibió como un auténtico Poussin. Los vendedores alegaron la nulidad en base al error, no obstante la referencia a la «atribución». La Corte de Casación entendió que la acción debía prosperar, por cuanto «si bien la atribución estaba circunscripta a los representantes de la escuela de Carracci, y mostraba dudas acerca de la identidad del autor entre quienes pueden ser considerados como pertenecientes a esa escuela, ello no excluía la posibilidad de que la tela fuera una obra de Poussin».

La asignación del riesgo *no fue un obstáculo para la anulación por causa del error*, –a pesar de Charbonnier– pues en el caso «hubo una falta de adecuación entre el álea contractual y la que existía en la realidad». En otras palabras, falló la correcta identificación del objeto del contrato. En una situación inédita, el Museo del Louvre hubo de devolver el cuadro a los vendedores[45].

Serezal cita un tercer caso de «alocación del álea» (o, mejor, de «asignación del riesgo», en nuestra opinión): la propietaria de un retrato representando a Claude Monet[46] lo vendió a las Galerías Wildenstein. Al tiempo, la paternidad del retrato se atribuyó a Sargent[47], hasta que un comité de expertos puso en duda tal atribución. Wildenstein demandó a la vendedora por nulidad, pero contra una reducción del precio, la venta quedó consumada. Diez años más tarde, Wildenstein compiló el catálogo razonado de la obra de Monet, e incluyó el cuadro en cuestión como obra de éste. Fue entonces la vendedora quien demandó por nulidad basada en el error. La Cámara de Apelaciones confirmó el rechazo de la demanda sobre la base de que las partes «no habían decidido hacer de la autenticidad una cualidad sustancial de la obra, toda vez que habían

---

manos Annibale (1560-1609) y Agostino (1557-1602), su primo Lodovico (1555-1619) y Francesco (1595-1622), hijo de Annibale.

45. Véase *http://www.liberation.fr/culture/1995/09/23/nouvelle-querelle-autour-d-un-poussin-authentifiee-recemment-la-fuite-en-egypte-suscite-un-imbroglio_143381.*

46. Claude Monet, pintor francés (1840-1926), uno de los creadores del impresionismo.

47. John Singer Sargent, pintor estadounidense (1856-1925), especializado en retratos, de los que pintó alrededor de 900. Monet y Sargent se conocieron en 1876, pero fueron amigos íntimos recién diez años más tarde. En la Galería Tate de Londres existe una obra de Sargent titulada «*Claude Monet painting by the edge of a wood*» de 1885 (óleo sobre tela, 54cm x 64cm).

sometido su atribución al álea» puesto que, como las dudas sobre la autoría de la obra surgieron después de la venta inicial a Wildenstein, la vendedora las aceptó. Para la Corte de Casación[48] el acuerdo sobre la reducción del precio demostró que la vendedora excluyó la posibilidad de que la obra pudiera ser atribuida a un pintor de mayor valía que Sargent.

Serezal llama la atención sobre el hecho de que mientras en el caso *Poussin I* el contrato contenía una referencia a una atribución precisa («escuela de Carracci», «atelier de Poussin»), en éste la única cuestión indubitable es que la atribución a Sargent estaba sujeta al álea.

Serezal atribuye a los casos citados haber otorgado sentido a las expresiones utilizadas para referirse a la paternidad de las obras de arte, que años más tarde, serían establecidas por el llamado «decreto Marcus» al que nos referiremos en 2.4.

Nosotros incluimos el caso Anglada Camarasa resuelto por el Tribunal Supremo español el 2 de septiembre de 1978 y que mereciera un agudo comentario de López-Carceller Martínez[49] entre aquellos en los que el principio «el álea evita el error»[50] resultó aplicable. (Como dijimos, preferiríamos sustituir y ampliar esa frase por otra: «la correcta definición contractual del objeto de la convención y la adecuada distribución de los riesgos evitan el error»).

En este caso, ambas partes se pusieron de acuerdo sobre la adquisición de un cuadro firmado «Anglada Camarasa» expuesto en el negocio del vendedor. Luego de varios años, el comprador descubrió que era una copia. Demandó la entrega del cuadro verdadero y, subsidiariamente, la resolución del contrato. La demanda fue rechazada en primera y segunda instancias. El Tribunal Supremo estableció que el cuadro objeto de la compraventa (no descrito en catálogo alguno) era el expuesto en el local de la demandada al momento del contrato, y sin que la vendedora hiciese constar dato alguno sobre la autoría de la obra, *de modo tal que el cuadro adquirido fue el mismo que se le entregó al comprador.* Por lo tanto, *no pudo probarse que se hubiera producido la entrega de una cosa distinta a la adquirida.*

48. Corte de Casación, Sec. Civil 1ª, 28 de marzo de 2008.
49. STS, 2 de septiembre de 1998, Nº 1300/1994 (RJ 1998, 7546); López-Carceller Martínez, P., «Compraventa de obras de arte: falta de autenticidad», en *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial,* 1999, nº 3, p. 157.
50. O, mejor dicho, «una correcta asignación del riesgo evita la nulidad».

En nuestra opinión, al no exigir documento alguno acerca de la autenticidad de la obra, el comprador asumió el riesgo del error. Además, al redactarse el contrato de modo que éste hiciera referencia expresa a un cuadro que estaba a la vista de las partes, no pudo alegarse la existencia de un error del comprador. López-Carceller Martínez lo expone en estos términos: «al tratarse de una compraventa de cosa específica, el vendedor cumple cuando entrega el objeto concreto previsto en el contrato, que debe reunir los requisitos de identidad e integridad. […] La identificación del objeto resulta de su presencia física ante las partes en el momento de la celebración del contrato *y no de su atribución a un pintor determinado*»[51].

Atribuimos especial importancia para la dilucidación de este caso al principio del artículo 1283 del CCiv: «*Cualquiera que sea la generalidad de los términos de un contrato, no deberán entenderse comprendidos en él cosas distintas y casos diferentes de aquellos sobre que los interesados se propusieron contratar*». Resulta obvio que las partes no contrataron sobre una obra determinada de Anglada Camarasa, sino sobre un cuadro en particular ubicado en un sitio específico.

Fleischer[52] menciona varios otros casos resueltos en Italia. En dos de ellos, la Cámara de Apelaciones de Florencia, en 1905 y 1910, decidió que, cuando se compra una pintura atribuida por la crítica a un pintor anónimo y con posterioridad se identifica al autor, «ello conlleva una transformación del objeto de la venta y el valor acrecido corresponde exclusivamente al nuevo propietario»; es decir, la compraventa no resulta nula y el comprador retiene lo adquirido. Ambas sentencias no sólo adoptaron esa posición, sino que calificaron a los contratos de compraventa de obras de arte como aleatorios. Otro caso mencionado por Fleischer fue resuelto por los tribunales de Milán, que decidieron que si existe *incertidumbre objetiva acerca de la autenticidad*, la impugnación por error debe rechazarse[53].

51. López-Carceller Martínez, *op. cit.*, p. 159.
52. Fleischer, H., «El error del vendedor sobre las cualidades que aumentan el valor de la cosa vendida a la luz del derecho comparado», *Revista de Derecho Privado* 19:111 a 134 (2010).
53. Trib. Milán, 31 de julio de 1947, *Il Foro Italiano* I:679 (1949). Un comentario acerca de la evolución de la jurisprudencia italiana al respecto puede encontrarse en Segnalini, S., *Dizionario Giuridico dell'Arte*, Skira, Milán, 2009, p. 92.

En el caso de la puerta de Banksy, ¿hay aleatoriedad? Creemos que no. Nos faltan datos sobre lo ocurrido para dar una respuesta categórica, pero el grado de incertidumbre sobre hechos futuros ínsito a esa transacción no le otorga el carácter de contrato aleatorio: casi con certeza el comprador sabía lo que adquiría –por lo que su ventaja no dependía de un hecho futuro– y para el vendedor, más allá de su error, haberse desprendido de lo que él consideraba un rezago no estaba sujeto a posibles contingencias. Recordemos, de todos modos, que la definición de los contratos aleatorios no exige que éstos lo sean *para ambas partes* para calificar como tales.

En el capítulo 6 volveremos a referirnos a esta cuestión al analizar cómo se determina la *esencialidad* del error, sobre todo cuando la absoluta certeza es imposible.

1.5. LOS ELEMENTOS ESENCIALES DE LA COMPRAVENTA

Bajo la doctrina tradicional aplicable a los contratos de compraventa de cosas muebles, la cosa (o el derecho sobre ella) y el precio son sus elementos esenciales. Nuestro trabajo se centrará, precisamente, en el error sobre alguno o ambos elementos. Esta estricta delimitación del objeto de este ensayo nos lleva a dejar de lado, también, la compraventa de la obra de arte *como cosa futura*, como podría ser la adquisición de la producción de un artista, aún no realizada, durante un período determinado de tiempo, y a la necesidad de distinguir si se trata de una compraventa *de cosa esperada* o la venta de *esperanza* o «*emptio spei*», donde la obligación incondicionada del comprador de pagar el precio surge aun cuando la entidad vendida no llegue a tener existencia. Tratándose de obras de arte, la cuestión adquiere relevancia toda vez que el artista *no es una máquina de producir arte* y su ejecución requiere inspiración.

No obstante lo dicho, la cuestión no carece de relevancia, toda vez que existen quienes han calificado a la «*emptio spei*» como un contrato aleatorio, calificación que también se ha atribuido a la compraventa de obras de arte cuando ni comprador ni vendedor conocen la verdadera naturaleza de la obra o la identidad de su autor, como ya lo hemos analizado en 1.4.

El análisis sobre el efecto del error deja también de lado las consideraciones sobre la compraventa de la obra de arte *ad gustum;* esto es, cuando la cosa se manifieste de acuerdo con la calidad deseada por el comprador –como en el caso de la adquisición de un retrato a ser confeccionado por un pintor– tanto porque la falta de adecuación de la obra a los deseos del adquirente no constituye un error propiamente dicho, como porque el negocio jurídico participa más de las características del contrato de arrendamiento (o locación) de obras y servicios[54] que de la compraventa.

1.6. LOS CONTRATOS TÍPICOS Y ATÍPICOS EN EL DERECHO ANGLOSAJÓN

El análisis del modo en que el error puede afectar a la compraventa en el derecho anglosajón requiere algunas explicaciones previas. En primer lugar, los juristas ingleses no han elaborado «tipos contractuales» (como sí ocurrió en los ordenamientos basados en el derecho continental, los cuales «heredaron» su estructura contractual directamente del sistema romano, basado sobre una estricta tipicidad)[55].

En segundo lugar, la acción para reclamar ante el incumplimiento contractual (*assumpsit*) –hoy en día reemplazada tanto en el Reino Unido (entre 1873 y 1875) como en los Estados Unidos (a partir de 1938) por normas procesales más explícitas– fue una creación pretoriana otorgada a quien sufría un daño como consecuencia de una incorrecta conducta contractual de su co-contratante. El demandante sostenía que el demandado había *asumido* (de allí *assumpsit,* «él asumió [una obligación]», del latín *assumere*) una obligación que, al permanecer incumplida, había provocado un perjuicio. La amplitud del *assumpsit* hizo innecesario elaborar una categoría de contratos innominados, porque de un modo u otro, todos eran tutelados por el derecho.

---

54. Así los llama la legislación española (artículos 1583 y ss. del CCiv). Su artículo 1598 incluye la posibilidad de pactar la satisfacción del resultado por el locador. La reciente sanción de un código que unifica las materias civiles y comerciales en la Argentina ha eliminado la denominación «contrato de locación de obra» para reemplazarla por «contrato de obra» y ha excluido la satisfacción del comitente (artículos 1251 y ss.).
55. Rosboch, A., «Il contratto tipico ed atipico nel diritto inglese ed i metodi di integrazione», en *BusinessJus,* 29 de mayo de 2009.

En tercer lugar, se formó con el correr del tiempo un *corpus* de condiciones implícitas, aplicables a todos los contratos, más allá de su objeto. «El derecho anglosajón es un derecho *del* contrato, y no *de los* contratos» ha dicho David[56]. Esto impone a las partes la necesidad de regular o reglamentar el contenido de su contrato y a los jueces la obligación de integrar el contrato cuando las partes no lo han hecho.

A los efectos de tal integración, los tribunales recurren a las condiciones implícitas *in fact* (las cláusulas que, aun cuando no estén mencionadas expresamente, son obvias o lógicas u otorgarían mayor eficiencia a las previsiones contractuales). También recurren a las condiciones implícitas *in law* (en el caso que existan disposiciones de derecho positivo sobre la compraventa, como la *Sale of Goods Act* de 1979 en el Reino Unido o el UCC en los Estados Unidos y al que haremos referencia en 1.8)[57]. Un tercer grupo lo constituyen las condiciones implícitas *by custom*, impuestas por los usos y costumbres que, sin embargo, no pueden derogar las estipulaciones contractuales explícitas. De allí la resistencia de los tribunales ingleses en apartarse de lo dispuesto expresamente por las partes, y la particular atención y el especial respeto otorgado al balance de riesgos efectuado por las partes al contratar[58].

Dicho lo cual, no debe extrañarnos que Cartwright[59] sostenga que, «con relación al error sobre el objeto del contrato, la doctrina del error, a comienzos del siglo XXI, significa lo siguiente: un error puede hacer que el contrato sea nulo, aunque ello ocurrirá raramente, pero

---

56. Rosboch, *loc. cit.*, con referencia a David, M., *Les contrats en droit anglais*, París, 1973, p. 316.
57. El principio de la libertad contractual se encuentra tan firmemente arraigado que el artículo 55 de la Sale of Goods Act inglesa prevé que las condiciones implícitas *in law* pueden ser dejadas de lado no sólo mediante acuerdo entre las partes sino también por la costumbre. No obstante numerosas excepciones, el principio general de la Sale of Goods Act es que, «excepto por lo dispuesto en [sus artículos 14 y 15] y en cualquier otra norma positiva, no existen términos o garantías implícitos acerca de la calidad o adecuación para cualquier propósito específico de los bienes entregados como consecuencia de una compraventa».
58. En el mismo sentido, De Baecque, O., «Rapport de Synthèse», *Art et Droit*, Petites Affiches, 28 de julio de 2003, p. 38.
59. Cartwright, J., «The rise and fall of mistake in the English law of contract», *Mistake, fraud and duties of information in European contract law* (editado por Ruth Sefton-Green), Cambridge University Press, p. 62.

nunca lo hará anulable. El error debe ser compartido por ambas partes, pero al respecto caben dos cuestiones: la primera, ¿qué acordaron las partes? Y la segunda, ¿es posible cumplir ese contrato? La primera pregunta se centra en las intenciones de las partes y si, por ejemplo, los términos y condiciones del contrato expresa o implícitamente se refirieron a las circunstancias del error, en cuyo caso será el propio acuerdo entre las partes el que determine el resultado del caso. Pero si no hay una solución dentro de los términos contractuales, recién entonces nos trasladamos al ámbito del error: el contrato es nulo si el acuerdo es imposible de cumplir. […] El error es una doctrina, una regla jurídica, pero firmemente enraizada en lo que partes acordaron».

Más adelante, con cita de Lord Denning, Cartwright sostiene que «la teoría de los términos implícitos es tan irreal cuando considera el error común como cuando trata la frustración [del contrato]. Cuando un presupuesto fundamental sobre el cual se funda el contrato se demuestra erróneo, no es realista preguntarse si las partes acordaron implícitamente que, en esas circunstancias, el contrato no sería vinculante. Evitar un contrato sobre la base del error proviene de una regla legal según la cual, si se desprende que una o ambas partes acordaron hacer algo que luego resulta imposible de cumplir, no existe obligación alguna que surja de ese contrato. Y al analizar si el cumplimento del contrato resulta imposible, es necesario identificar qué es lo que las partes se comprometieron a cumplir, lo que implica considerar no sólo los términos explícitos del contrato, sino también cualquier implicancia que pueda surgir de las circunstancias que lo rodean».

Encontramos en el minucioso análisis de «las circunstancias que rodean al contrato» una notable similitud con el empeño de la jurisprudencia continental en determinar si las partes de un contrato regido por el derecho francés, español o italiano determinaron la asunción de los riesgos y las bases para hacerlo (ver 1.5).

Al analizar el caso de la puerta de Banksy, Herman[60] efectúa un breve pero preciso resumen de sus aspectos legales bajo el derecho inglés: «Dardouna [el vendedor] quiere que se le devuelva la obra. El problema es, obviamente, que él aceptó la venta: hubo un contrato

60. Herman, A., «Banksy, Niobe and the "duped" man from Gaza», *Institute of Art and Law Blog*, 8 de abril de 2015.

válido entre él y [el comprador]. ¿Pero lo hubo realmente? Bajo el *common law* inglés, habría maneras de anularlo. El error, por ejemplo, podría eventualmente anular el consentimiento de Dardouna. Pero los tribunales ingleses aplican esta posibilidad bastante restrictivamente. Uno se pregunta si el derecho consuetudinario palestino, o la ley islámica (*sharia*) introducida en Gaza por Hamas, serían tan duros hacia un vendedor en la posición de Dardouna. Existiría la posibilidad adicional de invocar el dolo [ver 6.13 *infra*] o su equivalente (si lo hubiera) bajo el derecho de Gaza. Hubo una obvia discrepancia entre el conocimiento de una parte y la otra acerca de la atribución y valor de la obra. ¿Sería esto suficiente para convertir el contrato en nulo? Tendremos que esperar para saberlo».

1.7. EL CASO DEL DERECHO ESTADOUNIDENSE

En el derecho estadounidense gran parte de los contratos relativos a la compraventa de obras de arte se rige por el UCC, sobre todo en las cuestiones relativas a la conformidad de la cosa comprada con lo esperado bajo el contrato; en otras palabras, las vinculadas con la autenticidad de las obras. El UCC *no es una legislación federal,* sino legislación estadual sancionada en forma prácticamente uniforme –aunque existen ligeras variantes– por cada uno de los estados. El UCC rige en la medida que otra legislación estadual no contenga disposiciones específicas, como en rigor ocurre en varios estados de la Unión, cuando queda desplazado a favor de esta última. En el Estado de Nueva York, por ejemplo, si la base del reclamo contra el vendedor se basa en el error antes que en la garantía implícita de autenticidad prevista por el UCC, el plazo de prescripción de la norma local (seis años desde la fecha del contrato) sustituye al plazo de cuatro años del UCC[61].

Además, el UCC rige sólo las compraventas que involucran *tangible personal property* (bienes muebles corporales), pero no todas las obras de arte califican como tales. Aun aquellas que sí lo hacen incluyen, a veces, derechos intangibles, fuera del alcance del UCC. Ello hace que, a contrario de lo que ocurre en el derecho continental, donde las reglas sobre el error se aplican, en términos generales, tanto a las compraventas de bienes muebles (incluyendo bienes intan-

61. Lerner y Bresler, *op. cit.*, p. 305.

gibles) como de inmuebles, en el derecho anglosajón no se aplica la misma norma legal a las obras de arte que sean bienes muebles tangibles, muebles intangibles o inmuebles.

Si tenemos en cuenta que el UCC no se aplica a bienes intangibles, y que, por otra parte, como se dijo, algunos estados de los Estados Unidos han dictado leyes especiales sobre la compraventa de obras de arte, el panorama bajo el derecho anglosajón se torna complejo.

II. EL ERROR

2.1. ERROR, FALSIFICACIÓN, FALTA DE AUTENTICIDAD, ATRIBUCIÓN ERRÓNEA

Serezal sostiene que todas las cuestiones legales planteadas con respecto a la autenticidad encuentran apoyo «casi exclusivo» en el error. Nos gustaría ampliar el concepto. En primer lugar, la manifestación opuesta (esto es, que el error es siempre manifestación de la falta de autenticidad) no sería correcta. Una compraventa puede estar viciada de error aun cuando no haya de por medio cuestión de autenticidad alguna. El caso de la puerta de Banksy es demostración de ello: *hay error, pero también hay autenticidad*.

La relevancia de la autenticidad frente al error ha sido puesta de relieve por un precedente argentino que destacó que «en un juicio en el que se demanda la nulidad de una compraventa [se trataba de "*Las Termas de Diocleciano*" un óleo atribuido a Hubert Robert[62]] por el vicio de error sobre la cualidad sustancial de la cosa que se ha tenido en mira (artículo 926, CC) [hoy artículo 265 del CCYC] el análisis de sus constancias ha de comenzar necesariamente por la cuestión referida a la identificación y los caracteres de aquello que fuera objeto del negocio»[63].

Entre esos caracteres incluimos, sin dudar, a la autenticidad. Dejamos de lado, por el momento, la cuestión acerca de si la determinación de la cualidad de la cosa que las partes tuvieron en mira al

62. Pintor, grabador y dibujante francés, 1733-1808, introductor de la pintura de ruinas en Francia.
63. *In re* «De Koenigsberg, N. c. de Fourvel Rigolleau, I.», CNACivil (E), 1981; *LL* 1981-C:162; *AR/JUR/5311/1981*.

celebrar el contrato ha de hacerse sobre la base de pautas objetivas o subjetivas. (Al respecto, véase 6.1).

Mientras los tribunales argentinos no se han puesto de acuerdo sobre el punto[64], la jurisprudencia española pone de relieve «*que el CCiv, más que cualquier otro, da destacado relieve al elemento subjetivo en la apreciación del error, pues al remitirse en el artículo 1266 a las condiciones de la cosa que "principalmente hubiesen dado motivo para celebrar el contrato" bien claramente enseña que la justificación del carácter esencial o sustancial del error ha de hacerse con relación con el objeto y cualidades especialmente tenidas en cuenta en el caso concreto*»[65]. A su vez, la doctrina francesa ha dado un paso más adelante al establecer una pauta basada en la apreciación en abstracto de las cualidades esenciales: «*el juez se pregunta cuál es, según la opinión generalizada, la calidad sustancial de la cosa objeto del contrato. Si ella está ausente, puede considerarse la existencia de error. Así, la autenticidad de una obra de arte es una calidad generalmente considerada como sustancial, pero el hecho de que la obra haya adornado el dormitorio del maestro a quien se la atribuye es indiferente. Un contratante "medio" otorga valor a la autenticidad de la obra y no a su emplazamiento originario*»[66].

Concentrar el análisis en el error es consecuencia del hecho de que, por lo general, no existen normas jurídicas positivas referidas exclusivamente a la «autenticidad». Para colmo, como señala Peñuelas i Reixach, las expresiones «autor de una obra de arte» y «obra de arte original» –a las que no encontramos obstáculo en añadir el propio término «autenticidad»– son ambiguas, presentan varios significados y los conceptos que designan son vagos y poco precisos[67].

Serezal agrega que cuando a la definición tradicional del error («creer verdadero aquello que es falso o falso lo que es verdadero») se la asocia con «la naturaleza particular de la obra de arte», pa-

64. *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*: Bueres, A. (Dir.); Highton, E. (Coord.), 2B:488.
65. STS, sala 1ª, 18 de abril de 1978, citada en ROJ SAP M 4042/2006 – ECLI:ES:APM:2006:4042.
66. Laquette, S., «La vente internationale d'œuvres d'art», Universidad de Ginebra, p. 137, citada en *www.ladissertation.com/divers//divers/l'erreur.*
67. Peñuelas i Reixach, L., «Autoría y originalidad de las obras de arte a propósito de su venta, exposición y divulgación», en *Autoría, autentificación y originalidad de las obras de arte*, Polígrafa, Barcelona, 2013.

recería «que se hecha pimienta al tema por medio de un juego de ilusionismo sutil que pone a la luz todos los refinamientos y circunvoluciones, por no decir complejidades, asociadas a la noción de error. En efecto, en materia de obras de arte, y más particularmente en lo que concierne a su autenticidad, la certeza verdadera se encuentra frecuentemente ausente»[68].

Las nociones de «autenticidad», «falsificación», etcétera, son también funcionales a los efectos de determinar «la paternidad» de la obra de arte frente a las normas sobre propiedad intelectual, tema que resulta ajeno a nuestro objetivo.

Sobre la base de las investigaciones de Peñuelas i Reixach, en nuestra opinión la «autenticidad» de la obra de arte está sustentada sobre la existencia de tres factores: que haya sido *creada* y *ejecutada* por el artista a la que se la atribuye, y que éste –en nuestras palabras– *adopte como propio el resultado final*[69], en la medida de que el autor esté aún con vida como para efectuar semejante «adopción». La muerte del artista generará los conflictos sobre atribución como los que mencionan la prensa y la literatura especializadas con abrumadora frecuencia.

Con tino, Peñuelas i Reixach reconoce que *ejecución* «no comporta ineludiblemente la realización de algún acto a mano del artista». Como ya se dijo, Damien Hirst reconoce que sus ayudantes «hacen mejor su tarea» que él mismo.

Para Tacente, la autenticidad es, en general, la falta de correspondencia entre la obra definitivamente transferida y la que constituye el objeto del contrato bajo el perfil de la paternidad y/o atribución de la obra misma, lo que incluye la obra falsa, la obra cuya paternidad se atribuye a un autor distinto del que resulta de la obra o el contrato,

68. Serezal, *op. cit.*
69. Nuestra conclusión acerca del concepto de autenticidad no coincide exactamente con la expuesta por Peñuelas i Reixach en la obra citada, toda vez que nosotros incorporamos el concepto de «adopción» de la obra como propia en lugar del «reflejo novedoso de la personalidad del artista en la obra de arte» que propugna el catedrático mencionado. En ambos casos, la supervivencia del artista al momento de dicha adopción o del «reflejo novedoso» puede resultar esencial.

la obra cuya atribución dada por cierta resulta en cambio dudosa o controvertida[70].

La jurisprudencia argentina tuvo ocasión de manifestarse acerca de qué debe entenderse por autenticidad en, al menos, dos casos. En el primero[71], como *obiter dictum*, se dio por válido el criterio adoptado por la Academia Nacional de Bellas Artes, según el cual «*deben ser consideradas originales las obras (a) realizadas por la mano del artista, firmadas o no y (b) las creadas por el artista, realizadas total o parcialmente por sus colaboradores, bajo su dirección, siempre que hayan sido firmadas por el artista*».

En el otro caso[72], en el ámbito de ArteBA, una feria anual de arte que tiene lugar en Buenos Aires y una de las más concurridas del mundo, un grupo de artistas cuestionó públicamente la autenticidad de varias tintas atribuidas a Jorge de la Vega[73]. Ante la demanda judicial de la galerista afectada, la sentencia se explayó sobre el «tema realmente complejo» de la «autenticidad». Luego de descartar el sistema normativo de los artículos 1012 [74] al 1036 [75] del CC, sostuvo que «[aquélla] no equivale a la autenticidad del contenido de un instrumento privado que surge del reconocimiento de una firma en los términos del artículo 1026 del CC»[76], sino que, por el contrario, la autenticidad se integra por la ejecución por la mano del artista, la imposición de la personalidad de éste sobre ella y por haber sido asignada como propia a través de la firma del artista. «*Ello requiere,* dijo el tribunal, *recurrir a dos procedimientos de autenticación independientes* […]: *uno basado en la firma* […] *y el otro sustentado en la consideración acerca de la proveniencia de la obra, de los restantes métodos*

70. Tacente, N., *loc. cit.*
71. «De Koenigsberg, N. c. Fourvel Rigolleau, I»; CNCiv (E), 1981; *LL* 1981-C:162.
72. «Canterna de Becerra, M. c/Noé Luis Felipe», CNCiv (E), 2011.
73. Artista plástico argentino dedicado al pop y al surrealismo (1930-1971), integró el movimiento llamado «Nueva Figuración» en la década de 1970.
74. Dice este artículo «La firma de las partes es una condición esencial para la existencia de todo acto bajo forma privada. Ella no puede ser reemplazada por signos ni por las iniciales de los nombres o apellidos».
75. Qué básicamente equivalen al régimen español contemplado en los artículos 1225 al 1230 del CCiv.
76. «El instrumento privado reconocido judicialmente por la parte a quien se opone o declarado debidamente reconocido tiene el mismo valor que el instrumento público entre los que lo han suscrito y sus sucesores». El texto del artículo 1225 del CCiv es prácticamente idéntico.

científicos y de los procedimientos de creación basados en el estilo y la forma del artista que se definen mediante el término técnico conocido como atribución».

2.2. AUTORÍA, PATERNIDAD Y AUTENTICIDAD

La ley argentina[77] no define quién es el *autor* de una obra, pero atribuye a éste los derechos de propiedad intelectual que derivan de ella. La ley española en vigor desde 1996 (y modificada en 2014), en cambio, considera *autor* a la persona natural que crea alguna obra artística.

La doctrina española (referida a la ley anterior a 1996) ponía de resalto que en la obra artística, «el contacto con la realidad física conformada tiene una inmediatividad [*sic*] que no necesita poseer la actividad del autor en la ordenación […] de la palabra o el sonido»[78]. También reconocía la importancia de la concepción y de la ejecución, pero se deja en claro que esta última «*se acerca más a una dirección íntima e inmediata de todos los elementos que haya que poner en juego para producir la obra que a la ejecución material de la misma…*».

Para pasar revista a las dificultades jurídicas que ofrece el concepto de autoría o paternidad, conviene referirse al trabajo de Peñuelas i Reixach *Casos problemáticos de autoría y originalidad de las obras de arte*[79], sin desconocer que, desde el punto de vista de la crítica artística, el tema ofrece otras aristas[80].

El autor divide las obras de arte en dos grandes grupos: las únicas y las seriadas. Luego enumera los casos en los que se pueden catalogar las distintas posibilidades o vínculos que asocian al artista con su obra *sin que se pierda o anule la noción de paternidad*: (1) cuando aquél es su creador intelectual y su ejecutor hasta su finalización sin asistencia de terceros; (2) cuando la crea intelectualmente y la ejecuta hasta su

77. Artículo 4 de la ley 11723: «Son titulares del derecho de propiedad intelectual… (a) el autor de la obra…».
78. Villalba, C., *loc. cit.*, citando a Baylos, H., *Tratado de derecho industrial*, Madrid, 1978, p. 639 y a Vide, Rogel, *Autores, coautores y propiedad intelectual*, Tecnos, Madrid, p. 5.
79. Peñuelas i Rexach, *op. cit.*, cap. II.
80. Véase por ejemplo Baldassarre, M., «Falsos de autor. Sobre lo falso, lo auténtico y su coleccionismo», en *Original, copia… original*, III Congreso Internacional de Teoría e Historia de las Artes, Buenos Aires, 2005, seleccionado por Siracusano, G., Centro Argentino de Investigadores de Arte, p. 25.

finalización pero con la ayuda de terceros; (3) cuando la crea intelectualmente pero no la ejecuta hasta su finalización; (4) cuando no la firma; (5) cuando firma la obra de un tercero; (6) cuando reniega de su autoría. Peñuelas aplica las mismas categorías tanto a las obras únicas como a las seriadas, pero agrega, para estas últimas, una séptima categoría: cuando el artista no es ni el creador intelectual ni el ejecutor, pero un tercero realiza una nueva edición de una obra existente con medidas y materiales diferentes[81].

De cada uno de los casos posibles, el autor citado da ejemplos precisos. Así, para el segundo caso, menciona el hecho de que Rubens siempre dejó los detalles y «el relleno» (*sic*) a sus ayudantes, entre los que se contaban Van Dyck, Teniers y Jan Brueghel; o el caso de Rodin, quien confesaba ignorar el uso del cincel. Señala también Peñuelas el caso de Picasso quien, al renegar de una obra que había regalado tiempo atrás, preguntó si acaso no le era posible a él mismo «crear una falsificación».

Abeatici agrega el caso de las obras que se ofrecen acompañadas de «declaraciones explícitas de falta de autenticidad», las que clasifica en tres tipos: la obra falsa «criminalizada» (la falsificación penalmente relevante y punible, caracterizada sea por la falta de una declaración de falta de autenticidad o por la no fácil reconocibilidad de la falsedad); en segundo lugar, «la falsificación no auténtica», legal, no punible en cuanto no es fraudulenta y acompañada por una declaración de no autenticidad y, finalmente, las copias y meras imitaciones, inocuas, claramente distintas del original, cuya posesión y comercialización son lícitas[82]. Un análisis similar ha llevado a cabo Massimiliano Croce[83], con énfasis en «falsos», «copias y «réplicas».

81. Situación habitual con respecto a las esculturas. Véase la *Declaración sobre las normas para la reproducción de esculturas y medidas preventivas para combatir las practicas antiéticas de fundición en bronce* (College Art Association, abril de 1974) en *www.collegeartículoorg/guidelines/sculpture.*
82. Abeatici, G., «Acquisto di opera d'arte, rilevanza dell'attribuzione, consecuente civilistiche della non autenticità», *http://www.artericerca.com.*
83. Croce, M., «Il falso d'arte: natura, sviluppo e legislazione», *Rassegna dell'arma*, julio-septiembre 2007, nº 3.

Además de los ejemplos que menciona Peñuelas i Reixach, un caso resuelto por los tribunales argentinos echa luz sobre el tema[84]. Aninés Macadam, dibujante y pintora de estilo *naïf*[85] fue contratada para ilustrar libros infantiles. Para ello, subcontrató la asistencia de una alumna, que completó los detalles de varios cuadros. Cuando éstos fueron publicados y expuestos, la asistente querelló a Macadam por plagio, con el argumento de que, en materia de obras artísticas, *lo esencial resulta la ejecución personal*. Reclamó entonces el derecho a firmar las obras, a ser mencionada como autora o coautora y que su nombre fuera mencionado en el libro en cuestión. El tribunal, absolvió a Macadam y sostuvo que, tratándose de ilustraciones, «*la parte principal del tema circula alrededor de la idea y dirección; es decir, la creación, pasando la tarea manual a un segundo plano*».

En nuestra opinión, un factor decisivo para la absolución de la artista fue el reconocimiento explícito, por parte de su ayudante, de que ésta *no había conocido el texto de la obra a ilustrar*, por lo que «faltó la espontaneidad» por cuanto los dibujos fueron realizados bajo la inspiración y dirección de su verdadero autor.

2.3. ¿QUIÉN ESTABLECE LA EXISTENCIA DEL ERROR? (PERITOS Y «EXPERT WITNESSES»)

No obstante su interés, el concepto de autoría o paternidad resulta ajeno a nuestro ensayo, toda vez que su objetivo es el de analizar las consecuencias legales del error, y no las modalidades que puede revestir el vínculo del autor con su obra. Queda claro, sin embargo, que la existencia o no del error, sobre la base de cuanto se alegue en un litigio, será determinada de acuerdo a las reglas o los sistemas procesales aplicables en cada jurisdicción.

---

84. *In re* «Oliva de Macadam, Ana», CNCrimCorrec (II), 1992; *LL* 1993-D:356, con comentario de Villalba, C., «En torno al tema de quién es el autor de una obra», *loc. cit*.
85. Del francés *naïf* («ingenuo»). Corriente artística caracterizada por la ingenuidad y espontaneidad tanto en el trazo como en el dibujo de la figura humana y del paisaje, la real o fingida falta o ausencia parcial de técnicas pictóricas (como en el uso de la perspectiva o la combinación de colores) y de aprendizaje académico de los artistas.

2.3.1. El «expert witness»

Así, en los países de derecho anglosajón cada una de las partes de un pleito convocará a sus respectivos expertos («*expert witnesses*») cuyos dictámenes deberán ser convincentes para el juez o un jurado, quienes decidirán en último término acerca de cuál opinión resulta concluyente. «Los tribunales pueden adjudicar cuestiones de autenticidad, pero si el juez no aplica estándares aceptados por el mercado o por los estudiosos del tema, el mercado del arte llegará a sus propias (y quizás diferentes) conclusiones»[86].

Un caso resuelto en los Estados Unidos en 1993 ilustra la posición que puede adoptar el juez frente a los expertos y peritos (y las consecuencias que ella puede aparejar). En 1959 Alexander Calder[87] creó *Rio Nero*, un móvil compuesto por veintisiete partes colgantes, al que agregó sus iniciales. En 1962, Klaus Perls, su representante exclusivo desde 1955 a 1976, lo vendió, para readquirirlo cinco años después. Lo volvió a vender a Lionel Bauman, quien lo tuvo durante veinte años hasta su muerte en 1987. En 1990, Patricia Bauman, su hija y heredera, vendió *Rio Nero* a un grupo de *marchands* en 500.000 dólares, luego de obtener un certificado de autenticidad de Perls y entregar copia de la factura original de venta. Luego de varios intentos fallidos de colgarlo adecuadamente y hacerlo revisar por Perls durante diez minutos, los *marchands* decidieron que el móvil era falso (pues difería del certificado) y demandaron al galerista y a la vendedora.

En 1993, los demandantes convocaron a Perls como «*expert witness*» para demostrar que el móvil era falso. Perls lo comparó con las fotografías tomadas a la obra antes de ser vendida en 1962, y sostuvo que, no obstante la dificultad en comparar un objeto tridimensional con una fotografía bidimensional, las hojas de metal eran diferentes a las reproducidas en las fotografías y que ninguna era de Calder. El juez (que jamás examinó el móvil, sino las fotografías) no quedó convencido y decidió que la obra era auténtica. Dijo que había llegado a esa decisión a pesar de las credenciales de Perls, superiores a las de la experta pro-

86. Spencer, R., «How decisions on the authenticity of visual arts are made by courts», *Spencer's Art Law Journal*, Carter Ledyard and Milburn, Nueva York.

87. Alexander Calder, escultor estadounidense (1898-1976), precursor de la escultura cinética a través de sus estructuras móviles, cuyo tamaño fue mayor con el paso del tiempo.

puesta por la vendedora, Linda Silverman. El juez atribuyó particular importancia al hecho de que Perls solo dedicara unos pocos minutos a examinar el móvil y, sobre todo, a que no hiciera referencia alguna a las iniciales «AC» estampadas en la obra, mientras que Silverman empleó una hora y media en examinarla cuidadosamente y se refiriera a la impecable «*provenance*» de la pieza, corroborada por la factura original de la galería de Klaus Perls.

Para el juez «no obstante el enorme peso que debe atribuirse a la opinión de Perls y sus excelentes credenciales» *la preponderancia de la prueba* demostraba que el móvil era auténtico «a pesar de haber sido desarmado y maltratado al punto de que, luego de una inspección a simple vista, ya no se parecía a las fotos originales y había perdido el delicado equilibrio necesario para ser colgado». Agregó que las variaciones originadas en el maltrato «eran atribuibles a los propios demandantes después de que pagaron el móvil y asumieron el riesgo de la cosa». El juez sostuvo que Perls omitió analizar la firma de Calder, «y que solo se basó en una inspección rutinaria y mecánica de la obra, comparándola con fotografías». Su testimonio «no satisfizo la carga de la prueba que pesaba sobre los demandantes» y éstos omitieron producir prueba alguna sobre la existencia o ubicación del verdadero *Rio Nero* u otra copia exacta del mismo, si el móvil de marras era falso.

La decisión fue confirmada[88], a pesar de que la Fundación Calder presentara un escrito sosteniendo que el calibre de las hojas no era el exacto; que los alambres eran flexibles en lugar de rígidos, como usaba Calder, y que la firma, sobre la que había basado su decisión el tribunal inferior, delataba la intervención de terceros[89]. La Cámara citó el párrafo 2.8 de las *Standard Civil Jury Instructions* para definir «*preponderancia de la prueba*»: «no significa un grado tal de convicción como para producir certeza absoluta o matemática. Significa aquella prueba que, cuando se la compara con la opuesta, tiene mayor fuerza de convicción. Es una cuestión de calidad, no de cantidad, que equi-

88. *In re* «The Greenberg Gallery *et al. v.* Bauman and L. & R. Entwistle & Co., Ltd.», US District Court, District of Columbia (1993); 817 *F. Supp.* 167 (1993).
89. En su comentario sobre el caso, Spencer señala que el resultado de semejante discusión acerca de la autenticidad fue que el móvil quedara en manos de los galeristas, sin poder venderse y excluido del catálogo razonado de Calder preparado por la fundación epónima.

vale a decir que no está necesariamente determinada por la cantidad de testigos o documentos que corroboran cierta versión de los hechos. Demostrar algo a través de la *preponderancia de la prueba* es demostrar que algo es más probable que improbable. En otras palabras, la *preponderancia de la prueba* significa aquella prueba que produce en la mente la creencia de que lo que se intenta probar es posiblemente verdadero antes que falso…»[90].

Obviamente, para el mercado del arte la autenticidad establecida por un experto tiene infinitamente más valor que la establecida por un magistrado…

Otra disputa entre «*expert witnesses*» en materia de obras de arte ocurrió en «*Dawson v. Malina*» acerca de cinco piezas de porcelana china, donde el juez debió decidir acerca de la conformidad de las obras con lo prometido bajo el contrato[91]. (Véase 9.1.2 sobre este caso).

2.3.2. Los peritos

En los países de derecho continental la autoridad del juez está, hasta cierto punto, «delegada» en peritos, elegidos de una lista oficial, quienes decidirán sobre la cuestión. La designación del perito «de oficio» –esto es, por el propio juez o tribunal– *constituye una garantía de imparcialidad*[92]. Cuando una lista semejante no existe, el tribunal puede designar a terceros sobre la base de sus respectivos antecedentes[93]. En ocasiones, además del perito oficial, las partes pueden designar los propios y, además, «consultores de parte».

El juez puede apartarse de los dictámenes periciales, con expresión de los fundamentos[94]. Dice al respecto el artículo 477 del Código

90. Véase también Bandle, A. L., «Fakes, Fear and Findings», *Transnational Dispute Management,* Octubre 2013, p. 6.
91. *In re* «Dawson v. Malina», US District Court, S.D. New York (1978); 463 *F. Supp.* 461 (1978).
92. Morello, A., Sosa, G. y Berizonce, R., *Códigos Procesales en lo Civil y Comercial,* Librería Editora Platense, 1992, V-B:350.
93. Véase Spencer, R., *The Expert versus the Object: judging fakes and false attributions in the Visual Arts*, Oxford University Press, Nueva York, 2004. Hay traducción española (Madrid, Marcial Pons, 2011).
94. Véase Morello, A., *et al*., p. 435.

Procesal Civil argentino[95]: «*la fuerza probatoria del dictamen pericial será estimada por el juez teniendo en cuenta la competencia del perito, los principios científicos o técnicos en que se funda, la concordancia de su aplicación con las reglas de la sana crítica, las observaciones formuladas por los consultores técnicos o los letrados […] y los demás elementos de convicción que la causa ofrezca*». Un principio similar adopta el art. 348 de la Ley de Enjuiciamiento Civil española, que permite valorar los dictámenes periciales de acuerdo con las reglas de la sana crítica.

Curiosamente, el caso argentino *Robert* (citado en 2.1) muestra notables semejanzas con el caso *Calder*: el comprador alegó la nulidad porque el cuadro era supuestamente falso y los peritos estaban divididos al respecto. El juez prefirió el dictamen del perito que le inspiró mayor confianza, que confirmó la autenticidad de la obra[96]. Sobre el punto habían opinado cuatro peritos: uno designado por el comprador que solicitaba la nulidad basándose en un error sobre la cualidad sustancial de la cosa); otro por la demandada; un tercero por el propio tribunal y un cuarto, el presidente de la Academia Nacional de Bellas Artes. El juez de la Cámara de Apelaciones dijo «*sin que ello signifique subestimar la capacidad de los restantes expertos, no puedo menos que poner de relieve la personalidad de* […], *cuyos títulos me inducen a atribuirle mayor competencia en la materia sujeta a discusión en los términos del artículo 476 del Código Procesal.* […] *Debe adjudicarse innegable valía científica a esta pericia para calibrar la fuerza probatoria del dictamen*». Sobre esa base, se dejó de lado la opinión de los peritos de opinión opuesta a la del «elegido».

La doctrina argentina ha expuesto, precisamente con relación al caso *Robert* y al papel que desempeñan las pericias, que «en principio, el juez tiene plena facultad para apreciar un dictamen pericial, pues éste no tiene valor vinculante para el órgano jurisdiccional, que puede apartarse de sus conclusiones. Por supuesto, esta libertad del juzgador, que recurre a los expertos por tratarse de cuestiones técnicas ajenas a

95. Si bien el dictado de los códigos procesales es competencia de las provincias, la mayoría utiliza textos muy similares al aplicado por los tribunales con asiento en Buenos Aires, que es el que citamos.

96. «De Koenigsberg, N. c. Fourvel Rigolleau, I»; CNCiv (E), 1981; *LL* 1981-C:162, con nota de García Martínez, R. (h), «Sobre la autenticidad de las obras de arte».

su experiencia personal, no puede ser ejercida con discrecionalidad. En estos casos, para apartarse de un dictamen, el magistrado debe dar razones de peso suficientes, es decir, debe dar razones serias, fundadas objetivamente, que permitan concluir fehacientemente que ha existido un error o un inadecuado uso por parte del técnico de sus conocimientos científicos»[97]. Varios precedentes han confirmado este punto de vista: «Si bien las normas procesales no acuerdan al dictamen [pericial] el carácter de prueba legal y permiten a quien juzga formar su propia convicción al respecto, es indudable que para apartarse de la valoración de los [peritos] la judicatura debe hallarse asistida de sólidos argumentos en un campo del saber ajeno al derecho»[98].

En el caso *Ciardi*[99] planteado en Buenos Aires, el vendedor, al apelar la decisión del juez de primera instancia de que un cuadro transferido al comprador era falso, «*cuestionó los fundamentos de tal determinación, porque desde su posición, el juzgador de la instancia anterior no pudo haber llegado a tal resolución "sino porque estaba convencido de que no era un Ciardi, pese a no conocer o saber sobre pintura italiana del S. XIX de la escuela veneciana y que además en nuestro país no hay medios científicos, literarios y pictóricos que hablen de Gugliemo Ciardi"*». La Cámara de Apelaciones sostuvo que una sentencia, «que necesariamente debe pronunciarse para decidir los litigios que se plantean, se dicta […] conforme las evidencias que se hayan traído al proceso. […] El juzgador no tiene por qué ser un experto y conocedor profundo de todas las complejas y variadas materias sobre las cuales debe incursionar para dilucidar los derechos que las partes controvierten. Nadie pediría ello de un magistrado. Precisamente cuando se trata de la apreciación de hechos que exigen conocimientos especializados, existe la prueba pericial adecuada, de inestimable valor y sobre cuya importancia y utilidad el caso en especie da una muestra bien acabada. Ahora, en cuanto a la forma como se meritúa tal prueba […] ello entra ya dentro de un terreno privativo del juez y sobre lo cual solo cabría en definitiva una discrepancia que, en su caso, debería ser abonada con fundamentos y razonamientos valederos. En el caso, el *a-quo* ha consi-

97. García Martínez, R. (h), «Sobre la autenticidad de las obras de arte». *LL* 1981-C:162.
98. *In re* «Villar c. Provincia ART», CNTrab (I), 2015; *LL* 6 agosto 2015; *AR/JUR/24336/2015*.
99. Guglielmo Ciardi (1842-1917), pintor italiano, conocido por sus paisajes inspirados en Venecia.

derado en lo necesario las conclusiones de los distintos peritos que han opinado sobre la obra cuya autenticidad fue puesta en tela de juicio y llegado a la convicción de que dicha obra no era auténtica»[100].

Una situación aún más curiosa se planteó en el llamado caso *De Chirico I* planteado en Roma entre 1947 y 1955, donde el propio Giorgio De Chirico[101] negó la autenticidad de «*Piazza d'Italia*», un óleo de 1913 cuya paternidad se le atribuía, pero, a pesar de ello, y sobre la base de un dictamen pericial, *¡el tribunal de primera instancia lo declaró auténtico!*[102].

El objeto de la demanda y la decisión recaída en el caso *De Chirico I* (a la que atribuimos gran importancia) los analizaremos en 8.3. Aquí nos ceñiremos a los aspectos vinculados con la prueba pericial.

En primera instancia, y no obstante la opinión del supuesto padre de la obra de que «ésta no era hija suya», fue declarada auténtica sobre la base de un dictamen pericial. En apelación, se objetó que la decisión hubiera sido adoptada «sobre las conclusiones dubitativas, insuficientes y erróneas de una perito elegida sin la debida sagacidad con relación a la gravedad y delicadeza de la causa, ignorando el pedido específico de una pericia a cargo de un cuerpo colegiado que revistiera seriedad».

En segunda instancia, se consideró que, para desvirtuar «la severa y neta posición del pintor de negar la paternidad del cuadro en cuestión», *era necesaria una prueba segura, precisa y convincente*. Por ello, se designaron tres peritos (uno, director del Instituto de Historia del Arte de Florencia; el segundo, Superintendente de las Galerías de Arte del Lazio y el tercero, inspector de la Galería Nacional de Arte Moderno de Roma). Además de dos consultores designados por las partes, la Cámara decidió llevar adelante *su propio examen directo de la obra ante el mismo tribunal*.

Al mencionar los títulos de los peritos, la existencia de consultores de parte y la revisión de la obra por los propios jueces queremos resaltar no sólo el nivel profesional de los elegidos, sino la importancia atribuida

100. *In re* «Cascelli c. Vea Murguia de Ibarra», CNCiv (D), 1977, L. 217472.
101. Pintor italiano (1888-1978), creador de la «pintura metafísica» en la que, a través de paisajes desolados, con escasa presencia humana, con frecuente «pintura dentro de la pintura», creó espacios atemporales. Influyó desde las artes plásticas sobre los intelectuales surrealistas franceses.
102. *In re* «Sabatello», Tribunal de Roma, sentencia del 14 de abril de 1950/18 de enero de 1951; *Metafisica*, nº 1/2, p. 342 (2002).

a la determinación de la autenticidad o falsedad de la obra, *pues de ella dependía el modo de resolver el caso, ante la falta de reconocimiento por parte del propio artista*. Nótese la dificultad planteada en la determinación de la paternidad de una obra de arte (como en el caso *Robert,* citado en 2.1), *aun cuando el supuesto artista está con vida*.

A los peritos se les ordenó que su dictamen *se apoyara en argumentos concretos de técnica pictórica y de cultura artística*, y que en caso de discrepancias entre ellos, *indicaran las razones de su disenso*. De los tres, dos presentaron una pericia conjunta; el tercero, que nunca se reunió con los primeros, presentó la suya independientemente. Fue el único que consideró auténtica la obra.

El tribunal, al descartar esta última pericia, tuvo en cuenta «la falta de fundamento de su disenso [con la opinión de la mayoría], su escasa objetividad, *revelada por no haber procedido a un escrupuloso y detallado examen del cuadro* y por el hecho de que se fundó sobre los recuerdos de una única visión del cuadro, "que hasta pudieron ser imprecisos"». La Corte estableció que «*es ciertamente insuficiente e inidóneo el examen de un cuadro, aún si fuera atento, efectuado una sola vez y a distancia de tiempo del examen de otros cuadros para confrontarlos y de la formulación de las conclusiones*». Fue determinante que el dictamen hablara de «agrietamiento» de la pintura, no verificado por ninguno de los otros dictámenes ni por los testigos y expertos que habían revisado la obra en primera instancia.

2.3.3. Comparación entre «expert witness» y peritos

Un caso argentino ilustra la diferencia entre un «*expert witness*» y un perito[103]. En ese precedente la Cámara Civil se negó a asimilar ambos géneros: «la tipificación y la evaluación de la prueba pericial es distinta entre [los sistemas anglosajón y continental]. La calificación [del "*expert witness*"] se refiere a un testigo cualificado por conocimiento, habilidad, experiencia, entrenamiento o educación para proveer una opinión científica, técnica o especializada sobre la evidencia o un asunto fáctico. Se diferencia […] principalmente del experto imparcial ("*impartial expert*") que es designado por la corte para presentar una opinión objetiva conforme lo dispone el artículo 706 de las Reglas Federales de Evidencia y *que es el único que puede asimilarse realmente al perito designado de oficio en*

103. «S., A.J. c. Vélez, J.N.», CNCiv (2008); *Infojus* FA08988635.

nuestro sistema procesal, aunque su actuación se encuentra relativamente limitada en los procesos civiles en el ámbito estadounidense».

La sentencia, con abundancia de citas[104], agregó que «el testigo experto ("*expert witness*") equivale a lo que se denominaría en nuestro país el perito de parte y exige correlativamente en aquel país [los Estados Unidos] una función de guarda por los jueces que supone una consideración preliminar sobre si el razonamiento y la metodología subyacentes al testimonio son válidas y si tal razonamiento o metodología pueden ser aplicados adecuadamente a los hechos del caso. […] Todo ello no excluye que los tribunales designen peritos ("*expert witnesses*") de su propia elección cuyo dictamen se encuentra sujeto a impugnación ("*cross examination*")».

No obstante que quien alega un hecho o circunstancia debe probarlo, la llamada «teoría de las pruebas dinámicas» –que impone ciertas limitaciones a aquel principio– ha encontrado eco en las disputas acerca de la autenticidad de obras de arte.

Otro caso argentino[105] lo explica y demuestra el amplio espectro de temas sobre el que puede ser llamado a opinar un perito sobre una obra de arte. F.H.P. demandó al Banco de la Ciudad de Buenos Aires en 2007, sosteniendo haber comprado allí, en 1988, en una subasta, «*Paisaje*», óleo sobre tela de Fernando Fader[106]. Cuando intentó revenderlo por intermedio del mismo banco, se le dijo que era falso. Para demostrar su compra, F.H.P. acompañó el catálogo de la subasta (de agosto de 1988) y un recibo por el adelanto del precio pagado.

El banco puso en duda los hechos y cuestionó la autenticidad de la documentación, pues dijo no conservar registros de la época de la venta. Al intentar verificar si F.H.P. había sido efectivamente el comprador, el

104. El fallo cita en su apoyo al párrafo 1238 de las Reglas Federales de Procedimiento Civil, la Regla 28 de las Reglas Federales de Procedimientos en lo Criminal; a Gros, S., «Expert Evidence», 1991 *Wisconsin Law Review* 1113; Cecil y Willing, «Defining a role for court-appointed Experts in assessing scientific velidity», 43 *Emory Law Journal* 995, 169 (1994); Hillman, T., «Using court appointed Experts», 36 *New England Law Review* 587 (2002), etc.

105. *In re* «FHP c. Banco de la Ciudad de Buenos Aires», JCivil 17, Buenos Aires (2014) (expte. 27736/0).

106. Pintor argentino (Burdeos, Francia, 1882-Mendoza, Argentina, 1935), alternó entre el academicismo y el impresionismo.

juez resaltó que aquél «no ofreció prueba tendiente a demostrar la veracidad de los documentos», pero entendió que «el deber de guarda de la documentación recaía sobre el banco», y que éste debió haber probado la falta de autenticidad del catálogo que detallaba las características de la obra. En razón de ello, el juez dio por cierto que F.H.P. había adquirido «*Paisaje*» en una subasta realizada el 4 de agosto de 1988.

El perito debió opinar si «*Paisaje*» era la misma obra reproducida en el catálogo de la subasta (a pesar de estar impreso en blanco y negro). El experto dijo que «aunque la reproducción era de poca calidad, la observación detenida y la consecuente comparación de las configuraciones (o sea el dibujo) de ambos elementos y las diversas variables de grises en la reproducción (representativas de los colores) son suficientes para dar una respuesta afirmativa».

2.4. «ATRIBUIDO A…», «DEL TALLER DE…» Y OTRAS DENOMINACIONES

Al menos en Francia e Italia se han dictado normas específicas destinadas a la identificación correcta de las obras de arte.

El decreto francés 81-255 del 3 de marzo de 1981 «sobre la represión del fraude en materia de transacciones con obras de arte y objetos de colección» (llamado «decreto Marcus») dispone que «los vendedores habituales u ocasionales de obras de arte u objetos de colección o sus mandatarios así como los funcionarios públicos o ministeriales que procedan a su venta en subasta deberán entregar una factura, recibo, comprobante de venta o acta de la venta pública que contengan las especificaciones que hayan efectuado acerca de la naturaleza, composición, origen y antigüedad de la cosa vendida». Y luego establece que «la denominación de una obra de arte o un objeto, cuando esté seguida por la referencia única e inmediata a un período histórico, un siglo o una época garantiza al comprador que esa obra u objeto ha sido efectivamente producido en el curso del período en cuestión». Véase en 6.3 un caso en el que las definiciones del decreto Marcus sirvieron para determinar si un error era o no esencial.

Esa norma regula el uso de las expresiones «*por*» o «*de*» (que implican que el artista mencionado es, efectivamente, su autor); «*atribuido a*»

(que garantiza que la obra fue ejecutada durante el período de producción del artista mencionado y que existen presunciones serias que designan a éste como el autor verosímil de la obra); «*taller de*» garantiza que la obra fue ejecutada en el taller o atelier del maestro citado o bajo su dirección; «*escuela de*» asegura que el autor ha sido alumno del maestro citado, fue notoriamente influido por éste o se benefició con su técnica. Y si la referencia es a un lugar geográfico, garantiza que la obra fue ejecutada durante la vigencia del movimiento artístico designado. Las expresiones «*al gusto de*», «*estilo*», «*a la manera de*», «*género de*», «*según*», «*al modo de*» no confieren garantía alguna de ninguna naturaleza[107]. En último término, todas las copias, vaciados, facsímiles u otras reproducciones de obras de arte deben ser designados como tales[108].

En Italia, bajo la llamada «Ley Pieraccini» (Ley nº 1062/1971, ahora derogada), el vendedor de una obra de arte estaba obligado a entregar al comprador un certificado de autenticidad y la indicación de la proveniencia de la obra, firmados por el vendedor.

El «Código de los Bienes Culturales y el Paisaje» (decreto legislativo del 22 de enero de 2004 Nº 42)[109], que sustituyó a la norma anterior, incluye normas similares. Exige «a todo aquel que ejerza la actividad de venta al público, de exposición a los fines del comercio o de intermediación con el fin de vender obras de pintura, escultura, arte gráfico, o de antigüedades u objetos de interés histórico o arqueológico […] la obligación de entregar al adquirente *la documentación* que certifique la autenticidad o al menos la probable atribución y proveniencia; o, en su defecto, emitir […] una declaración que contenga toda la información disponible sobre la autenticidad o probable atribución y la proveniencia. Tal declaración, cuando sea posible según la naturaleza de la obra o del objeto, estará adherida a una copia fotográfica de los mismos». Es decir que, además de la certificación en sí misma, el vendedor debe ahora entregar la documentación relativa a la autenticidad y el origen y, en su defecto, toda la información disponible sobre la obra en cuestión.

---

107. El «decreto Marcus» no innova sustancialmente sobre lo que ya constituía costumbre en el mercado del arte: véase la sentencia recaída en el caso *Courbet* (Corte de Casación, Civ. 1ª, 16 de diciembre de 1964, mencionada en 6.10).
108. Nos hemos basado, para el resumen anterior, sobre el texto ordenado del decreto al 30 de septiembre de 2001, según *Legifrance.gouv.fr.*
109. *Gazzetta Ufficiale*, 24 de febrero de 2004.

En el caso de artistas difuntos, los derechohabientes, en ejercicio de su derecho moral de atribución, deberán emitir el certificado correspondiente; la jurisprudencia, sin embargo, no ha limitado esta facultad a aquéllos y, bajo el argumento del derecho a la libre expresión, permite a los expertos emitir declaraciones de autenticidad (definidas, sin embargo, como obligaciones de medio y no de resultado). Ello lleva como consecuencia la prohibición de estipular contractualmente la obligación de expresarse sobre la autenticidad de una obra de arte (por lo que, en caso de incumplimiento, no se podría exigir la ejecución forzada del contrato). Y tampoco permitirá al experto responder por daños excepto en caso de dolo o culpa grave[110].

En el estado de Nueva York, la *General Business Law* (un equivalente local a un código de comercio) dispone en 219-c que «*no obstante cualquier otra disposición en contrario, (1) toda vez que un comerciante en objetos de arte al vender o permutar uno de ellos, suministre al comprador que no sea comerciante en objetos de arte, un instrumento por escrito que, al describirlo, lo identifique con un autor* […] *esa descripción (i) se presumirá que integra las bases del negocio y (ii) constituirá una garantía expresa acerca de la autenticidad de dicha autoría a la fecha de dicha venta o permuta. Esa garantía no será limitada ni desconocida aun cuando el vendedor no haya usado términos formales como "garantía" ni haya tenido la intención expresa de otorgar una garantía o porque cualesquier declaración referida a la autoría sea, o intente ser, o sea capaz de constituir meramente la opinión del vendedor y (2) al interpretarse el grado de autenticidad de la autoría garantizada en los términos del párrafo anterior, deberán tenerse en cuenta los términos utilizados al describir dicha autoría y el significado acordado a dichos términos por la costumbre y los usos del comercio al tiempo y en el lugar donde la venta o la permuta hayan tenido lugar…*».

Con nuestras reservas, en la misma línea avanza el CCYC: «*Las precisiones formuladas en la publicidad o en anuncios, prospectos, circulares u otros medios de difusión se tienen por incluidas en el contrato con el consumidor y obligan al oferente*». (Artículo 1103).

Las grandes casas de subastas generalmente incorporan en sus catálogos una referencia a los términos utilizados al describir obras de

110. Véase Carbone, P., «Il diritto di autentica nel mercado dell'arte», *Notizie dal Mondo dell'Ärte.*

arte. Christie's, por ejemplo, cuando menciona el nombre del artista asegura que, en su opinión, se trata de una obra del pintor, escultor o dibujante indicado. «*Atribuido a*» significa una obra de la época del artista, que puede ser, en todo o en parte, de su autoría. «*After…*» o «*D'après…*» o «*al modo de…*» significa que se trata de una copia de una obra del artista mencionado. «*Firmado*» quiere decir que la obra lleva una firma que, en opinión de Christie's, es la firma del artista. «*Lleva la firma de…*» debe entenderse como que la obra tiene una firma que *podría ser* la del artista. «*Fechada*» o «*datada*» quiere decir que la obra fue ejecutada *aproximadamente* en esa fecha. «*Lleva la fecha*» significa que *podría* haber sido ejecutada en la fecha indicada.

Una sentencia dictada en Nueva York declaró responsable a Christie's ante el comprador de una obra atribuida a Jean Michel Basquiat[111] adquirida a la galería Shafrazi que, a su vez, la había comprado a esa casa de subastas. Aunque no existió relación contractual directa («*privity of contract*») entre el comprador y Christie's, la referencia en el catálogo a que la obra había sido adquirida en esa casa de subastas hacía a ésta responsable ante el comprador final. Para el tribunal, «los compradores de obras de arte confían en la experiencia de las casas de subastas prestigiosas». Cuando Christie's menciona la autenticidad o *provenance* de una pintura, «las costumbres y prácticas del mercado de arte indican que esa autenticidad y proveniencia han sido establecidas firme y permanentemente». La sentencia ha sido considerada como un llamado de atención a las casas de subastas, ante la posibilidad de que éstas sean responsables ante los sucesivos compradores de una obra de arte[112]. En Francia, los casos *Sesostris III* y *Dufour* son ejemplos de lo mismo (véase 6.3).

111. Artista estadounidense (1960-1988) que evolucionó desde el graffiti al neoexpresionismo, con obras de «comentario social» a través de dicotomías gráficas.
112. *In re* «Tony Shafrazi Gallery, Inc. v. Christie's Inc.», 2008 WL 4972888, citado por Weber, *op. cit.*, p. 418.

III. NUESTRA TEORÍA SOBRE LOS «NIVELES» DEL ERROR Y SUS RESPECTIVAS CONSECUENCIAS

3.1. COMENTARIOS INICIALES

Entendido el error como el concepto jurídico que permite introducir conceptos tales como falsificación, falta de autenticidad, error de atribución y nociones similares en el ámbito del derecho positivo, nos concentraremos en él. Dice Serezal[113] que han sido los conflictos sobre compraventa de objetos de arte los que han permitido, en gran parte, la evolución de toda la jurisprudencia sobre el error[114].

Las dificultades teóricas y prácticas que plantea el error son, sin duda, universales. Así, dice Corbin: «el tema del error es uno de los más difíciles en el derecho. Esto es porque los hombres cometen muchos errores, de tipos muy diversos y con efectos de lo más variados. Errar es, sin duda, humano. Sería un error dañino suponer que sabemos exactamente qué hacer y qué decir con respecto a cada error, o que podemos establecer reglas seguras y fáciles y generalizaciones basadas en nuestra experiencia judicial»[115]. Pero, más allá de los detalles, cuando la obra de arte es falsa, el comprador intentará obtener la devolución de lo pagado contra restitución de la obra comprada. Y lo mismo ocurrirá si, adquirida una obra de arte, el comprador descubriera que no es de la mano de un artista en particular sino «de su taller»[116].

Como hemos ya mencionado en la Introducción, el error afecta una compraventa en cuatro niveles diferentes: (a) como un vicio genérico del consentimiento que puede afectar la voluntad con relación

113. Serezal, *op. cit.*, p. 15.
114. Existen, por supuesto, otras circunstancias en las que el tema del error «sale a la superficie», como, por ejemplo, en ocasión de las grandes muestras retrospectivas de algún artista, situación en la que los curadores se ven enfrentados con la necesidad de asegurar que las obras provistas correspondan efectivamente al artista en cuestión. El tema ha sido analizado por Spencer, R. y Wallace, J., en «Museums and museum curators: caught in the cross hairs of authenticity disputes», *The legal guide for museum professionals,* abril de 2015.
115. Corbin, *op. cit.*, 103, p. 151.
116. Weber, M., «Liability for the Acquisition of Faked or Wrongly Attributed Works of Art in US Law», *International Annual Bibliography of Festschriften,* 32:409 (2011).

a cualquier acto jurídico o contrato, (b) como un vicio propio de los elementos de ese contrato, (c) como un *incumplimiento específico y absoluto* de ciertas prestaciones adeudadas bajo el contrato de compraventa en particular y (d) como un incumplimiento limitado y relativo de la obligación de entrega de la cosa. En ese orden analizaremos la cuestión, aunque nos explayaremos primero sobre el error en sí.

Ya hemos anticipado algunas conclusiones que derivan del método de análisis adoptado: cuanto más «alejada» del contrato subyacente esté la normativa sobre el error, –cuanta mayor sea su jerarquía normativa– más drásticas serán las soluciones que proporcione el derecho y más prologados los plazos para la aplicación del remedio respectivo. Así, si el error constituye un vicio genérico susceptible de afectar cualquier hecho o acto jurídico, el remedio disponible será drástico: la inexistencia misma del contrato o su nulidad, y será muy prolongado el plazo para alegarla (desde el descubrimiento del error). Si, en cambio, lo entendemos como un vicio propio de un contrato determinado, éste será también anulable pero el plazo se computará desde la celebración del contrato mismo. Si solo constituyera un vicio que afecta una de las prestaciones específicas y esenciales del contrato (el *aliud pro alio*)[117] el remedio será la resolución. Finalmente, si el error afectara *limitada y relativamente* la calidad de la cosa objeto del contrato, podremos recurrir al instituto de los vicios redhibitorios o a la acción *quanti minoris* para subsanar el defecto. No obstante, la doctrina reconoce «las dificultades no banales que existen para distinguir si una ausencia específica debe calificar como vicio, falta de calidad o *aliud pro alio*»[118]. No debe perderse de vista, tampoco, que tanto en los casos en que existe un vicio de la cosa vendida o un defecto en las calidades prometidas, la cosa pertenece al mismo género, lo que no ocurre en las hipótesis de *aliud pro alio*.

La ubicación sistemática del error dentro de la legislación aplicable varía en los países de derecho continental: para algunos puede afectar

117. Esto es, el haber entregado una cosa en lugar de otra, que constituía el objeto de la compraventa. Miniussi, D., «Consegna di una cosa diversa da quella pattuita (c.d. *aliud pro alio*)», *www.e-glossa.it*. El autor trae como ejemplo, precisamente, el caso del cuadro certificado como auténtico, que se descubre posteriormente no ser obra del pintor famoso al que el experto lo había atribuido.

118. Minussi, D., «Garanzia per mancanza delle qualità promesse», *www.e-glossa.it*.

todo hecho o acto jurídico; para otros, sólo el consentimiento contractual. Por eso, nos referiremos a los sucesivos «niveles» en los que, según nuestra construcción teórica, puede encontrarse el error.

3.2. UN «PRIMER NIVEL»: EL ERROR COMO CATEGORÍA GENÉRICA (VICIO DE LA VOLUNTAD)

El error, junto con el dolo y la violencia, constituyen la tríada clásica de los *vicios de la voluntad* que, bajo el derecho continental, permiten declarar la inexistencia del acto jurídico, como explica el autor del CC en nota al artículo 927) o causan la nulidad del *acto* o la del *contrato* al que afectan. En algunas pocas jurisdicciones, como veremos, el error, el dolo y la violencia afectan todo hecho o acto jurídico mientras que en otras son aplicables únicamente (o principalmente) al consentimiento prestado bajo un contrato.

El artículo 954 del CC a los tres vicios ya mencionados (error, dolo y violencia) agregó la intimidación, la simulación y la lesión. Tienen como efecto causar la nulidad o anulabilidad de *cualquier acto jurídico,* y no solo de los contratos. Así, decía Salvat que «el código civil francés, lo mismo que la mayoría de los códigos civiles de los países europeos y americanos, inspirados en aquél, tratan de los vicios de la voluntad o del consentimiento *al legislar sobre el consentimiento en los contratos* (CCF, artículos 1109 al 1117; CCI, artículos 1108 al 1115; CCiv, artículos 1265 al 1270; uruguayo, artículos 1243 al 1250…»[119].

Luego de la derogación del CC, bajo el CCYC el error, el dolo y la violencia continúan siendo vicios de la voluntad («de primer nivel», diríamos nosotros), mientras que la lesión, la simulación y el fraude son vicios de los actos jurídicos (artículos 332 al 342).

Salvat señalaba que, junto con el CC –y, agregamos nosotros, su reemplazante, el CCYC–, los códigos alemán y brasileño «son los únicos en los cuales se encuentra una sección destinada a tratar de los vicios de los hechos y los actos jurídicos en general», entre los que se encuentra el error. Al referirse al código alemán, Salvat señala que el error (regulado por los artículos 118 al 122) se encuentra dentro de la materia llama-

119. Salvat, R., *Tratado de Derecho Civil Argentino, Parte General,* II:516, nº 2282; TEA, Buenos Aires, 1954.

da «*Defecto o falta de concordancia entre la voluntad declarada y lo realmente querido por el autor de la declaración*». El código brasileño, por su parte, incluye al error en un capítulo especial con el título «*De los defectos de los actos jurídicos*».

Salvat explica que bajo los tres códigos (alemán, argentino y brasileño) «salvo ciertas diferencias de detalle, hay un punto sobre el que están de acuerdo: […] los vicios de la voluntad –incluido, por supuesto, el error– no hacen que el acto sea nulo sino anulable. Esta doctrina se justifica perfectamente; aun viciada por el error […] la voluntad de realizar el acto ha existido y, por consiguiente, éste debe ser considerado provisionalmente válido; pero como esta voluntad está viciada, como a consecuencia del error […] la parte que lo ha sufrido podría indebidamente perjudicarse, las leyes le dan el derecho de hacer anular el acto: de este modo se concilian el interés del crédito, que exige en principio la estabilidad de las transacciones, y el interés, o mejor dicho, las exigencias de la justicia, que no podría amparar y mantener en absoluto actos viciados por error […]»[120]. Como dijimos, Vélez menciona también la inexistencia del contrato como posible consecuencia del error, como lo hace en la nota al artículo 927, CC (véase 6.4).

En 1977, la justicia argentina, a instancias del **comprador**, declaró nula la compraventa de un óleo de Guglielmo Ciardi, adquirido en 1971, al comprobarse que el cuadro no pertenecía a dicho artista sobre la base de dictámenes periciales[121]. Debido al breve plazo entre la compra y la acción judicial, no se planteó la cuestión de los plazos de prescripción. Pero en 2014, en el caso *Fader*[122] (otro caso de error del **comprador**) la falta de autenticidad como causal de nulidad hizo aplicable el artículo 4030 del CC, según el cual *la acción de nulidad de los actos jurídicos por […] error […] se prescribe por dos años desde que el error […] fuere conocido.* El juez estableció que *se hallaba a cargo del comprador, que alega la nulidad por vicio del consentimiento, la prueba de que el error fue descubierto en una fecha posterior ubicada dentro de los dos años anteriores a la promoción de la demanda.*

120. Salvat, *loc. cit.*
121. *In re* «Cascelli c. Vea Murguia de Ibarra», CNCiv (D), 1977, L. 217472.
122. *In re* «FHP c. Banco de la Ciudad de Buenos Aires», Juzgado 17 Contencioso-Administrativo y Tributario, Buenos Aires (2014); expte. 27736/0.

El CCYC ha reemplazado el artículo 4030 por otro, básicamente idéntico, pero que agrega otra hipótesis al momento de inicio del plazo de prescripción: ya no es solamente *desde que el error fuere conocido* sino también *desde que pudo ser conocido* (artículo 2563), lo que puede tener consecuencias significativas.

En el caso *Fader* se reconoció que el plazo del artículo 4030 era mucho más breve que el decenal ordinario del artículo 4023 del CC. «Empero –agregó el juez– el referido plazo abreviado sólo resulta aplicable cuando media uno de los vicios del acto voluntario que, como en el *sub discussio* afectan a la intención».

El artículo 4030 «contempla expresamente que el cómputo del plazo de prescripción no se inicia en el momento de la celebración del acto viciado sino recién desde que la víctima del vicio se encuentre efectivamente en condiciones de ejercitar su acción nulificante». Y más adelante: «ese plazo de prescripción es el que corresponde aplicar cuando la acción de nulidad se funda en el error sobre la cualidad del objeto del acto». Como se ve, la jurisprudencia confirma cuanto manifestamos en 3.1 acerca de la existencia de una diferencia entre *el error como vicio del acto voluntario* (nuestro vicio «de primer nivel») y *como vicio de un elemento contractual* –el consentimiento– (nuestro vicio de «segundo nivel»). Esa diferencia cualitativa trae aparejadas diferencias cuantitativas en relación a los plazos de prescripción aplicables.

Sin perjuicio del ejemplo mencionado, no hay impedimento en que el error «de primer nivel» pueda afectar al **vendedor** de una obra de arte. La consecuencia será la misma: la nulidad. Eso ocurrió en un caso alemán reportado por Fleischer[123]. El **vendedor** de una pintura atribuida a Frank Duveneck[124] pidió y obtuvo la nulidad de la venta cuando el cuadro fue posteriormente identificado como de Wilhelm Leibl[125]. El

123. Fleischer, H., *op. cit.*, p. 118.
124. Frank Duveneck, retratista nacido en los Estados Unidos de familia alemana (1848-1919), pasó largas temporadas en Europa. A su regreso revolucionó la pintura tradicional estadounidense con una mayor soltura en la pincelada.
125. Wilhelm Liebl (1844-1900), pintor alemán, una de las figuras más reconocidas del naturalismo alemán, se destacó por sus retratos y escenas realistas de la vida campesina. Su obra, inicialmente influida por la pintura clásica holandesa, se vio profundamente afectada por su conocimiento de Gustave Courbet y los primeros impresionistas.

tribunal entendió que la existencia de garantías por el vendedor no se contraponía a la posterior impugnación de la compraventa por éste.

3.3. UN «SEGUNDO NIVEL»: EL ERROR COMO VICIO DEL CONTRATO

Para el derecho español, el error, el dolo y la violencia causan la nulidad del *consentimiento* prestado para celebrar *un contrato* (artículo 1265, CCiv)[126] y no ya de cualquier acto jurídico. La jurisprudencia española ha puesto en claro que el término legal de *nulidad* corresponde a la figura legal de la *anulabilidad*: una clase de invalidez contractual dirigida a proteger a quien puede alegarla. El contrato anulable es inicialmente eficaz, aunque «con una eficacia claudicante» y válido mientras no quede firme la resolución que lo declare nulo[127].

El CCF trae idéntica solución: esto es, la nulidad del contrato ante ciertos errores (artículos 1109 y ss.). Pero según el artículo 1117, «el acuerdo contraído por error, violencia o dolo, no es nulo de pleno derecho; da lugar solamente a una acción de nulidad o de rescisión…». En cambio, para el derecho español, la acción de rescisión es *subsidiaria* (artículo 1294 del CCiv).

Una situación similar ocurre bajo el artículo 1427 del CCI: el contrayente, en caso de error, dolo o violencia *puede requerir* la anulación del contrato. El plazo para ejercer esa acción está establecido en el artículo 1442 del CCI: «la acción de anulación se prescribe a los cinco años. Cuando la anulabilidad depende de un vicio del consentimiento […] el plazo corre desde el día […] en que fue descubierto el error o el dolo…».

La acción de nulidad bajo el derecho español «solo durará cuatro años», plazo que empezará a correr en los casos de error, dolo o falsedad de la causa, «desde la consumación del contrato» (artículo 1301, CCiv).

---

126. Nótese cómo el derecho español, que no reconoce la donación como un contrato, se ve necesitado de incorporar una remisión al derecho de los contratos cuando debe reglar el error en la donación.
127. Ver la Introducción, II.

Un ejemplo está dado por una sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, que anuló la compraventa de un dibujo en acuarela y tinta («*Mujer en el Tocador*», de 1909) atribuido a Juan Gris[128] *por error en el consentimiento prestado*[129], antes que por «invalidez de la cosa comprada para el fin para el que se la adquirió». (La historia de la obra en cuestión fue definida como «rocambolesca» por *El País* de Madrid, pues, adquirida en una subasta en diciembre de 1999 por varios millones de pesetas, fue dada al Museo del Prado en pago de impuestos por el administrador de Doble A Promociones, SA. El museo la declaró auténtica, para luego retractarse ante la opinión de un reconocido experto francés en la obra de Gris[130]. ¿Una cadena de errores?)

El derecho del estado de Louisiana, de origen continental, no se basa en el *common law* como el resto de los Estados Unidos. El artículo 2032 de su Código Civil dispone, con relación al error, que «la acción de anulación de un contrato absolutamente nulo no prescribe. La acción de anulación de un contrato relativamente nulo debe ser iniciada dentro de los cinco años desde el momento en que la razón de la nulidad *cesó de existir […] o fue descubierta*, como en el caso del error o el fraude»[131].

3.4. UN «TERCER NIVEL»: EL ERROR COMO INCUMPLIMIENTO ESPECÍFICO DE LAS PRESTACIONES ADEUDADAS BAJO EL CONTRATO DE COMPRAVENTA

Hasta ahora, hemos considerado el error en el contexto genérico de los vicios del consentimiento, aplicable a todos los actos jurídicos, y en el error como vicio del consentimiento contractual. En una *tercera* línea de consideraciones, analizaremos las reglas específicas en materia de

128. Juan Gris (seudónimo de José Victoriano González Pérez) (1887-1927), uno de los maestros del cubismo. Aunque español, desarrolló casi toda su carrera pictórica en Francia.
129. *In re* «Castellana Subastas Holding SA c. Doble A Promociones», SAP M 3137/2005 – ECLI:ES:APM:2005:3137 (Sentencia 181/2005).
130. Mora, M., «La conservadora jefa del Reina Sofía dio el visto bueno a un falso Juan Gris», *El País,* Madrid, 10 de febrero de 2001. Véase también *ABC,* Madrid, 11 de febrero de 2001.
131. El Código Civil de Louisiana puede ser consultado en *http://lcco.law.lsu.edu/?uid=80&ver=en#80.*

cumplimiento de las obligaciones propias de la compraventa y el efecto del error sobre ellas.

Para Messineo estas reglas *dejan de lado la teoría del error* y recurren a los mecanismos propios del contrato de compraventa para resolver las situaciones derivadas de la existencia de aquél.

Según sea la posición que se adopte (o, utilizando la terminología que venimos usando, el *nivel* al cual aplicamos la teoría del error), el error como vicio del acto jurídico o del contrato (en los dos primeros «niveles» que llamaríamos «genéricos») o sobre las reglas propias de la compraventa produce efectos diversos. Desarrollaremos este último punto en el capítulo 8.

3.5. UN «CUARTO NIVEL»: EL ERROR COMO INCUMPLIMIENTO SUBSANABLE DE LA PRESTACIÓN ESPECÍFICA BAJO EL CONTRATO DE COMPRAVENTA

Corresponde analizar también la posibilidad de que el error afecte, aunque no de manera sustancial, la prestación propia de la compraventa: esto es, la obligación de entrega de la cosa de modo tal que ese incumplimiento pueda ser subsanado a través del instituto de los vicios redhibitorios o de la posible aplicación de la acción *quanti minoris*. Ello es factible dentro del marco normativo específico de la compraventa y lo consideramos con cierta extensión en el capítulo 9.

Este tipo de error, más que calificar como tal, puede ser considerado una violación del deber de garantía del vendedor, sobre el cual pone tanto énfasis el derecho estadounidense[132].

3.6. EL CASO DEL DERECHO ANGLOSAJÓN

El derecho anglosajón, ante la falta de codificación –excepto por las normas uniformes sobre compraventa de cosas muebles sancionadas en los cincuenta estados de la unión (el UCC)– no incluye una clasificación sistemática del error comparable a la continental, pero la doctrina moderna reconoce que la presencia de ciertos vicios pueden causar la

132. Weber, M., *op. cit.*, p. 409.

nulidad, la anulabilidad o la modificación no solo de un contrato sino de cualquier acto jurídico[133].

Los principios generales no difieren, a grandes rasgos, del derecho continental[134]. Así, Calamari y Perillo[135] tratan los casos de *duress* (coerción o el equivalente de nuestra violencia), *undue influence* (condicionamiento indebido, similar a la intimidación), *misrepresentation* (que puede equivaler a nuestro dolo, en cuanto consiste en una tergiversación o falsa declaración), *mistake* (nuestro error) y *unconscionability* (asimilable a la lesión, en cuanto implica «notable desproporción en las prestaciones»). En nuestra opinión, los seis vicios del derecho continental cubren la misma superficie que los cinco identificados por los autores mencionados. Autores más antiguos, como Corbin, sólo tratan el *fraude* y el *accidente* con relación a contratos orales y el *error* como un vicio en la posible interpretación de un contrato[136].

La doctrina y la jurisprudencia son contestes en que «un contrato celebrado como consecuencia de un error sobre uno de sus elementos esenciales es nulo. *Aunque esta regla genérica es básicamente incuestionable, existe considerable dificultad en determinar si el error recae sobre una cualidad esencial del contrato o sobre una cuestión colateral, como una cualidad o característica del objeto o de las partes*»[137].

Como se observa, la nulidad como efecto del error sobre un elemento considerado esencial bajo el derecho anglosajón coincide con la solución del derecho continental. Y la doctrina es unánime en sostener que si el error ocurre por culpa del vendedor, cuando éste conocía o tenía razón para conocer su existencia, el comprador puede pedir la rescisión del contrato, aun cuando sea el único afectado por

133. Page, W. H., *The law of contracts*, The W.H. Anderson Company, 1919, 263.
134. Véase, en general, Page, William H., *The Law of Contracts*, The W.H. Anderson Company, 1919, esp. 251 («Mistake as to an essential element of the contract»), 256 («Mutuality of Mistake», 257 («Materiality of Mistake»), 261 («Mistake as to the Existence of Subject-Matter or Consideration»), 262 («Mistakes or Misunderstanding as to Identity of Subject Matter or Consideration»), etc.
135. Calamari, J. y Perillo, J., *Contracts*, West Publishing Co., 2a. ed., St. Paul, Minn., 1977, p. 261.
136. Véase en general, Corbin, A. L., *Corbin on contracts*, West Publishing Co., St. Paul, 1952.
137. Page, W. H., *op. cit.*, 251.

el error. Dice Page[138] que «un contrato celebrado sobre la base de un error acerca de uno de sus elementos esenciales es nulo. Si bien esta regla general es prácticamente incuestionable, existen considerables dificultades en determinar si un error se aplica a una característica esencial del contrato o a una cuestión accesoria, como una calidad o característica del objeto o de las partes».

Según Lerner y Bresler[139], en los Estados Unidos generalmente se aplica el artículo 2-725 del UCC para resolver los casos vinculados con el error en la compraventa de obras de arte, puesto que existe un incumplimiento del vendedor en la obligación implícita de garantía sobre la autenticidad de la cosa. Como señalamos en 3.4 y 8.5, el derecho anglosajón desplaza al error de su efecto sobre el contrato en sí para considerarlo como un vicio *de la prestación adeudada o una violación de las estipulaciones contractuales* (en este caso, la obligación implícita de garantía).

Dicen los dos primeros apartados del artículo 2-725: «(1) la demanda por incumplimiento de cualquier contrato de compraventa deberá ser iniciada dentro de los cuatro años de la fecha en que surgió el derecho a demandar. En el contrato original, las partes podrán reducir ese plazo a no menos de un año, pero no podrán extenderlo. (2) El derecho a demandar surgirá ante cualquier incumplimiento del contrato, sin perjuicio de que la parte afectada tenga conocimiento de aquel. La violación de la garantía ocurrirá cuando se efectúe la tradición de los bienes, excepto cuando se la extienda a prestaciones futuras y la determinación de esa violación deba esperar la ejecución de dichas prestaciones, en cuyo caso el derecho a demandar surgirá cuando el incumplimiento sea o debería haber sido descubierto».

Técnicamente, la demanda mencionada en el artículo 2-725 no es por nulidad ni rescisión del contrato, sino para reclamar los daños y perjuicios causados por la violación de la garantía implícita de autenticidad. (Un efecto «de tercer nivel», diríamos nosotros).

Según los autores citados, el principio del artículo 2-725 «está fundado en sólidos argumentos comerciales». En su opinión, la norma establece «una fecha de corte» a partir de la cual los comerciantes pueden

138. Page, *op. cit.*, 251.
139. Lerner, R. y Bresler, J., *op. cit.*, p. 298.

eliminar sus registros contables sin temor a posteriores demandas por incumplimiento de contrato o de la garantía.

La jurisprudencia referida a la aplicación de esta norma, en nuestra opinión, confirma que la solución pertenece al «tercer nivel» del error, puesto que, en lugar de permitir el cómputo del plazo desde que aquel fue o pudo haber sido descubierto (como ocurre con los casos de nulidad o de rescisión –errores «de primer o segundo nivel» en el derecho continental–) la jurisprudencia ha sido prácticamente unánime en sostener que el plazo corre desde la entrega de la cosa, como en cualquier contrato de compraventa.

Las referencias al derecho estadounidense deben entenderse como excluyentes del sistema que impera en el estado de Louisiana, de neta raíz continental.

IV. DEFINICIÓN DEL ERROR

4.1. INTENTOS DE DEFINICIÓN DEL ERROR

No existe una definición única del error. En términos generales significa una noción equivocada sobre la realidad o sobre una cosa en particular. Para ser jurídicamente relevante debe afectar la voluntad de quien lleva a cabo un acto jurídico o celebra un contrato (según el sistema jurídico que se aplique) o de quien incumple las prestaciones debidas bajo el contrato de compraventa, de tal modo que altere (o sea capaz de alterar o haber alterado) el contenido o los efectos de dicho acto o contrato.

4.2. LA IGNORANCIA

En términos generales, no debe confundirse la ignorancia con el error: aquélla es *la ausencia completa de nociones sobre un punto cualquiera*, mientras que el error *supone falsas nociones sobre él*. No obstante la diferencia conceptual, carece de interés desde el punto de vista jurídico, pues error e ignorancia producen los mismos efectos; aún más, «en el derecho se habla comúnmente del error porque es éste y no la ignorancia el que con más frecuencia se presenta; los casos de ignorancia propiamen-

te dicha son extremadamente raros, pero se entiende que todo lo que se dice del error se aplica igualmente a la ignorancia»[140].

Esta frase de Salvat está extraída de las notas que Vélez Sarsfield, autor del CC, tuvo la peculiar ocurrencia de introducir para explicar sus disposiciones. Así, acerca de la diferencia entre error e ignorancia, escribió: «La noción exacta de una cosa puede faltarnos, dice Savigny, ya porque no tengamos ninguna idea, o ya porque tengamos una falsa idea. En el primer caso hay ignorancia, en el segundo error. La apreciación jurídica de estos dos estados del alma es absolutamente la misma, y desde entonces es indiferente emplear una u otra expresión. Los jurisconsultos han adoptado la segunda porque, respecto a las relaciones de derecho, el error se presenta más de continuo que la simple ignorancia. Esta fraseología no ofrece ningún inconveniente desde que es entendido que todo lo que se dice del error se aplica a la ignorancia».

Nos preguntamos, sin embargo, si con relación a las obras de arte no es acaso la ignorancia la que ha de presentarse con mayor frecuencia. En el caso de la puerta de la casa palestina sobre la que Banksy pintó su graffiti, ¿pudo su propietario pensar que al venderla se desprendía de una obra de arte –asumiendo que ignorara todo sobre graffiti, *street art* o Bansksy– o, por el contrario, que era sólo una ruina rescatada entre los restos de una ciudad bombardeada? ¿Pudo acaso pensar que el objeto de la compraventa *era una obra de arte*?

El derecho estadounidense incorpora el concepto de «ignorancia consciente» y aunque aparezca atractivo, no somos partidarios de que, *de lege ferenda*, sea introducido en el derecho continental. La compilación de principios doctrinarios y jurisprudenciales estadounidenses en materia contractual conocida como el *Restatement of Contracts* dice al respecto: «*aun cuando la parte que sufre el error no haya acordado soportar el riesgo, puede haber sido consciente, al momento de celebrar el contrato, de que su conocimiento respecto de los hechos a los cuales el error está vinculado era limitado. Si no sólo estaba al tanto de que su conocimiento era limitado sino que además se obligó contractualmente a pesar de ello, debe soportar el peso del error. Se dice con frecuencia que, en cierto sentido, no hubo error sino*

140. Salvat, *loc. cit.*

"ignorancia consciente"»[141]. Ello, en nuestro sistema continental, se halla incorporado dentro de la noción de culpa.

Sobre una base similar, podría pensarse que las consecuencias jurídicas de la ignorancia o el error no deberían ser exactamente idénticas. En primer lugar, la *consciencia de la ignorancia* debería llevar a un mayor grado de diligencia a aquél susceptible de error, aun cuando no sea más que por aplicación de la noción de culpa contenida en el artículo 902 del CC («*cuanto mayor sea el deber de actuar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor será la obligación que resulte de las consecuencias posibles de los hechos*»). En segundo lugar, apoyamos la doctrina estadounidense según la cual quien es «conscientemente ignorante» no debería poder ampararse en el error «para desfacer el entuerto» que él voluntariamente ha creado.

En el caso de que la ignorancia de una de las partes contratantes lleve a la otra a explotar su «necesidad, debilidad psíquica o inexperiencia» (según la nomenclatura recién incorporada por el artículo 332, CCYC), de modo de obtener «por medio de ellos una ventaja patrimonial evidentemente desproporcionada y sin justificación» –lo que constituye el vicio de lesión bajo el derecho argentino–, dicha ignorancia permitiría demandar la nulidad del acto, *o, alternativamente, su modificación* (lo que no ocurriría en el caso de error liso y llano). Las consecuencias procesales son también diversas, pues en el caso de la lesión (a la que, como dijimos, asimilamos con la explotación de la ignorancia, mas no con el error) la nulidad reclamada por la víctima se transformará en una acción de reajuste si éste es ofrecido por el demandado al contestar la demanda (artículos 954, CC y 332 CCYC).

En descargo de Vélez Sarsfield y Salvat debemos decir que el vicio de lesión fue introducido en la legislación argentina en 1969, mucho después de que ambos asimilaran el error a la ignorancia.

141. American Law Institute, *Restatement of Contracts 2nd.,* 154, comentario «c».

V. CLASIFICACIÓN DEL ERROR

5.1. CLASES DE ERROR

El afán taxonómico que distingue, entre otros, a los juristas, ha llevado a distinguir varias clases de error. Una primera clasificación pretende diferenciar el «error propio» o «error vicio» –que implica una falla de conocimiento, una discordancia entre un dato determinado de la realidad y la representación mental que de ese dato tenía el sujeto al realizar un acto jurídicamente relevante– del «error impropio» o «error obstativo». El primero es seguramente el más común en materia de obras de arte. El caso de la obra de Banksy puede constituir un ejemplo adecuado de error propio: mientras el vendedor considera que la puerta de su casa ha sido desfigurada por un vándalo, el comprador sabe que se trata de una verdadera obra de arte y con un elevado valor de mercado (aunque, como dijimos, lo consideramos más un caso de ignorancia que de error).

En el caso del error impropio u obstativo, se produce una falta de armonía o de concordancia entre la declaración de voluntad de un sujeto y lo que efectivamente intentaba declarar. Aquí el error ocurre cuando la voluntad se transmite o se declara[142]. El vendedor ofrece en venta una pintura del argentino Raúl Russo[143] pero por error la identifica en su catálogo como obra del venezolano Octavio Russo[144] o del italiano Nicolás Russo,[145] u ocurre lo mencionado en el proemio con los dos Madrazo, padre e hijo: mientras el vendedor quiere ofrecer el uno, menciona al otro. *Debe recalcarse este aspecto: no hay confusión en la identificación del artista, sino error en la transmisión de la voluntad del vendedor*[146].

142. En la jurisprudencia argentina, véase «De Rueda c. Jumbo Retail Argentina», CNCiv (A), 2009; registro 60689/2006. El error impropio corresponde al identificado en el artículo 1433 del CCI.
143. Pintor argentino, nacido en Buenos Aires en 1912 y muerto en París, donde residía desde 1976, en 1984.
144. Dibujante y pintor nacido en 1949 en Monagas, Venezuela.
145. Nacido en Sicilia en 1894 y muerto en la Argentina en 1960.
146. Franceschini, P., «Errore contrattuale», *Altalexpedia,* 21 abril 2012.

5.2. ERROR «IN NEGOTIO» Y ERROR «IN PERSONA»

La doctrina ha identificado el error *in negotio,* que ocurre cuando el sujeto quiso llevar a cabo un acto distinto del concretado, pues el consentimiento de los contratantes no ha coincidido en un mismo negocio, por lo que éste resulta inexistente. Por lo general se lo asimila al error propio. Un ejemplo podría estar dado por quien confunde la donación de una obra de arte por una cesión en comodato. El error anterior se contrapone al llamado error *in persona* y al error sobre el objeto. El error relativo a la persona puede recaer tanto sobre la identidad del contratante (error *in persona* propiamente dicho) o sobre sus cualidades (*qualitas personarum*). Como veremos, este tipo de error sólo invalida el acto cuando la identidad o cualidad del co-contratante es determinante para otorgar el consentimiento. En el caso de un contrato para realizar un retrato o un mural, la identidad, las cualidades, la experiencia y la pericia del obligado resultan determinantes en la realización del negocio. Ejemplo del error *in persona* propiamente dicho es el mencionado por Arnau Moya: «creemos estar contratando con Dalí pintor famoso y luego resulta ser un sobrino de su mismo nombre y apellido»[147].

5.3. ERROR EN EL OBJETO

El error en el objeto puede asimilarse al error *in corpore*, que recae sobre la identidad del objeto del negocio. Un ejemplo adecuado sería el de quien interpreta el interés en comprar una obra indeterminada de Picasso con la intención de adquirir una obra en particular del mismo artista. Los errores en el objeto incluyen también el error *in substantia* y el referido a la *qualitas rerum*. El primero recae sobre la materia que compone el objeto (una versión de la misma obra sobre tela o sobre papel, por ejemplo) mientras que el segundo se refiere a las cualidades del objeto. No es fácil distinguir uno de otro, aunque en el error *in qualitate rerum* los aspectos subjetivos son más relevantes que en el error *in subsantia*. Ejemplo del primero es el de Arnau Moya: «alguien compra un cuadro creyendo que era de Goya y en realidad es de otro pintor contemporáneo»[148]; del segundo el de quien quiere

147. Arnau Moya, F., «Los vicios de los elementos del contrato», *Lecciones de derecho civil II-Obligaciones y contratos*, 2008-2009, p. 29, Universitat Jaume I, *www.uji.es.*
148. Arnau Moya, F., *loc. cit.*

comprar una obra de una misma serie (como una *Vasija* de Juan José Cambre[149]) pero de una medida determinada.

5.4. ERROR SOBRE EL VALOR DEL OBJETO

Finalmente, cabe referirse al error de quien ofrece algo de un valor notablemente superior al precio solicitado o acepta un valor notablemente inferior al verdadero. No consiste en un simple error de cálculo, que podría evitarse con la debida diligencia, sino de un error referido a la *calidad* del objeto, que como constituye un elemento fundamental del negocio jurídico, reúne los requisitos del error. Éste es el punto de vista receptado tanto por la jurisprudencia francesa como italiana. La primera tuvo ocasión de expresarse con relación a «*Œil Fleuri*», obra vendida en subasta en Francia y presentada en el catálogo de modo que hacía pensar que estaba atribuida a Salvador Dalí[150]. Cuando el comprador no pudo exponerla en una muestra «porque no pertenecía a la mano del maestro», solicitó la nulidad de la compra, que le fue otorgada. La Corte de Casación dijo que «si bien no se deja de afirmar que el error sobre el valor no es causal de nulidad, se admite generalmente que lo es cuando es consecuencia de un error sustancial. El error sobre las calidades sustanciales puede implicar un error sobre el valor, cuestión no irrelevante en materia de obras de arte. Es así por cuanto la obra de arte es, por sobre todas las cosas, un bien cuyo valor de mercado depende, esencialmente, de la calificación del artista a quien se le atribuye»[151].

Y la Corte de Casación italiana, en el caso *della Quercia* (descripto en 8.9) en el que los vendedores tacharon de nulidad la venta de una escultura de autor anónimo que luego se atribuyó a Jacopo della Quercia[152], dijo, al revocar la sentencia de la instancia inferior, que «el tribunal de distrito no indicó ningún elemento susceptible de de-

149. Pintor argentino, nacido en 1948, que entre 1989 y 1998 utilizó vasijas como elemento temático de sus obras.
150. Eximio pintor, dibujante y escultor español (1904-1989) cuya temática onírica lo convierte en un artista inclasificable dentro del surrealismo.
151. Corte de Casación, Sec. Civil 1ª, 24 de septiembre de 2008.
152. Jacopo di Pietro d'Agnolo della Quercia, escultor nativo de Siena (1374-1438), precursor de Miguel Ángel y uno de los más notables artistas del *Quattrocento* italiano. Su obra busca una síntesis entre la escultura barroca y la renacentista. Trabajó en madera, mármol y bronce.

mostrar el fundamento del axioma, implícito en sus proposiciones, según el cual la entidad del precio pactado en la compraventa daría testimonio de que ella fue concluida sobre la presunción de la posible paternidad de la escultura negociada a un autor diverso [del identificado]». La Corte consideró infundadas las aseveraciones de la sentencia revocada acerca de que el precio pactado «reflejaba el valor de la escultura en relación a las condiciones [físicas] objetivas en las que ella se encontraba y que incluían la posible atribución a Jacopo della Quercia». En otras palabras, el precio pagado no sirvió de índice suficiente para determinar qué calidades del objeto habían sido tenidas en cuenta para celebrar el contrato.

En un caso de 1995, la Corte de Casación francesa entendió que, a menos que lo convirtiera en irrisorio, el error sobre el precio era excusable: se trató de la compra a la Sociedad Cartier de una alhaja con un rubí y cincuenta y seis brillantes, cuya etiqueta indicaba 101.556 francos. El comprador obtuvo una rebaja de 1556 francos por lo que pagó sólo cien mil. Pero luego Cartier demandó por nulidad con el argumento de que hubo un error en el etiquetado, pues el precio real era de más de 400.000 francos. La Corte entendió que la diferencia entre el precio estipulado y el precio justo no tenía efectos sobre la validez de la venta; que el riesgo de etiquetado corría por cuenta del vendedor y que el comprador tuvo derecho a pensar que el precio solicitado correspondía al valor real de la cosa[153].

VI. REQUISITOS DEL ERROR

6.1. LOS REQUISITOS DEL ERROR EN PARTICULAR

La mayoría de las legislaciones de origen continental contiene una definición del error cuando es susceptible de afectar la validez del contrato. Por lo general se exigen tres requisitos para ello: que el error sea esencial, excusable y espontáneo.

Es error es *esencial* cuando recae sobre la naturaleza del acto, sobre un bien o un hecho diverso o de distinta especie que el que se pretendió

153. Corte de Casación, Secc. Civ. 1ª, 4 de julio de 1995. Véase Jannot, «Les vices du consentement», *Fiches pedagogiques virtuelles*, 29 de noviembre de 2011; Facultad de Derecho Virtual, Universidad de Lyon 3.

designar, o una calidad, extensión o suma diversa a la querida, sobre la cualidad sustancial del bien que haya sido determinante de la voluntad jurídica según la apreciación común o las circunstancias del caso, sobre los motivos personales relevantes que hayan sido incorporados expresa o tácitamente o la persona con la cual se celebró o a la cual se refiere el acto si ella fue determinante para su celebración.

Para ser *esencial* el error debe recaer sobre un aspecto del contrato que haya sido decisivo para que éste se llevara a cabo. Por ello varias legislaciones distinguen entre el error esencial y el accidental. Por lo general, el primero es causal de nulidad; el segundo no tiene consecuencia alguna sobre la validez del acto.

Bajo el derecho argentino, el error era esencial sólo en los cinco casos que el CC establecía[154] (de los que nos parecían significativos solo cuatro, pues el error sobre la naturaleza del acto jurídico era irrelevante, ya que, por definición, siempre se trataba de una compraventa) y en los cinco que ahora establece el artículo 267 del CCYC, notablemente distintos de los anteriores: (1) el error sobre la naturaleza del acto; (2) sobre un bien o un hecho diverso o de distinta especie que el que se pretendió designar o una calidad, extensión o suma diversa a la querida, (3) sobre la cualidad sustancial del bien que haya sido determinante de la voluntad jurídica según la apreciación común o las circunstancias del caso, (4) sobre los motivos personales relevantes incorporados expresa o tácitamente o (5) sobre la persona con la cual se celebró o a la cual se refiere el acto si ella fue determinante para su celebración. También ahora nos parece irrelevante el error sobre la naturaleza del acto, toda vez que nos estamos refiriendo, por definición, a la compraventa. Pero si «el error sobre la persona con la cual se forma la relación de derecho», podía parecer irrelevante cuando no se trataba de un contrato con un artista determinado (véase 6.2), ahora, al incluirse también «a la persona a la que se refiere el acto si ella fue determinante para su celebración»

154. El error sobre la naturaleza del acto jurídico, el relativo a la persona con la cual se forma la relación de derecho, sobre la causa principal del acto o sobre la cualidad de la cosa que se ha tenido en mira, el error respecto al objeto sobre el que versare, habiéndose contratado una cosa individualmente diversa de aquella sobre la cual se quería contratar o sobre una cosa de diversa especie, o sobre una diversa cantidad, extensión o suma o sobre un diverso hecho (artículos 924 al 927, CC).

el concepto alcanza, a nuestro parecer, *a la identidad del autor de la obra de arte*, lo que antes no ocurría.

Según el artículo 1046 del CC, «[Eran] anulables los actos jurídicos […] cuando tuviesen el vicio de error, violencia, fraude o simulación…». Bajo el CCYC, el artículo 265 establece que «El error de hecho esencial vicia la voluntad y causa la nulidad del acto…».

Algo similar ocurre bajo el CCiv, cuando dispone que «para que el error invalide el consentimiento, deberá recaer sobre la sustancia de la cosa que fuere objeto del contrato, o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubiesen dado motivo a celebrarlo. El error sobre la persona sólo invalidará el contrato cuando la consideración a ella hubiere sido la causa principal del mismo» (artículo 1266).

Como explicamos en 6.8, la jurisprudencia española ha dejado en claro que el error al que se refiere el artículo 1266 debe reunir dos recaudos fundamentales: ser esencial –debido a la carencia de alguna de las condiciones que se atribuyen a la cosa, principalmente la que motivó la celebración del negocio– y ser excusable; esto es, que no sea imputable a quien lo padece y que no haya podido ser evitado mediante una diligencia media o regular[155].

El artículo 1266 del CCiv establece que «*para que el error invalide el consentimiento, deberá recaer sobre la sustancia de la cosa que fuere objeto del contrato, o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubiesen dado motivo a celebrarlo. El error sobre la persona sólo invalidará el contrato cuando la consideración a ella hubiere sido la causa principal del mismo.* […]».

El CCF incluye una única referencia al error en su artículo 1110: «*el error sólo será causa de nulidad del contrato cuando recaiga sobre la sustancia misma de la cosa que constituya su objeto. No será tampoco causa de nulidad, cuando sólo recaiga sobre la persona con la cual se tenía intención de contratar, a menos que la consideración hacia dicha persona fuera la causa principal del contrato*». A pesar de (o quizás, gracias a) lo escueto de la referencia al error en el CCF, referida únicamente a la *sustancia* y a la *persona*, la doctrina ha elaborado algunas teorías que afinan el sentido de la norma. Así, al

155. Audiencia Provincial de Madrid, Sec. 10, recurso 650/2005; resolución 247/2006 (ECLI:ES:APM:2006:4042).

analizarse la noción de error sobre la *sustancia*, se distingue entre dos concepciones distintas: una objetiva y la otra subjetiva.

Para la noción objetiva, la sustancia se entiende en su sentido más corriente: la materia física de la que está compuesta la cosa objeto del contrato, su composición material. El ejemplo clásico del contrato celebrado por error lo brinda Pothier: quien compra candelabros creyéndolos de plata cuando en realidad son de metal plateado. Pero, según la doctrina, obtener la nulidad de un contrato bajo semejante premisa es excepcional.

La noción subjetiva, en cambio (y «que goza de la preferencia de la jurisprudencia»[156]) atiende a la cualidad sustancial; es decir, siguiendo una fórmula que también pertenece a Pothier, a la calidad de la cosa tenida en vista por las partes. Más precisamente, se dice que esa calidad determinó el consentimiento de una de las partes, de modo tal que jamás se habría comprometido bajo el contrato si ella no hubiera existido. Se trata de la calidad sustancial esencial, propia del objeto, que le dan su individualidad. Si falta esa calidad, el contrato puede ser anulado bajo el artículo 1110 del CCF.

Para el CCI, «el error es causa de anulación del contrato cuando es *esencial* y *reconocible* por el otro contrayente» (artículo 1428). En particular, cuando de obras de arte se trata, dice la jurisprudencia, «el error de uno o ambos contratantes sobre la autenticidad de la obra y sobre la efectiva identidad de su autor puede dar lugar a la caducidad [*sic*] del contrato en el sentido del artículo 1428 del CCI, porque implica que éste debe entenderse concluido por efecto de una *falsa representación de la identidad y de las cualidades esenciales del objeto en cuestión, por parte de una o ambas partes, al momento de la estipulación del acuerdo*[157]».

Para el artículo 1429 del CCI el error es *esencial* «cuando recae sobre la naturaleza o sobre el objeto del contrato, o sobre la identidad del objeto de la prestación o sobre una cualidad del mismo que, según la apreciación común o en relación a las circunstancias, debe considerarse determinante del consentimiento; o sobre la identidad o las calidades de la persona del otro contratante, siempre que una o las otras hayan sido

156. Lucas-Dubourg, O., «Erreur sur l'authenticité: quand la mention "restauration" cache une transformation du meuble», *Jurisdixit,* 30 de diciembre de 2008.
157. Corte de Casación, Sección Civil, 2ª, 2 de febrero de 1998, Nº 985.

determinantes del consentimiento o cuando, tratándose de un error de derecho, haya sido la razón única o principal del contrato». No es esencial, por ejemplo, el error sobre el valor de la cosa transferida a los fines de la invalidez del contrato, «excepto cuando sea consecuencia de un error sobre una cualidad esencial de dicha cosa»[158].

El error es *reconocible* cuando el destinatario de la oferta lo pudo conocer según la naturaleza del acto, las circunstancias de persona, tiempo y lugar. Para el derecho italiano, es reconocible cuando, con relación al contenido, a las circunstancias del contrato o a la calidad de los contrayentes, una persona de normal diligencia habría podido identificarlo (artículo 1431 del CCI). En este punto, la jurisprudencia se ha preocupado por destacar que «la *excusabilidad* del error que vició la voluntad de uno de los contratantes al momento de la conclusión del contrato es irrelevante a los fines de la acción de anulación, debiéndose prestar atención, en cambio, a la *reconocibilidad* del error por parte del otro contratante»[159].

La introducción de la *reconocibilidad* (en lugar de la excusabilidad) en la legislación italiana «fue una profunda innovación frente a lo que disponía el código anterior […]. La normativa sobre el error, originariamente dirigida a tutelar al sujeto que emitió la declaración errada ahora, por el contrario, tiende a verificar el comportamiento de quien la recibe»[160].

Nótese la similitud de la legislación italiana de 1942 con el nuevo CCYC argentino: del juego de sus artículos 265, 266 y 267, el error susceptible de causar la nulidad, como en el caso italiano, ahora debe ser *esencial* y *reconocible* para el destinatario de la oferta.

Bajo otros sistemas jurídicos, aun cuando se omite identificar explícitamente los elementos constitutivos del error, se establece cuándo tiene entidad suficiente para anular el contrato. Véase, por ejemplo, el artículo 247 del Código Civil de Portugal: «Cuando, en virtud del error, la voluntad declarada no corresponda a la voluntad real del autor [de una oferta], la declaración negocial es anulable, desde que quien la recibe [el "*declaratário*" en el derecho portugués] conociese o no debiese

158. Corte de Casación, *Id.*; sentencias del 25 de marzo de 1996, Sección Civil 2ª, Nº 2635 y del 21 de junio de 1996, Sección Civil 1ª, Nº 5773.
159. Corte de Casación, *id.*
160. Goltara, E., «Riconoscibilità dell'errore nella conclusione del contratto e interpretazione evolutiva del concetto di scusabilità», *Ventiquattrore Avvocato Contratti*, 1/12/2006.

ignorar la esencialidad, para el declarante, del elemento sobre el que incide el error».

Y el artículo 251 establece que el error que ataña a los motivos determinantes de la voluntad, que se refiera a la persona del «*declaratário*» o al objeto del negocio, convierte a éste en anulable en los términos del artículo 247. Según el 252, «el error que recaiga sobre los motivos determinantes de la voluntad, pero que no se refiera a la persona del "*declaratário*" ni al objeto del negocio, sólo es causa de anulación si las partes hubieran reconocido, en su acuerdo, la esencialidad del motivo. Si, no obstante, recayeran sobre las circunstancias que constituyen la base del negocio, es aplicable al error del declarante lo dispuesto sobre la resolución o modificación del contrato por alteración de las circunstancias vigentes en el momento en que el negocio fue concluido».

La definición de error esencial del artículo 24 del Código Suizo de las Obligaciones resulta ilustrativa: «el error es esencial especialmente: 1. Cuando la parte que se prevalece de su propio error entendió celebrar un contrato distinto de aquél al que prestó su consentimiento; 2. Cuando tuvo en vista otra cosa que aquella que constituyó el objeto del contrato […] 3. Cuando la prestación prometida por el contratante que se prevale de su error es notablemente más extensa o la contraprestación es notablemente menor a la que deseaba en realidad; 4. Cuando el error recae sobre hechos que la lealtad comercial permitiría considerar, a quien se prevale de su error, como elementos necesarios del contrato. El error que concierne únicamente a los motivos del contrato no es esencial».

Bajo el derecho del estado de Louisiana, «un contrato puede ser invalidado por error unilateral acerca de un hecho que fue la causa principal de la celebración del contrato, si la otra parte sabía o debería haber sabido que lo era. El error sobre la naturaleza u objeto del contrato puede referirse tanto a la sustancia como al objeto del acuerdo entre las partes, o a una calidad sustancial del objeto o a alguna otra calidad del objeto si esa fue la principal razón para la celebración del contrato»[161].

161. *In re* «Voitier v. Antique Art Gallery», Court of Appeals of Louisiana, Third circuit, 1988 (524 *So. 2d.,* 80) La. Ct. App. 1988). Véase 6.3 para más detalles del caso.

6.2. EL ERROR ESENCIAL RELATIVO A LA PERSONA

El artículo 925 del CC sobre el error relativo *a la persona* dice «Es […] error esencial y anula el acto jurídico, el relativo a la persona con la cual se forma la relación de derecho». En la nota respectiva, Vélez Sársfield introduce un ejemplo vinculado con el arte: «Si yo […] quiero encomendar una obra a un artista determinado y otro se da –"*se hace pasar*", diríamos hoy– por el artista que busco, en ese caso hay una declaración de voluntad sin intención. Muchos autores han querido restringir el principio a los ejemplos puestos u otros semejantes, *y no invalidar el acto cuando la sustitución de las personas no compromete ningún interés*». Claramente, en el caso del arte, *la identidad del artista es esencial*, tanto cuando el contrato previsto se trate de una locación de obra como de una compraventa.

Salvat[162] también usa el arte como ejemplo de un error de este tipo: «*el encargo de una obra de arte a una persona a quien erróneamente se toma por un artista determinado; es evidente que la persona con quien se contrata es en estos casos una condición esencial del contrato […] por suponérsele una competencia especial*».

La entrega de una pintura hecha por un artista que no es el deseado, en nuestra opinión, no constituye un error sobre la persona del pintor, sino sobre el objeto del contrato. Por eso, la nueva formulación del CCYC («error sobre la persona con la cual se celebró *o a la cual se refiere el acto si ella fue determinante para su celebración*») resulta más abarcativa, pues en nuestra opinión, *incluye al autor de la obra de arte*.

6.3. EL ERROR ESENCIAL SOBRE LA CUALIDAD SUSTANCIAL DE LA COSA

Al analizar los artículos 926 del CC referido al error «sobre la cualidad de la cosa que se ha tenido en mira» y 267 (c) del CCYC «sobre la cualidad sustancial del bien que haya sido determinante de la voluntad según la apreciación común o las circunstancias del caso», no debe dejarse de lado que ese error *puede operar en detrimento tanto del* ***comprador*** *(que adquirió una obra que a la postre resultó falsa) como del* ***vendedor*** *que se desprendió de una obra de arte a un precio irrisorio.*

162. Salvat, *op. cit.*, p. 528.

Vélez ilustra las distintas situaciones planteadas bajo el artículo 926 del CC con ejemplos vinculados con el arte: «¿Cómo se distinguirá, pregunta Marcadé[163], la causa principal del acto, las calidades principales o sustanciales de la cosa, de las causas accidentales y de las calidades puramente accesorias? La línea de demarcación es indispensable. Nosotros entendemos, agrega, por causa principal del acto, el motivo, el objeto que nos propusimos en el acto, haciéndolo conocer a la otra parte; y por cualidad sustancial de la cosa, toda cualidad que no siendo susceptible de más o menos, coloca al objeto en tal especie o en tal otra especie, según que esta calidad existe o no existe. Así, *si he querido adquirir un cuadro de Rafael y se me da una copia, hay un error en la causa principal del acto y en la calidad principal de la cosa. Si mi voluntad era conocida por el que debía darme el cuadro, y él también se engañaba sobre la copia que me entregaba, hay un error de hecho que anula la expresión de la voluntad de ambos, porque era implícita la condición "si el cuadro era de Rafael". Pero si el que me entregaba el cuadro, conociendo mi voluntad, sabía que no era de Rafael, no hay error verdaderamente, sino dolo, superior en sus efectos al error, y yo puedo revocar el acto como hecho por dolo. Pero si el que me da el cuadro me declara francamente que no conoce el autor, y sin embargo lo acepto, es claro que no podré anular el acto por mi error*».

Del párrafo citado se derivan varias hipótesis, según Alferillo[164]:

(1) el error de ambas partes, que a su vez presenta dos alternativas:

(a) *el error común*, cuando ambos contratantes han incurrido en el mismo error, por lo que ninguno podrá reconocer el error del otro, pero que genera la anulabilidad del acto si el error es esencial y excusable. Citando a Pietrobon[165], menciona el caso de quienes, «creyendo concluir una compraventa de una antigüedad del S. XV, resulta de diligencias posteriores pertenecer al S. XI. La calidad erróneamente atribuida resultaba esencial para la compradora, coleccionista de antigüedades del S. XV; a la vez, la vendedora coleccionista aficionada al S. XI no habría llevado a cabo el negocio de haber conocido la realidad de los hechos».

163. Marcadé, N. V., *Comentario al Código Civil Francés*, nota al art. 1110.
164. Alferillo, P. E., «La reconocibilidad del error en el Código Civil», *Boletín de la Facultad de Derecho y C. Sociales,* Universidad Nacional de Córdoba, 40-41:223-235, enero 1976-diciembre 1977.
165. Pietrobon, V., *L'errore nella dottrina del negozio giuridico*, ap. III, p. 392, Madrid, 1879, *cit.* por Alferillo, *loc. cit.*

No nos hallamos ante dos errores esenciales, sino ante una figura completamente distinta. […] *El error será anulable por error común, cuando era esencial, excusable y, por ende, no reconocible;*

(b) *el error bilateral*, resultante de la suma de hechos unilaterales. Ambas partes incurren en el mismo error, al que llegan en forma independiente, sin que exista elemento intersubjetivo en la formación de sus respectivas voluntades. La falsa representación será determinante para una de las partes, por lo que no existirá error común sino bilateral, cuya relevancia deberá ser enjuiciada a la luz de las normas del error unilateral –esto es, deberá ser determinante de la voluntad, esencial y excusable–. Pero, ante el absurdo de que el acto sea anulable para una parte y válido para la otra, y la posibilidad para una de ellas y no para la otra de pedir la nulidad del contrato, *se exige la reconocibilidad del error para esta última.*

(2) el error conocido sólo por una de las partes y no manifestado. MARCADÉ considera el acto revocable, como hecho por dolo (ver 6.13).

(3) el error y falta de garantía por la contraparte: esto es, «cuando la voluntad de la parte que emite la declaración es dada a conocer a la contraparte y ésta no garantiza el objeto del negocio. El negocio celebrado en estas circunstancias *no es susceptible de ser anulado por el error del declarante, a menos que la calidad erróneamente atribuida a la cosa hubiese sido expresamente garantizada por la otra parte* (artículo 928, CC)». (Véase el capítulo 9 sobre este punto).

Para la jurisprudencia argentina[166], cuando se demanda la nulidad de una compraventa de una obra de arte por el vicio de error «sobre la cualidad sustancial de la cosa que se ha tenido en mira», «*el análisis ha de comenzar necesariamente por* […] *la identificación y caracteres de aquello que fuera objeto del negocio, porque, en caso de no acreditarse terminantemente una discordancia entre lo que se adquirió y lo que se creyó adquirir no se justificaría ingresar en el examen de otros temas como, por ejemplo, lo atinente a la excusabilidad o inexcusabilidad del error…*». En el mismo sentido se ha expresado la jurisprudencia española, cuando absolvió al vendedor de una obra de Anglada Camarasa aparentemente falsa ante el pedido de nulidad efec-

166. «De Koenigsberg, N. c. de Fourvel Rigolleau, I», CNCiv (E), 1981; *LL* 1981-C:162.

tuado por el ***comprador*** debido a «la falta de prueba de la inautenticidad de la obra pictórica»[167].

En otro caso similar, los jueces argentinos han sido clarísimos al respecto: «*tratándose de la adquisición de una obra de arte con intención de que sea la original y no siendo esta así, estamos en una equivocación o error esencial. El acto realizado por el actor* (sic) *es distinto del que él mismo ha querido efectuar, por lo cual hay un obstáculo a la intención, que constituye… uno de los elementos internos necesarios del acto voluntario*»[168]. El tribunal sostuvo que era «una cualidad esencial» que una obra de arte fuera del autor a quien se la atribuye[169].

Según Fleischer[170], para la jurisprudencia y doctrina alemanas rige idéntico principio: «en Alemania, todos los estudiantes de derecho aprenden que el *Reichsgericht*[171] consideraba la verdadera proveniencia de un objeto artístico o cultural como una característica esencial del negocio y que la Corte Federal de Justicia adhirió a la misma solución en 1988», en ambos casos sobre la base del artículo 119 del Código Civil alemán: «*La persona que, al dar su consentimiento, yerra acerca de su contenido o no tuvo intención de efectuar una declaración con semejante contenido puede anularlo si se presume que no lo hubiera hecho de haber conocido la realidad y con razonable comprensión de las cosas. El error sobre las características de una persona o cosa habitualmente consideradas esenciales se considera un error sobre el contenido de la oferta*».

Lo mismo ocurre bajo el derecho del estado de Louisiana, de raíz continental. Ello queda demostrado por el caso *Inness*: en junio de 1982 Fred Rotondaro compró a David Harrison una pintura («*Wooden far-*

167. STS del 2 de septiembre de 1998 (Sala Civil, Nº 783) (RJ 1998, 7546).
168. Si bien la frase está extraída de la sentencia recaída en «FHP c. Banco de la Ciudad de Buenos Aires» en 2014 (caso mencionado en la nota siguiente), reconoce su origen en una cita textual de una sentencia anterior, de 1977 *in re* «Cascelli, M. c. Vea Murguía de Ibarra, J.» CNCiv (D), 1977, L. 217472.
169. «FHP c. Banco de la Ciudad de Buenos Aires», Juzgado Civil 17, Buenos Aires (2014).
170. Fleischer, H., «El error del vendedor sobre las cualidades que aumentan el valor de la cosa vendida a la luz del derecho comparado», traducido del alemán (con algunos defectos) por Salgado Ramírez, C., *Revista de Derecho Privado* 19:111 a 134 (2010).
171. El Tribunal del Imperio, que ofició de corte superior de justicia de Alemania durante el imperio, desde 1879 hasta 1945.

mland glade»), ofrecida como original de George Inness[172]. Antes de comprarla, Rotondaro obtuvo de Harrison un certificado de autenticidad. Luego envió la obra a una subasta de Morton's, una firma de Nueva Orleans, donde fue adquirida por Robert Voirier. Al recibirla, Voirier notó que faltaba el certificado que debía acompañar la obra. Cuando la hizo certificar por un experto, éste dictaminó que era falsa. Cuando sus reclamos fracasaron, ***el comprador*** inició pleito. Los demandados argumentaron que la acción era por vicios redhibitorios [una solución «de tercer nivel», diríamos nosotros], por lo que el plazo de prescripción era breve (un año después de la venta) y ya se había agotado. Los jueces, en cambio, entendieron que se trataba de una demanda de rescisión contractual basada en el error unilateral del comprador (cuyo plazo de prescripción era de diez años). Como el error fue considerado esencial por afectar la causa principal del contrato, éste fue rescindido. Rotondaro fue obligado a devolver el precio recibido, reintegrar los gastos de la subasta pagados por Voirier e indemnizar a éste por el daño moral («*mental anguish*»), sufrido como consecuencia de la «falta de gratificación intelectual» motivo del contrato. Ni Harrison ni Morton fueron condenados.

Fleischer aporta varios casos europeos en los que el error recayó en el ***vendedor***. El primero fue resuelto por el *Reichsgericht* en 1929: el demandante vendió dos jarrones chinos por 390 marcos. El nuevo propietario los vendió luego en Holanda por 15.000 florines. Allí los compró el Kensington Museum de Londres por 200.000 marcos como jarrones originales de la dinastía Ming. Cuando se enteró, el vendedor impugnó el contrato y los tribunales alemanes le dieron la razón[173]. Un segundo ejemplo es el caso *Poussin II*, resuelto por la Corte de Casación francesa en 2003[174]. En marzo de 1986, la ***vendedora*** hizo investigar y tasar y luego vendió en una subasta en 1.600.000 francos una obra descripta (a instancias del experto consultado) como «Escuela de Nicolás Poussin, *La huida a Egipto*, óleo sobre tela», que tenía una base de sólo 100.000

172. Paisajista estadounidense (1825-1894). Influenciado inicialmente por los pintores clásicos, luego adoptó los cánones de la escuela de Barbizon. Sus paisajes de la madurez incluyeron numerosas influencias espirituales derivadas de Swedenborg.
173. Fleischer, *op. cit.*, 114.
174. Corte de Casación, Sec. Civ. 1, 17 de septiembre de 2003, en: *http://legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT0000007049776&date.*

francos. En 1994 (¡ocho años más tarde!), y a consecuencia de nuevos estudios, el vendedor sospechó que la obra era, efectivamente, de Poussin. Una pericia confirmó la sospecha y valuó la obra entre 45 y 60 millones de francos. La vendedora solicitó la nulidad de la venta. La Cámara de Apelaciones y la Corte de Casación sostuvieron que la modestia de la base inicial y del precio de reserva confirmaban que la vendedora tenía la certeza de que el cuadro no era del artista que ella había permitido que se mencionara al poner la obra a la venta.

En un tercer caso, ya citado[175], sobre el error del ***vendedor*** al desprenderse de una obra de Leibl cuando en realidad creía vender una pintura de Duveneck, el tribunal federal alemán sostuvo que *la autoría de una pintura tiene que ser considerada una calidad esencial.*

A los casos que menciona Fleischer agregamos nosotros el caso *della Quercia* (del que daremos una reseña completa en 8.9), donde la Corte de Casación italiana sostuvo que «en materia de venta de obras de arte, el error de uno o de ambos contrayentes acerca de la autenticidad de la obra negociada y sobre la efectiva identidad del autor respectivo puede, sin duda, dar lugar a cuanto dispone el artículo 1428 del CCI sobre la caducidad del contrato, porque éste fue celebrado por efecto de una falsa representación de la identidad y de las calidades esenciales del objeto en cuestión por parte de una o de las dos partes al momento de la estipulación del acuerdo»[176].

La jurisprudencia francesa ha adoptado idéntica posición: la autenticidad de una obra de arte es una calidad esencial de la cosa. A instancias del ***comprador***, tanto en los casos *Cassatt*[177] como *Spoerri*[178] se ordenó dictar nueva sentencia si los antecedentes permitían soste-

175. Ver 3.1.

176. Corte de Casación, Sec. Civil 2ª, 2 de febrero de 1998, n. 985; véase Campagnolo, R., «L'errore sull'identità dell'autore nella negoziazione di opere d'arte», *Responsabilità civile e previdenza*, Giuffrè, LXV:4/5, 2000.

177. Corte de Casación, Sec. Civil 1a., 13 de enero de 1998. Mary Cassatt fue una artista estadounidense (1844-1926), alumna de Pissarro en París, influenciada por los impresionistas.

178. Corte de Casación, Sec. Civil 1a., 5 de febrero de 2002. Daniel Spoerri (seudónimo de Daniel Isaac Feinstein), artista y escritor nacido en Rumanía en 1930 pero naturalizado en Suiza es considerado uno de los más destacados representantes de la vanguardia del S. XX, conocido por sus *snare pictures* o ensamblajes de objetos cotidianos y su invención de los «múltiples».

ner que el consentimiento del comprador había estado viciado por una convicción errónea y excusable sobre la autenticidad de la obra en cuestión. En el caso *Sesostris III* («un embrollo faraónico», según la prensa[179]) se consideró que el error esencial podía también recaer sobre el período histórico (a falta de conocimiento de la identidad del artista) al cual se había atribuido la obra[180]. El matrimonio Pinault demandó a la casa Drouot por nulidad de la compra de una estatuilla de ese faraón por cuanto era de fecha posterior a la anunciada en el catálogo de la subasta (el cual, a su vez, había omitido la referencia a varias objeciones sobre la autenticidad de la obra). Luego de diez años de pleito, la justicia falló a favor de los compradores (que la habían adquirido para ser donada al Louvre), quienes obtuvieron la devolución del millón de euros pagado por la pieza.

El caso *Sesostris II* sigue los pasos del caso *Dufour* de 2007. Un matrimonio adquirió en una subasta un mueble descripto en los siguientes términos: «mesa escritorio con marquetería Boulle […] Estampillada C.I. Dufour y J.M.E., época Luis XVI (accidentes y restauraciones)». Estimada entre 60.000 y 80.000 euros, la mesa se pagó más de un millón doscientos mil euros. Pero los compradores descubrieron que el mueble había sido «transformado» (y no simplemente «restaurado») en el S. XIX con la inserción de ciertas piezas fabricadas en ese momento y demandaron por nulidad. Aunque la demanda fue rechazada en primera y segunda instancia, la Corte de Casación entendió que se habían dejado de lado las previsiones del artículo 1110 del CCF, «por cuanto se constató que las menciones del catálogo, por su insuficiencia, no estaban de acuerdo con la realidad y habían provocado la convicción errónea y excusable de los adquirentes de que, si bien reparado y "accidentado", el mueble no había sufrido transformaciones posteriores a la época Luis XVI»[181]. La doctrina se preguntó, al

179. Noce, V., «Sesostris III: la vente du faux enfin annulée», *Libération*, 28 de enero de 2009. Por el artículo mencionado, en octubre de 2010, Noce fue condenado por difamación contra el egiptólogo Slitine, empleado de Drouot; ver Groupe de Recherche Européen pour l'Archéologie au Levant, *Affaire Sesostris III: épilogue?*; Miserey, Y., «La polémique sur une statue de Sesostris III se poursuit», *Le Figaro*, 2 de marzo de 2009.
180. Corte de Casación, Sec. Civil 1ª, 27 de febrero de 2007.
181. Corte de Casación, Sec. Civil 1ª, 30 de octubre de 2008; Lucas-Dubourg, *loc. cit.*

analizar el caso, si su «calidad esencial de ser un mueble del S. XVIII existía aún».

6.4. EL ERROR ESENCIAL RESPECTO DEL OBJETO

El tercer caso era el ilustrado por el artículo 927 del CC (ahora artículo 267, 2º. párrafo, CCYC): el error respecto a un bien o un hecho diverso o de distinta especie que el que se pretendió designar o una calidad, extensión o suma diversa a la querida. En materia de compraventa de obras de arte, claramente el error respecto al objeto existirá toda vez que el comprador desee adquirir la pintura «X» y el vendedor entregue «Y»; o si uno tenía en mente un óleo mientras el otro una carbonilla.

Vélez Sarsfield dice que «el error sobre el objeto del derecho reviste formas más variadas que el error sobre la persona, y presenta por esto más dificultades. […] Si la relación de derecho tiene por objeto una cosa designada individualmente, y hay error sobre la individualidad, el error es *in corpore*. *En tal caso no hay evidentemente acto jurídico*».

Se llega al mismo resultado bajo el derecho estadounidense. Page trae los siguientes ejemplos: si A hace una oferta a B con respecto a la cosa X, y B entiende que A la hace con respecto a Y, y la acepta, *no existe el contrato*. Y si A, en una subasta, ofrece a la venta un lote identificado con un número determinado, y B, en el entendimiento de que se trata de un lote con otro número, hace una oferta que resulta aceptada, *tampoco hay contrato entre A y B*.

La doctrina estadounidense ha elaborado la teoría acerca del error esencial *por la negativa*: «cualesquiera sea la relación del error con el contrato, si aquél se refiere a una cuestión no sustancial ("*not material*") no se otorga la nulidad por razón del error. Para anular el contrato, el error acerca de sus términos debe ser sustancial ("*material*"). Debe ser tan substancial que el contrato no habría sido celebrado si la verdad hubiese sido conocida»[182].

La jurisprudencia española ha dicho al respecto que «*la apreciación de la esencialidad del error requiere prueba y constancia del nexo que en cada caso tenga aquél con los fines y objeto que las partes hayan perseguido y tenido en*

182. Page, *op. cit.*, 267.

cuenta al contratar, sin que baste la mera consideración de la naturaleza del objeto en sí mismo y de la especie o clase a que pertenezca, pues es indudable que, aun cuando una cualidad sea, en principio, sustancial para una determinada cosa u objeto contractual, podrá dejar de serlo si las partes, al configurar el negocio, revelan estar de acuerdo en descartar dicha cualidad o no atribuirle importancia». Y también: «*la determinación de lo que puede constituir la sustancia del objeto contractual requiere la investigación de los elementos que maticen cada caso particular, y, sobre todo, del fin perseguido por las partes*»[183].

Entendemos la lógica del argumento, *pero consideramos que en materia de obras de arte ésta debería ser la excepción y no la regla*. En efecto: si las partes se ponen de acuerdo en transferirse un grabado de Goya a cambio del precio corriente en plaza para ese tipo de obra de arte, ¿puede asumirse seriamente que la autenticidad *no constituía* una cualidad esencial? ¿Será necesario probarlo? ¿Habrá que *investigar los elementos que maticen el caso*? Nos parece más consistente con la realidad sostener que la autenticidad es *siempre* esencial, y que la falta de autenticidad es la excepción. De allí la importancia que atribuimos al caso *Anglada Camarasa* al cual nos referimos en 1.4, donde se estipuló expresamente la adquisición de un objeto único, individualizado, específico, ubicado en un lugar determinado. ¿Podía haber dudas acerca de qué deseaban transferirse las partes? Claramente, no. Pero también es cierto que, dado lo específico de la determinación del objeto (*ese* cuadro), la autenticidad parecía haber sido descartada.

6.5. ¿CÓMO SE DETERMINA EL ERROR ESENCIAL?

En resumen, para que el error tenga efectos, el aspecto del contrato sobre el que recae debe haber sido determinante para que aquél se concretara, lo que deberá establecerse de acuerdo con las circunstancias y condiciones del caso en particular. La esencialidad es absolutamente relativa, aunque no subjetiva: las cualidades que para el contrato de compraventa de una obra de arte pueden ser esenciales, en otros casos pueden resultar indiferentes. Así como en la compra de un automóvil usado la identidad del propietario anterior puede resultar absolutamente indiferente, la *provenance* de una obra de arte puede adquirir un peso esencial.

183. Audiencia Provincial de Madrid, Sección 10, 30 de marzo de 2006; Resol. Nº 247/2006; SAP M 4042/2006 (ECLI:ES:APM:2006:4042).

En nuestra opinión, la doctrina no se ha detenido lo suficiente en el dilema que plantea la determinación de cuál ha de ser el criterio definitorio sobre *la sustancia* y en qué consiste *la calidad esencial* y si ambos conceptos habrán de definirse sobre criterios objetivos o subjetivos. Sin embargo, como se verá, la doctrina francesa ha sido capaz de avanzar en este campo no obstante lo escueto de las disposiciones del CCF, para concluir que la calidad esencial requiere no solo una apreciación en concreto, caso por caso, sino que, cuando se la haga en abstracto, debe estar sustentada en la noción generalizada acerca de qué puede ser considerado «esencial». De este modo, quien invoque el error deberá probar el carácter esencial de la calidad en cuestión. Nos parece, sin embargo, que en materia de obras de arte *el error sobre la paternidad o autenticidad es siempre esencial*[184].

Llegado este punto, cabe reflexionar sobre un aspecto señalado por la Corte de Casación italiana, que, en un fallo de 1938 citado por Fleischer[185], dijo «*el error esencial presupone una certeza objetiva sobre la sustancia de la cosa, y la determinación del autor de una obra de arte antigua permanece siempre en el campo de las hipótesis incomprobables. Si se vende un cuadro como atribuido a un célebre pintor antiguo y resulta en cambio que es obra de un autor ignoto, no puede alegarse el error "in substantia", aun cuando la obra posea todos los atributos de una verdadera obra de arte*»[186]. Esto confirma la importancia que atribuimos a la correcta identificación de la cosa (*no en cuanto a la atribución de paternidad, sino en cuanto objeto del contrato*) a los efectos de establecer el riesgo contractual, tema que hemos analizado en 1.3 y 2.4.

No es nuestro propósito desarrollar una teoría general del error, sino tan sólo analizar su impacto en la compraventa de obras de arte, por lo que bastará señalar que entre las dos doctrinas contrapuestas (la objetiva, que determina la calidad esencial conforme a la opinión general y las circunstancias del negocio frente a la subjetiva, que da importancia al móvil o voluntad interna), parece tener más sentido optar por la que da mayor importancia a la seguridad jurídica, determinando la calidad esencial sobre la base de lo que normalmente debe entenderse

184. Bandle, A. L., «Fakes, Fears and Findings – Disputes over the Authenticity of Artworks», *Transnational Dispute Management*, octubre 2013, p. 1.
185. Fleischer, *op. cit.*, p. 117.
186. Corte de Casación, 18 de marzo de 1938.

como atributo principal, aquello que da a la obra de arte su fisonomía propia: la autenticidad, la originalidad y la identidad del autor[187].

Sobre este último punto, sin embargo, no puede dejarse de lado la posición adoptada por Sacco[188], cuando considera que, bajo el artículo 1429 del CCI (mencionado en 6.1), el error relevante, en materia de compraventa de obras de arte, es el que recae «sobre el estado de la crítica» al momento de la celebración del contrato: «el hecho judicialmente determinable es sólo el estado de la crítica; el error relevante es el que recae sobre ella». Ello es relevante con respecto a las cuestiones jurídicas que se suscitan en torno a la paternidad de la obra de arte cuando resulta difícil determinar su autor. Franceschetti[189] escribe que «*la jurisprudencia prevaleciente sostiene que la objetiva paternidad de una obra de arte antigua no es una cuestión que pueda ser determinada de modo definitivo y objetivo; por consiguiente, en realidad, quien compra un bien de este tipo asume el riesgo correspondiente. Sin embargo, la doctrina es aún más "posibilista" y sostiene que es necesario valuar caso por caso. Si, por ejemplo, el error no recae sobre la obra en sí misma, sino sobre el estado de la crítica referida a esa obra (circunstancia que es determinable objetivamente) entonces el error podría ser considerado esencial, en la medida en que, obviamente, sea reconocible por el otro contratante*».

6.6. EL ERROR EXCUSABLE

Un segundo requisito es la *excusabilidad* del error: éste no debe ser imputable a quien sufre sus consecuencias, pues estaría disculpándose su propia torpeza o falta de conducta diligente («*de non vigilantibus non curat pretor*»). El CC decía en su artículo 929, que «el error de hecho no perjudica *cuando ha habido razón para errar,* pero no podrá alegarse cuando la ignorancia del verdadero estado de las cosas proviene de una negligencia culpable». En otras palabras, el código *protegía a quien de buena fe se equivocaba*[190]. Como veremos, este principio ha cambiado.

187. Véase el caso *FHP* ya citado.
188. Sacco, R., *Trattato di diritto civile italiano: il contratto,* UTET, Turín, p. 313 (1975).
189. Franceschetti, *loc. cit.*
190. Valente, L. A., «La excusabilidad o la reconocibilidad del error esencial», *Cartapacio de Derecho,* Universidad Nacional del Centro, Azul, 26:2 (2014).

Martinic y Reveco[191] ponen énfasis en la necesidad de «determinar si el error de que se trata proviene de la culpa, imprudencia o supina ignorancia del que lo sufre. Si hay culpa, imprudencia o supina ignorancia del que lo sufre, el error será inexcusable; y, por el contrario, si ninguna de dichas circunstancias se presenta, será excusable. *La causa del error, desde la perspectiva de la responsabilidad de la víctima del error, será determinante al momento de establecer quién asume los riesgos de dicha falsa noción de la realidad».*

En nuestra opinión, en la adquisición de obras de arte (esto es, «cosas» que no integran la operativa cotidiana del adquirente no profesional ni se destacan por su fungibilidad o bajo precio) el estándar de cuidado del comprador debe ser establecido y exigido en un nivel mucho más alto que el ordinario. En otras palabras, se trata de un típico caso de aplicación del principio contenido en el artículo 902 del CC: «*cuanto mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor será la obligación que resulte de las consecuencias posibles de los hechos»*, prácticamente idéntico al artículo 1104 del código español: «*La culpa o negligencia del deudor consiste en la omisión de aquella diligencia que exija la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar. Cuando la obligación no exprese la diligencia que ha de prestarse en su cumplimiento, se exigirá la que correspondería a un buen padre de familia».*

El mismo principio es sentado por el artículo 706 del Código Civil de Chile: «quien yerra en forma inexcusable carece de justa causa de error *por lo que no tiene legitimación para demandar la nulidad del negocio*»[192]. En otras palabras, quien invoca el error debe haber procedido con prudencia y con la precaución que las circunstancias imponen[193].

Para Salvat, la adquisición de obras de arte pone a prueba los conceptos de culpa y negligencia frente a la excusabilidad del error, y menciona los siguientes ejemplos, en los que la condición de que el error sea excusable se exige para que el error sea también esencial: «*si Pablo compra a Pedro un cuadro que éste tiene en venta, en la creencia de que es original de Rafael, pero sin exigir explicación alguna, es evidente que hay negligencia de su parte y que él solo debe soportar las consecuencias de su error; Pablo tiene en venta*

191. Martinic Galetovic, M. y Reveco Urzúa, «Acerca del error, su excusabilidad y otros tópicos», *Revista Jurídica UCES*, Nº 13, pp. 28 y ss., 2009, con énfasis en el derecho chileno.
192. Martinic Galetovic, M. y Reveco Urzúa, *op. cit.*, p. 35.
193. Valente, *loc. cit.*

una galería [rectius: "colección"] *de cuadros, que vende separadamente; Pedro le compra uno; después Pablo demanda la nulidad de la venta diciendo que padeció un error respecto a la persona del comprador, que tomó a Pedro por Diego y que a Pedro no quería venderle; suponiendo todo esto probado, aun asimismo habría negligencia de parte de Pablo, quien estaba en el deber de informarse de la persona de su comprador; Pablo no podría por consiguiente obtener la nulidad del acto».*

6.7. EL ERROR EXCUSABLE EN LA JURISPRUDENCIA ARGENTINA

Aun cuando no se refiera a la compraventa de una obra de arte (sino a la de un inmueble cuyas medidas diferían de las anunciadas), el *leading case* argentino sobre el tema es de 1951[194]. El tribunal resolvió que «*cuando hay razón o motivos suficientes para errar y por ello el error se reputa jurídicamente excusable y libera al deudor de los efectos de la obligación es porque no se ha incurrido en culpa y en razón de que, como nadie está exento de equivocarse involuntariamente por causa de factores propios o extraños, la ley faculta para invocarlo teniendo en cuenta la buena fe. Si por el contrario obedece a negligencia, o falta de atención y es imputable al que lo cometió, se torna inexcusable y entonces la ley hace prevalecer el contrato, considerando que merece mayor protección la seguridad del tráfico y la buena fe de la contraparte, presumiendo que ésta lo ignora. Pero no sería justo admitir la validez del convenio cuando la parte que exige su cumplimiento sabía o pudo enterarse fácilmente del error cometido por la otra en la declaración de su voluntad, aplicando una diligencia o atención normal o común en el negocio de que se trate. En tal hipótesis no puede haber contrato por no coincidir las voluntades, elemento esencial del mismo, ya que el contratante está apercibido de que la voluntad declarada por la otra parte no es la real y porque, bajo diferente aspecto, sería hacer prevalecer la mala fe sobre el simple error, ya que en la interpretación de los contratos aquélla supone una conducta honesta y no puede aseverar buena fe sino quien desconoce completamente el error del otro, no el que lo advierte y se aprovecha de él, porque desaparece entonces la probidad, ya que la buena fe se entiende igualmente por la lealtad de conducta entre las partes».*

En el caso *Fader*[195] (éste sí, referido a la compraventa de una obra de arte, ya citado como ejemplo del error de «primer nivel» y también

194. *In re* «Santiago c. Szeinfain», CNCiv (D), 1951, *JA* 1953-I:108.
195. *In re* «FHP c. Banco Ciudad de Buenos Aires», Juzg. Civ. 17, Buenos Aires, 2014.

al referirnos al error esencial sobre la cualidad de la cosa), se hizo hincapié en que no sólo debía existir el error, sino también que debía ser excusable. Ello exige «esclarecer cada circunstancia fáctica en particular». Con cita de Rivera[196], el juez sostuvo que «*…si uno compra un cuadro en una galería de arte, es esencial que sea del autor a quien se lo atribuye, pero si ese mismo cuadro es vendido en un negocio de muebles usados, ya no podría alegarse la existencia de este tipo de error para dejar sin efecto la compra, por la circunstancia de que la tela no sea obra de determinado autor pertenezca a un período dado de su producción artística*». En otras palabras, adquirir un cuadro a un vendedor especializado en obras de arte (como lo era, en particular, el banco demandado en el caso) agota la debida diligencia del comprador.

El juez se hizo cargo de las dificultades que ha señalado la doctrina (en particular, Llambías[197]) para determinar cuándo debe considerarse excusable un error determinado. «En mucho dependerá ello de las circunstancias, para apreciar a través de ellas si *ha habido razón para errar*» (las itálicas son del juez). El magistrado citó a Giorgi[198], señalando que pueden existir dos situaciones posibles: una, en la que el error incurrido proviene del hecho propio de la persona equivocada o de circunstancias casuales, extrañas o comunes a ambos contratantes; y otra en la que el error deriva de hechos de la parte contraria o de circunstancias que le conciernen. En el caso, el hecho de que el vendedor (un banco) «contara con equipos de tasadores de obras de arte, que analizaban el soporte empleado, la composición pictórica, la paleta empleada, [las] pinceladas propias del artista, firma y documentación si [la obra] la tiene… *pudo generar en el comprador razón para errar* (itálicas añadidas).

6.8. EL ERROR EXCUSABLE EN LA JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA

La legislación española no se refiere *expresa o explícitamente* a la excusabilidad del error (ni ha debido sustituir ese concepto por el de su «reconocibilidad», como lo ha hecho la legislación argentina a partir de

196. Rivera, J. C., *Instituciones de Derecho Civil*, II, 3ª Ed., LexisNexis Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2004.
197. Sin citar la obra referenciada. Imaginamos que se trata de su *Tratado de Derecho Civil*.
198. La sentencia no provee datos sobre la obra citada, pero imaginamos que se trata de su *Teoría de las Obligaciones*.

agosto de 2015), pero la jurisprudencia se ha referido a ella en un caso sobre una obra de arte.

La Audiencia Provincial de Madrid sostuvo que «*el error en el objeto al que se refiere el artículo 1266 del CCiv* [transcripto en 6.1] *será determinante de la invalidación del contrato únicamente si reúne dos fundamentales requisitos: (a) ser esencial porque la cosa carezca de alguna de las condiciones que se le atribuyen, y precisamente de la que de manera primordial y básica motivó la celebración del negocio, atendida la finalidad de éste; y (b) que no sea imputable al que lo padece y no haya podido ser evitado mediante el empleo, por parte de quien lo ha sufrido de una diligencia media o regular teniendo en cuenta la condición de las personas, pues de acuerdo con los postulados de la buena fe el requisito de la excusabilidad tiene por función básica impedir que el ordenamiento proteja a quien ha padecido el error cuando éste no merece esa protección por su conducta negligente ya que en tal caso ha de trasladarse la protección a la otra parte contratante, que la merece por la confianza infundada por la declaración*»[199].

Esa misma línea de pensamiento había sido insinuada por una sentencia dictada en 1981 y citada por García Gil[200], referida a la adquisición de *Aguardando la barca*, una pintura de Sorolla[201] comprada en 1973 por quien luego demandó al vendedor al entender que la obra era falsa, exigiéndole la restitución de lo pagado. La posición del vendedor fue «que lo vendido fue un cuadro inequívocamente atribuido al mencionado pintor, sin que le sea exigible responder de la cuestionada autenticidad».

Ante lo escueto de las estipulaciones contractuales, los jueces aplicaron «los usos de comercio». Éstos, según la Cámara de Comercio e Industria de Madrid, «generalmente admitidos y observados, [consisten en que] los comerciantes y vendedores de obras pictóricas en relación con la autenticidad y el carácter genuino de la pintura vendida en su establecimiento, de autores fallecidos o no contemporáneos, *se limitan a expresar de buena fe que la obra vendida es propia de un artista determinado y ejecutada de su mano, según los elementos de juicio que dichos comerciantes o vendedores han podido reunir o tener a su alcance*». Los jueces entendieron que los elementos de juicio exigibles al vendedor para opinar que la obra era auténtica

199. Audiencia Provincial de Madrid, Sec. 10, recurso 650/2005; resolución 247/2006 (ECLI:ES:APM:2006:4042).
200. García Gil, *Los contratos mercantiles y su jurisprudencia*, Aranzadi Editorial, 2ª Ed., Pamplona, 1999, p. 119.
201. Joaquín Sorolla y Bastidas, pintor español, 1863-1923.

fueron suficientes y determinantes de la validez de la compraventa cuestionada. Los dictámenes negativos obtenidos después de la compraventa no afectaron la validez de ésta, *pues todos ellos fueron de fechas posteriores a la compraventa y por tanto nunca pudieron servir como elementos de juicio a valorar por el vendedor.* (Recuérdese la opinión de Sacco mencionada en 6.5).

El error en el consentimiento, alegado por el comprador, fue rechazado por los jueces sobre la base de que su aplicación es excepcional, *lo que impide su invocación cuando pudo ser evitado con tan sólo la más normal diligencia, más exigible* [cuando] *se trata de personas peritas, conocedoras del negocio.* El hecho de que el propio comprador, al intentar revender la pintura, hubiera colocado en el catálogo la frase «todos los cuadros expuestos se venden con la garantía de autenticidad» fue considerado determinante de la escasa excusabilidad del error por parte del comprador[202].

Sin embargo, en otro caso más reciente[203], la jurisprudencia administrativa ha tenido ocasión de expedirse acerca de lo que nosotros consideramos un error inexcusable, *pero con relación a un bien de consumo.* Se trató de una compraventa en la que el vendedor, por error, había establecido un precio irrisorio y el comprador insistía en la entrega de la cosa. La Junta Arbitral de Consumo admitió que el ocurrido era el tipo de error que, bajo el artículo 1266 del CCiv, invalida el consentimiento. Pero agregó también que «*no puede obviarse la posibilidad de que un consumidor medio, con conocimientos y aptitudes medias en la sociedad actual, sea capaz de discernir que la oferta presentada… no era real.* […] *Este error es advertible por parte de cualquier consumidor medianamente informado y diligente, sin necesidad de llevar a cabo actividades excepcionales ni tener conocimientos específicos al respecto*». «*Cualquier persona de mediana actitud intelectiva puede comprender que, en la exposición del anuncio, hubo de existir error al fijar el precio… El hecho de que se insista en que no ha habido error y que se ha de comprar al precio anunciado, [lleva a] analizar si ello puede constituir abuso de derecho*».

El caso involucraba la compra de un ordenador. En nuestra opinión, la adquisición de una obra de arte es generalmente llevada a cabo por quienes poseen la «mediana actitud intelectiva» a la que hizo referencia

202. Tribunal Supremo (RJ 1981, 3595).
203. *In re* «Pixmania SA», Junta Arbitral Nacional de Consumo, 17 de julio de 2013 (expte. 2038).

el Colegio Arbitral y que, probablemente, superen «los conocimientos y aptitudes medias» mencionadas en el laudo. En consecuencia, si ha de reconocerse que quien compra un ordenador tiene la actitud intelectiva para reconocer un error en el precio, un error en el precio de una obra de arte, para un comprador medio (ni siguiera un coleccionista) debería ser también inexcusable o reconocible.

6.9. EL ERROR EXCUSABLE EN EL DERECHO FRANCÉS

No obstante la falta de distinción en el CCF entre error excusable e inexcusable, la doctrina francesa enseña que la invocación del error sólo puede ser efectuada cuando éste es el resultado de una ligereza o imprudencia, la que se sanciona manteniendo la vigencia del contrato, y en la ausencia de dolo[204]. En este punto, los resultados bajo el derecho francés y el español parecen ser idénticos.

Ripert y Boulanger sostienen que quien adquiere una obra de arte por medio de un anticuario y paga un precio elevado por ella ha agotado su obligación de prudencia, *y la autenticidad ha sido determinante para el consentimiento*[205].

6.10. EL ERROR EXCUSABLE EN LA JURISPRUDENCIA FRANCESA

En el terreno del arte, la Corte de Casación[206] ha considerado que un *amateur* comete un error grosero si entiende que la mención «*atribuido a…*» le permite considerar auténtica la firma que aparece en un cuadro[207]. Se trataba de una marina firmada «G. Courbet» y atribuida a éste. Demostrada su falta de autenticidad, el comprador demandó a la vendedora y a la tasadora por nulidad de la venta por causa de error. La Corte[208] consideró que el error grosero lo convertía en inexcusable. Sostuvo asimismo que el CCF «fue poco prolijo» al dedicar al error un

204. AA.VV., «La réticence dolosive rend toujours excusable l'erreur provoqué», *La Dissertation*, 29 de octubre de 2012; Corte de Casación, Sec. Civil 3a., 21 de febrero de 2001.
205. Ripert, G. y Boulanger, J., *Tratado de Derecho Civil,* IV:122, La Ley, Buenos Aires, 1963.
206. Corte de Casación, Sec. Civil 1ª, 16 de diciembre de 1964.
207. Véase 2.4 sobre el sentido de estas referencias.
208. Corte de Casación, Sec. 1ª, 6 de febrero de 2002.

único artículo, que excluye la nulidad a menos que el error se refiera a «la naturaleza misma de la cosa». La sentencia reconoció que en materia de obras de arte, el «error sobre la sustancia es habitual, puesto que el error más frecuente recae sobre la autenticidad del objeto adquirido».

La Corte avanzó sobre otros aspectos: «más que la noción de autenticidad, es toda la *cultura de la autenticidad* que tradicionalmente vinculaba una obra a su autor la que está en discusión». El tribunal se ciñó a una concepción tradicional de la «obra como ejecución», considerando que el comprador tiene derecho a obtener lo que le es debido: en el caso, un cuadro ejecutado por la propia mano del pintor (lo que en el fondo, según la doctrina, pone un freno a las tendencias instauradas por artistas como Marcel Duchamp). Uno de los comentaristas del fallo se ha preguntado si el fallo no reflejó acaso un desafío del juez al arte contemporáneo…).

«Frecuentemente, en la venta de obras de arte –dijeron los jueces– las partes tienen dudas acerca de la autenticidad de la obra. En esos casos, *tienen la posibilidad de incluir esa duda en el contrato. Hay una aceptación de la existencia de un álea, lo que les prohíbe reclamar la nulidad del contrato por error. La identificación de las cualidades sustanciales de una cosa las libera de la apreciación soberana de los jueces. Se dice también que la apreciación de la calidad sustancial se hace en concreto*». «Existen –dijeron también– dos concepciones del arte, una tradicional y otra ligada al arte contemporáneo. Tradicionalmente, "la obra-ejecución" revela "su verdad" por dos signos complementarios: la firma del artista y la autenticidad mientras que bajo la concepción "obra-objeto", lo más importante es transmitir la propia visión de la realidad. En efecto, para ciertos artistas como Duchamp, una obra está vinculada a su autor por una simple declaración, como si se dijera "bajo licencia" del artista. Aun si la obra no fuera de la mano de éste, el artista puede declarar lo contrario».

«Para rechazar la nulidad un juez puede calificar el error cometido como "inexcusable". *Se trata de un error particularmente grosero que un mínimo de información habría podido evitar.* El carácter inexcusable del error se aprecia *en concreto*. Los jueces deben tener en cuenta la edad, la experiencia y la profesión de quien lo ha cometido. Los jueces califican más fácilmente de inexcusable al error que comete una persona sobre su propia prestación, y son más severos cuando el error es cometido por

un profesional. El error inexcusable es un error fácil de evitar. En el caso, el error cometido no fue excusable. Consideramos que constituyó una negligencia, una falta del adquirente a su deber de informarse. Esta regla judicial debe ser apreciada en concreto; es decir, en función de las circunstancias, de la causa, de la edad y la experiencia de la persona que invoca el error». La sentencia de cámara entendió que en primera instancia, al no aceptar la nulidad de la compraventa, el juez omitió determinar si el error del *errans* había sido excusable.

6.11. ¿UN NUEVO PARADIGMA: LA RECONOCIBILIDAD DEL ERROR?

Lo dicho hasta el momento acerca de la excusabilidad del error se debe a que, como dijéramos, el CC puso énfasis en la protección de quien se equivocaba en buena fe; pero el paradigma impuesto por el CCYP es diferente, en cuanto el error afecta la voluntad *en la medida que el vicio haya podido ser reconocido por la contraparte*. Dijo en su momento la doctrina, cuando el nuevo código era aún un proyecto: «los seis preceptos que regulan al error como vicio de la voluntad han sido "tomados" del CCI»[209]. Por eso, la excusabilidad queda ahora reemplazada por la reconocibilidad. El error será reconocible si pudo ser conocido por el destinatario de la declaración según la naturaleza del acto y las circunstancias de la persona, el tiempo y el lugar.

La reconocibilidad del error, como se dijo, recién ingresa a la legislación positiva argentina desde la vigencia del CCYC a partir de agosto de 2015[210], pero ya era considerada por el CCI y la jurisprudencia italiana como uno de los requisitos del error para influir sobre la relación jurídica. Así, en el caso *della Quercia* (ver en 8.9 una detallada descripción) la Corte de Casación italiana, en 1998, puso en claro que «la excusabilidad del error que haya viciado la voluntad de uno de los contratantes al momento de la conclusión del contrato es irrelevante a los fines de la acción

209. Prieto Molinero, R. J., «El error reconocible y el Proyecto de Código de 2012», *DJ* 31 de julio de 2013; *AR/DOC/2278/2013*.

210. Basándose en algunos precedentes jurisprudenciales argentinos, Prieto Molinero entiende que «el requisito de excusabilidad no constituye un mero "injerto" proveniente de copiar normas de un código prestigioso como el italiano, sino que se trata de un sistema que estaba hace tiempo "en la mira" de la doctrina argentina» (Prieto Molinero, *loc. cit.*).

por anulación, debiéndose tener en cuenta la *reconocibilidad* del error por parte del otro contratante»[211].

En virtud del cambio de paradigma de la legislación argentina, *al error no se lo mira desde el ángulo del sujeto afectado por el vicio sino que es decisivo mensurar acabadamente la actitud del que recibió la declaración*[212]. Si éste, empleando la debida atención, tuvo razón para pensar que la declaración de voluntad de su contraparte era normal, *debe considerar que esa declaración estaba exenta de error.* Por el contrario, si hubiera podido reconocer la existencia del error, pero no lo hizo, su culpa o negligencia favorece a quien cometió el error *y lo habilita a impugnar el negocio.*

Bajo el derecho estadounidense, la solución es la misma. Posner pone el siguiente ejemplo: si A decide ofrecer su caballo a B por $ 110, pero inadvertidamente dice «ofrezco vender mi caballo por $ 100», hay acuerdo generalizado de que *si B no sabe o no tiene razón para saber que A ha cometido un error* y acepta la oferta, ha existido consentimiento para la venta de un caballo en $ 100. Y lo mismo ocurriría si el precio resultante fuera mayor y no más bajo. El criterio determinante es la *reconocibilidad* del error[213].

6.12. EL «RECIPROCAL MISTAKE»: LA RECONOCIBILIDAD BAJO EL DERECHO ANGLOSAJÓN

El contrato de compraventa bajo el derecho anglosajón se rige, por lo general, sobre la base del principio «*caveat emptor*»; esto es, «cuídate del vendedor», por lo que se impone al comprador un estándar de cuidado mayor, en nuestra opinión, del usual en los países de derecho continental.

Dicen Lerner y Bresler: «bajo el *common law*, el comprador estaba generalmente sujeto a la regla "*caveat emptor*", absolviendo al vendedor de toda responsabilidad acerca de la calidad de la cosa, a menos que ésta

211. *In re* «Corsi v. Ministero Beni Culturali», Casación civil, Sec. II, 2 de febrero de 1998, n. 985.
212. Valente, *loc. cit.*
213. Posner, *op. cit.*, 2-26. Debemos dejar constancia, sin embargo de que Posner prefiere decidir la cuestión diciendo que, en rigor, no existió un contrato entre las partes, puesto que ni el emisor ni el receptor son responsables del error.

estuviera expresamente garantizada»[214]. Veremos luego cómo la legislación (sobre todo a nivel local) impuso limitaciones a esta situación.

En consecuencia, bajo el derecho anglosajón los casos de anulación de un contrato por el error unilateral y **exclusivo** del comprador o del vendedor acerca de alguno de los elementos de la obra de arte son escasos. Si bien el derecho anglosajón admite la posibilidad de que una de las partes cometa un error, al mismo tiempo se considera inadmisible que se prive a la otra de los beneficios de un contrato válido.

6.12.1. El «reciprocal mistake»

Para evitar anular un contrato por el error **exclusivo** de una de las partes, la doctrina y la jurisprudencia (sobre todo en los Estados Unidos) han recurrido a la teoría del *reciprocal mistake* (al que nos rehusamos llamar *error bilateral* para no confundir al lector con el mencionado en 6.3 y descripto por Marcadé y Pietrobon).

Bajo el *reciprocal mistake,* tanto vendedor como comprador han errado sobre alguna de las características esenciales de la obra de arte (como, por ejemplo, la identidad del artista). Ello permite «liberar» del vínculo contractual a quien alega la existencia de ese error. En esos casos, la solución generalizada es la rescisión del contrato y la devolución de las prestaciones intercambiadas por las partes[215]. Bajo esta teoría, el vendedor puede rescindir la compraventa si la cosa vendida resultó tener mucho mayor valor que el que *ambas partes* suponían[216]. Ocurre lo mismo cuando la obra de arte es significativamente menos valiosa que los que *tanto comprador como vendedor* entendían[217]. Y si alguien, ignorante del verdadero valor de una obra de arte, la vende y aquélla resulta ser mucho más valiosa que lo que se ha pagado por ella, no tiene facultad alguna de rescindir el contrato. (En este punto, la jurisprudencia estadounidense

214. Lerner, etc., p. 77.
215. Lerner, etc., p. 125.
216. El *leading case* en la materia es *The Ohio Company v. Rosemeier,* 32 Ohio App. 2nd., 116 (1972) que, si bien no se refirió a la compraventa de una obra de arte (sino de acciones de sociedades con idéntica denominación) estableció dicho principio sobre la base del enriquecimiento sin causa («unjust enrichment»).
217. *Chapman v. Cole,* 12 Gray (Mass.) 141. Se trata de un caso antiguo (de 1858), en el que ambas partes confundieron el valor de una moneda de oro entregada en pago (y que carecía de valor cancelatorio). Los jueces sostuvieron que al existir un error acerca de la identidad de la cosa, *no existió consentimiento.*

coincide con la posición del jurista alemán Werner Flume, quien considera que el vendedor de una obra de arte no puede impugnar una compraventa sobre la base del error si, como consecuencia de una atribución *posterior* al cumplimiento del contrato, se descubre que su valor es mucho mayor que el recibido. Esa ganancia corresponde al nuevo propietario, como consecuencia del principio «*casus sentit dominus*»[218]).

Spencer menciona, como caso típico de error bilateral aquel en que tanto comprador como vendedor tienen una idea equivocada sobre la opinión de los expertos con respecto a la atribución de una obra de arte *al momento de la celebración del contrato*. En otras palabras, si ambas partes creen que, de acuerdo a la opinión predominante, una obra determinada es de un autor específico, pero ambos se equivocan al respecto, el comprador probablemente obtenga la rescisión del contrato[219].

6.12.2. Nuestra observación crítica al «reciprocal mistake»

Desde nuestra óptica basada en el derecho de raíz continental, creemos que no se trata de un *error bilateral*: es tan solo la denominación dada a la construcción teórica que recepta, bajo el derecho anglosajón, un concepto equivalente a la *reconocibilidad* del error por parte del co-contratante del derecho continental.

La denominación de «teoría del error recíproco» intenta eludir la apariencia de que la anulación o rescisión del contrato son resultado de la culpa o negligencia de sólo una de las partes. Nuestro *comentario crítico* (antes que una objeción) se centra tanto en el *nombre* dado a la teoría como en que el «*reciprocal mistake*» constituya una teoría propia del derecho anglosajón: las consecuencias que acarrea su aplicación no son diferentes a las que ocurrirían bajo aquellas legislaciones donde uno de los elementos del error es su *reconocibilidad* por el co-contratante. Como se verá en los casos jurisprudenciales que expondremos, difícilmente pueda asegurarse que *ambas partes* hayan sido víctimas del error.

Analicemos los casos que exponen Lerner y Bresler como ejemplos de error bilateral; por ejemplo: «se descubre que la obra vendida es significativamente más valiosa de lo que ambas partes habían asumido;

218. Fleischer, *op. cit.*, p. 116.
219. Spencer, D., *Buyer's rescission rights for high value art purchases – Spreading the risk*, Carter Ledyard & Milburn, diciembre 2010.

entonces el vendedor puede rescindir el contrato». En nuestra opinión, bajo el derecho continental la situación calificaría como un caso de *error unilateral del vendedor*, susceptible de causar la anulabilidad del contrato pero solo en la medida de que (a) el comprador hubiera podido reconocer el mayor valor de la cosa adquirida (bajo la legislación de los países que exigen la reconocibilidad del error por el co-contratante, como Italia y ahora la Argentina) o (b) el propio vendedor no alegue su propia torpeza (en los casos en que la legislación exige que el error sea excusable para el propio vendedor). Bajo la hipótesis (a) –única que toma en cuenta la posición del co-contratante–, bajo el derecho continental *el contrato podría anularse o rescindirse* si para el comprador ese mayor valor hubiera sido imposible de ser conocido. Y bajo la hipótesis (b), si el vendedor no logra demostrar que le fue imposible determinar el verdadero valor de la obra de arte, *el contrato no será anulable o rescindible.*

Veamos otro ejemplo de error bilateral citado por dichos autores: «si el objeto es significativamente menos valioso de lo que tanto vendedor como comprador pensaron, el comprador puede accionar». Bajo el derecho continental, se aplicarían iguales principios que en el caso anterior: el contrato será anulable o rescindible si y solo si (a) el vendedor pudo haber sabido que el precio podía ser más alto que el acordado o (b) el comprador tuvo «razón para errar». El elemento de bilateralidad se encuentra solo si admitimos la «reconocibilidad del error» por parte del co-contratante. *En consecuencia, la teoría del «error bilateral» anglosajona no es otra cosa que la de la reconocibilidad del error del derecho continental.* Debe reconocerse, también, que la aplicación de la teoría tiene el efecto adicional de excluir la alegación del error en los casos de dolo de una de las partes. Lerner y Bresler sostienen que la teoría del *bilateral mistake* impide que el contratante consciente de que el error recíproco lo beneficia, exija el cumplimiento del contrato: la rescisión coloca a las partes en la posición en que se encontraban antes de su celebración.

La jurisprudencia española parece confirmar nuestros asertos, cuando, al referirse a la excusabilidad del error, dice que [ésta] «*ha de apreciarse valorando las circunstancias de toda índole que concurran en el caso, incluso las personales, tanto del que ha padecido el error como las del otro contratante, pues la función básica del requisito es impedir que el ordenamiento proteja a quien ha padecido el error cuando éste no merece esa protección por su conducta negligente, ya que en tal caso ha de trasladarse la protección a la otra parte contratante, que la merece por la confianza infundida por la declaración*».

Ello lleva, en nuestra opinión, *a la necesidad de demostrar la bilateralidad del error*, pues en caso contrario los tribunales sostendrían la culpa de uno de los contratantes *y no anularían el contrato*. Esta posición es consistente con la doctrina anglosajona de mantener en lo posible la vigencia del contrato en beneficio de quien se beneficia con el acuerdo y a la que se la perjudica con su anulación.

6.12.3. Aplicaciones de la teoría del «bilateral mistake»

Esta teoría ha encontrado aplicación en los casos en los que un galerista o *marchand* compra a un particular una obra de arte que luego resulta falsa. En esas situaciones la teoría favorece al comprador, al permitirle rescindir la operación y a que se le devuelva lo pagado, no obstante el principio opuesto para los casos en que es el galerista quien vende obras de arte a un particular no comerciante, pues en esos casos tanto el UCC como varias leyes estaduales presumen la existencia de una garantía expresa acerca de la autenticidad de la obra[220].

6.12.4. La jurisprudencia sobre el «bilateral mistake»

Un ejemplo clásico de la aplicación de la teoría es el caso *Doniger*[221]. En 1990, un galerista, Philip Williams, convenció a la coleccionista Marjorie Doniger, que le vendiera un cuadro que aquél supuso ser obra de Bernard Buffet[222]. Williams examinó el cuadro con detenimiento y, no obstante las dudas de la propia demandada acerca de la paternidad de la obra, la compró por 55.000 dólares. La factura de la galería se refirió al cuadro como «obra de Buffet». La vendedora la firmó, agregando la frase «aceptado y acordado». En ningún momento las partes mostraron dudas acerca de la paternidad de la pintura. Al intentar revenderla, la galería descubrió que se trataba de una falsificación. Solicitó a la vendedora rescindir la operación y la devolución de lo pagado, a lo que Doniger se negó. La compradora demandó y, en cuanto nos interesa, alegó el *bilateral mistake*, sobre la base de que en todo momento *ambas partes* creyeron que se trataba de una pieza auténtica.

---

220. Lerner, *loc. cit.*
221. Citado por Lerner, *loc. cit.*; Spencer, Ronald D., «Mistakes were made», en *Spencer's Art Law Journal*, vol. 5, n. 2, p. 2 (enero 2015).
222. Bernard Buffet, pintor expresionista francés, 1928-1999.

El comprador también sostuvo que Doniger había violado el artículo 2-313 del UCC, que presume que cuando el vendedor efectúa «cualquier afirmación de un hecho o promesa relacionada con [el objeto del contrato] y que se incorpore a los términos del acuerdo, crea una garantía expresa acerca de la conformidad [de dicho objeto] con la afirmación o promesa». La misma norma dispone que «cualquier descripción [del objeto del contrato] que forme parte de los términos del acuerdo crea una garantía expresa de que [aquél] estará conforme con la descripción». Y, finalmente, también establece que «para crear una garantía expresa no es necesario que el vendedor incluya términos tales como "garantía" o que tenga el propósito específico de crearla. Sin embargo, una mera afirmación acerca del valor del objeto o una declaración que tenga como propósito brindar una opinión o comentario acerca del objeto no constituye una garantía».

Para el comprador, las palabras «aceptado y acordado» constituían una garantía de que el cuadro era obra de Buffet. Sostuvo también que, no obstante su naturaleza de comerciante, en tanto comprador podía ejecutar una garantía expresa como podría hacerlo un no comerciante contra el respectivo emisor. Finalmente, alegó que el error cometido demostraba la ausencia de consentimiento entre las partes.

El tribunal sostuvo que la situación no era asimilable a una en la cual ambas partes carecen de certeza acerca de un hecho esencial y, no obstante, celebran el contrato –lo que en nuestra opinión habría constituido un contrato aleatorio (ver 1.5)– sino que tanto comprador como vendedor actuaron sobre la base de que la obra era auténtica, por lo que otorgó la rescisión basado en el *bilateral mistake*.

Tanto Lerner y Bresler, por un lado, como Spencer por el otro, atribuyen considerable peso al caso *Feigen*, un precedente resuelto en Nueva York[223], sobre la base de *bilateral mistake*, en el que tanto el comprador (un *marchand*) como el vendedor estaban convencidos de que la obra objeto del contrato era un dibujo de Henri Matisse, cuando, en rigor, era una falsificación. Los expertos, al momento del contrato, confirmaron este hecho. En el caso *Bierstadt* (del cual se dan mayores precisiones en 8.10 *infra*), por el contrario, las partes celebraron un

223. *In re* «Richard L. Feigen & Co. V. Weil», Index Nº 13935/90; Corte Suprema del Condado de Nueva York, 18 de febrero de 1992, *aff'd.* 191 A. D. 2d., 278, 595 N.Y.S. 2nd., 683; Lerner y Bresler, *op. cit.*, p. 125; Spencer, *loc. cit.*

contrato sobre una obra que ambas atribuyeron a Albert Bierstadt[224]. Cinco años más tarde, la crítica puso en duda tal atribución, y esa postura se convirtió en la opinión predominante al respecto. El comprador solicitó la rescisión del contrato. Los tribunales entendieron que «las fluctuaciones acerca de la paternidad de una obra posteriores a la celebración del contrato no significan necesariamente que haya ocurrido un error recíproco al momento de dicha celebración. Si ambas partes creyeron en ese momento que la obra estaba generalizadamente atribuida a Bierstadt, parece imposible que el actor pueda demostrar que hubo un *bilateral mistake* al respecto».

6.13. LA ESPONTANEIDAD DEL ERROR: AUSENCIA DE DOLO

Un tercer requisito exige que el error sea *espontáneo*, es decir, no provocado por el co-contratante. Si el error fuera provocado se trataría de un caso de dolo: «toda aserción de lo falso o disimulo de lo verdadero, cualquier artificio, astucia o maquinación que se emplee para la celebración del acto» (artículo 271, CCYC) o «palabras o maquinaciones insidiosas de parte de uno de los contratantes, [para inducir al] otro a celebrar un contrato que, sin ellas, no hubiera hecho» (artículo 1269, CCiv) o «la falsa creencia [que una parte infunde] a la otra o la confirma en ella, a fin de que emita una declaración de voluntad que en otras circunstancias no habría dado» (artículo 70, Código Civil de Cuba).

En un precedente argentino[225], el comprador de un óleo atribuido a Guglielmo Ciardi[226], adquirido en 1971, demandó la nulidad de la compra por dolo del vendedor cuando descubrió, años más tarde, que la obra era falsa. En primera instancia se declaró la nulidad de la venta en base al error, pero se rechazó el daño moral reclamado por el comprador. Éste apeló con el argumento de que la conducta del vendedor había sido dolosa (lo que le daría mérito al cobro del daño moral).

224. Albert Bierstadt (1830-1902) aunque nacido en Alemania es considerado un pintor estadounidense. En este país se dedicó a la pintura de paisajes del Lejano Oeste.
225. *In re* «Cascelli, M. c. Vea Murguia de Ibarra», CNCiv (D), 1977; L. 217472.
226. Pintor veneciano (1842-1917), conocido por sus obras inspiradas en la Laguna de Venecia, la campiña que rodea a Treviso y en sus últimos años, por los Alpes Dolomíticos.

En segunda instancia los jueces adoptaron una actitud restrictiva. Si bien mantuvieron la nulidad de la operación por existencia de error esencial, opinaron que «*la prueba de la acción dolosa no resulta muy fácil […]. Quien alega haber padecido algún vicio que lo afecte lo debe acreditar convenientemente. En el caso del dolo, que como vicio de la voluntad no es sino el haber actuado a sabiendas con el fin de inducir a error una persona con la finalidad de procurar la ejecución de un acto (con aserción de lo falso, disimulación de lo verdadero, artificio, astucia, maquinación) se hace necesaria la prueba de que la realización del acto es producto del dolo. Deben probarse "los medios empleados para inducir a la ejecución [del acto]"*».

El dolo que invocó el comprador fue el dolo principal o sustancial (sin el cual no se hubiera efectuado el acto y el único que caracteriza al vicio de la voluntad) y directo, es decir, realizado por una de las partes que concurrió al negocio jurídico. «*Creo que en el caso que nos ocupa –continuó el juez de primer voto– luego de analizar los elementos con que se cuenta, no puede decirse que la demandada hubiera llevado a cabo una acción dolosa o hubiera incurrido en una omisión también dolosa*».

Los jueces resaltaron el hecho de que la vendedora no tuvo contacto con el comprador en las tratativas dirigidas a la adquisición de la obra. Según se explica en la sentencia, la vendedora «*era conocedora de la falsedad del cuadro por cuanto anteriormente lo había llevado a dos galerías de arte [donde] se le había hecho saber sobre su falta de autenticidad*». Se demostró que el cuadro había sido llevado a la primera galería sólo para su restauración, sin propósito de venta, y allí «no se abrió juicio alguno sobre la legitimidad de la obra». En la segunda galería se le dijo a la vendedora «que tenían serias dudas sobre la autenticidad» y consideraron la pintura «dudosa». Pero nada de ello fue considerado suficiente para imponer a la demandada la necesidad de aceptar desde ese momento que el cuadro no era auténtico y derivar por ello el dolo hacia el comprador.

Entre los hechos tenidos en cuenta por los jueces estuvo la discrepancia entre los peritos acerca de la autenticidad de la obra, por lo que pareció «evidentemente justificable que la vendedora entendiera, sobre todo en la época en que [ella] se vendió al comprador, que ésta era efectivamente del artista que aparecía firmándola». Pero además los jueces consideraron relevante «para descubrir la actitud dolosa de la vendedora», la intención de engañar o disimular lo verdadero, cuando la propia

vendedora había entregado el cuadro para su restauración (previa a la venta) «a una persona de innegables conocimientos en materia pictórica», «de indudable vinculación en el ambiente especializado de Buenos Aires» y «dedicada [desde] hacía muchos años a la restauración de cuadros y que gozaba de la confianza del comprador». Los jueces no creyeron que ese restaurador no hubiera sido capaz de dar una opinión sobre la autenticidad u originalidad de una pintura «como para ser tenida en cuenta por las partes para influir en sus actitudes».

La jurisprudencia española, sobre este punto, considera que la aparición del dolo se concreta cuando «no sólo [existe] una maquinación directa, sino también una reticencia del que calla o no advierte debidamente a la otra parte, sin que ello lo pueda invalidar la confianza, buena fe o ingenuidad de la parte afectada»[227]. La doctrina francesa también sostiene que «la reticencia dolosa convierte en excusable el error provocado»[228].

De Verda y Beamonte[229] menciona un fallo del Tribunal Supremo español en el que se entendió que había existido dolo en una compraventa. Vale la pena traer el caso a colación dadas las circunstancias de hecho, a pesar de que no se tratara de una compraventa de una obra de arte. Hemos cambiado algunas de las circunstancias para ajustarlas a lo ocurrido en el caso de la puerta pintada por Banski, único resto de una casa destruida por un bombardeo en la franja de Gaza y vendida por su propietario a precio vil. Nos parece que el dolo es aplicable a la hipótesis: «el Supremo […] anuló dichos contratos por dolo, prestando especial atención a las concretas circunstancias personales concurrentes en la vendedora. Era esta una mujer extranjera, de avanzada edad, viuda, que vivía sola y carente de ambiente y afectos familiares, consagrando su vida e inquietudes al cuidado y atención de los animales. Circunstancias estas que fueron aprovechadas por los compradores, los cuales se ganaron plena y absolutamente su confianza, convirtiéndose en personajes imprescindibles y cotidianos de la vida de aquella, asumiendo y compartiendo con ella el cuidado y atención

227. STS del 15 de junio de 1995 (RJ 1995, 5296), citada en STS del 27 de noviembre de 1998, Nº 1257/1994, con nota de De Verda y Beamonte, J. R., «La "exceptio doli"», *RDP Jurisprudencia*, comentarios y reseñas, 1999, p. 163.
228. AA.VV., «La réticence dolosive rend toujours excusable l'erreur provoqué», *La Dissertation*, 29 de octubre de 2012.
229. Ver nota 227.

de los animales. Llegaron así a convencerle de la conveniencia de que les trasmitiera la propiedad [de la puerta de su casa, único remanente de su vivienda destruida en un bombardeo]. El Supremo consideró que en el caso examinado concurrían los presupuestos a los que el artículo 1269 del CC subordina la anulación de un contrato, precisando que no elimina la existencia del dolo empleado por una parte la circunstancia de la ingenuidad o buena fe de la otra».

De Verda y Beamonte pone de resalto que «el requisito de la excusabilidad viene examinado, exclusivamente, respecto del error y no del dolo»; en otras palabras, la comprobación de la existencia de dolo habría eximido a la víctima de demostrar que el suyo fue un error excusable. En consecuencia, luego de las reflexiones anteriores, nos parece que el caso de la puerta de Banksy podría haber hallado una solución, en línea con lo preconizado por De Verda y Beamonte, a través de la anulación de la venta por dolo, antes que por error.

En un trabajo acerca de los deberes precontractuales de información, el jurista chileno De la Maza Gazmuri sostiene que el derecho suele imponer a las partes de un contrato ciertos deberes precontractuales de información, que no son otra cosa que un intento de distribuir el riesgo de la información defectuosa durante la negociación del contrato y el cumplimiento de la exigencia permanente de la buena fe[230]. Para este autor, cuando esos deberes no han merecido una consagración legislativa explícita (esto es, son «atípicos»), su incumplimiento se canaliza «a través de otra figura que tenga su propia regulación». A esto, el autor llama «incardinación». Las pretensiones derivadas de los derechos de información atípicos pueden incardinarse a través de los remedios propios del incumplimiento contractual o del régimen general de la responsabilidad extracontractual. Como ejemplo De la Maza Gazmuri trae a colación el caso *Baldus*[231]: una persona sin conocimientos técnicos vendió en una subasta cincuenta fotografías de Baldus por mil francos. El comprador las revendió en dos millones. Tiempo después, el vendedor ofreció un

230. De la Maza Gazmuri, «La distribución del riesgo y la buena fe. A propósito del error, el dolo y los deberes precontractuales de información», *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XXXVII:115 (2º. Semestre de 2011).

231. Eduard Denis Baldus (1813-1889), nacido en Alemania, se nacionalizó francés. Fue uno de los más destacados fotógrafos del S. XIX. Se destacó por aplicar sensibilidad estética a la fotografía de paisajes y monumentos.

segundo lote al mismo precio anterior. Mientras el vendedor ignoraba el verdadero valor de las fotografías, el comprador lo conocía perfectamente. Cuando aquél tomó conocimiento del error cometido, solicitó la anulación de la segunda venta, por dolo. La Cámara de Apelaciones de París hizo lugar a la demanda. La Corte de Casación, sin embargo, revocó la decisión, con el argumento de que el comprador no estaba obligado a informar al vendedor la identidad del autor de las fotografías. De la Maza Gazmuri opina (y compartimos su opinión) que el error sobre la identidad del fotógrafo calificaba como error esencial[232].

Obviamente, la existencia del dolo tiene particular importancia a la hora de indemnizar al perjudicado. La regla del artículo 1107 del CCiv («Los daños y perjuicios de que responde el deudor de buena fe son los previstos o que se hayan podido prever al tiempo de constituirse la obligación y que sean consecuencia necesaria de su falta de cumplimiento. En caso de dolo responderá el deudor de todos los que conocidamente se deriven de la falta de cumplimiento de la obligación») se repitió en el CC (artículos 506: «el deudor es responsable al acreedor de los daños e intereses que a éste resultaren por dolo suyo en el cumplimiento de la obligación» y 521: «si la inejecución de la obligación fuese maliciosa los daños e intereses comprenderán también las consecuencias mediatas») y en el CCYC. El artículo 1728 de éste dice «en los contratos se responde por las consecuencias que las partes previeron o pudieron haber previsto al momento de su celebración. Cuando existe dolo del deudor, la responsabilidad se fija tomando en cuenta estas consecuencias también al momento del incumplimiento». Y el artículo 1996 del Código Civil de Louisiana dice al respecto que el deudor en buena fe es responsable únicamente de los daños que eran previsibles al momento en que el contrato fue celebrado. El artículo 1997 reza: «el deudor de mala fe es responsable de todos los daños, previsibles o no, que sean consecuencia directa de su incumplimiento». En el caso *Inness* ya citado se equiparó

232. El texto del artículo 1454 del Código Civil de Chile (el llamado «Código de Andrés Bello») no difiere al respecto de las otras disposiciones al respecto que hemos analizado. La Corte Suprema chilena, por su parte, a partir de 2013 ha unificado su jurisprudencia y entiende que el criterio para determinar la calidad esencial es de carácter objetivo: «la calidad esencial deberá fijarla en último término el juez, atendiendo a las circunstancias en las que se celebró el acto jurídico y a lo que conforme con la noción común, con un criterio general, debe entenderse por tal calidad».

el dolo con la mala fe, aclarando que por ello debía entenderse «no la mera violación de la esperanza en el cumplimiento del contrato, sino su incumplimiento adrede por motivo de intereses o mala intención»[233].

6.14. EL DOLO («FRAUD») EN EL DERECHO ESTADOUNIDENSE

Nuestro análisis del derecho estadounidense se ha basado en las reglas normalmente aplicables en los casos de falta de autenticidad contenidas en el UCC, que, como dijéramos, se fundan en las normas generales sobre la compraventa y, en particular, en la violación de la garantía implícita de autenticidad que se impone al vendedor.

Los reclamos sobre la base del dolo son, sin embargo, posibles bajo algunas legislaciones estaduales. Más aún, los podríamos tildar de «convenientes», porque tienen la virtud de extender el plazo de prescripción de cuatro años del UCC (plazo que según la jurisprudencia desde el momento mismo de la entrega de la obra de arte) a seis años, o dos años desde la fecha en que el fraude fue o pudo haber sido descubierto[234].

Como consecuencia, las alegaciones de fraude del vendedor son frecuentes, con el propósito de extender el plazo de prescripción y con el argumento de que el vendedor sabía o debió haber sabido que la obra de arte no era auténtica. Sin embargo, a esos beneficios debe contraponerse el hecho de que en caso de demostrarse el fraude, el demandante solo recibirá como indemnización el valor de adquisición de la obra falsa (y no el valor que ésta tendría de haber sido auténtica[235].

Pero como ocurre en el derecho argentino (ver 6.12 y las referencias al caso *Ciardi*), la existencia del dolo no es de sencilla demostración, ni se presume a raíz del mero incumplimiento de una obligación contractual. En primer lugar, quien alegue el dolo deberá demostrar la existencia de manifestaciones falsas sobre circunstancias de hecho, efectuadas con el propósito de inducir a la víctima a realizar un acto que la perjudica. Si las manifestaciones constituyen apenas meras opiniones, para generar la responsabilidad de quien las formula será

233. *In re* «Voitier v. Antique Art Gallery», *loc. cit.*
234. En el caso del Estado de Nueva York, C.P.L.R. 213 (8) y 213 (11).
235. Lerner y Bresler, *op. cit.*, p. 96.

necesario demostrar la existencia de una relación fiduciaria o de confianza entre las partes.

La ausencia de esa relación de confianza fue la base de la sentencia que relevó a Christie's de toda responsabilidad por lo ocurrido en el llamado caso *Ravenna*, que en su momento conmovió los círculos vinculados con el arte de Buenos Aires y Nueva York[236]. La familia Ravenna debió abandonar Italia y migrar a la Argentina durante el fascismo. Entre los muebles y obras de arte llevados a Buenos Aires se encontraba un óleo («*Descendimiento de la cruz*» o «*Piedad*»), hasta ese momento considerado de autor anónimo. En julio de 1999, Ravenna fue visitado por un *marchand* francés de apellido Stromboni, quien ofreció comprar la obra por cincuenta mil dólares. Como la esposa de Ravenna se hallaba en Nueva York, con fotografías en colores del cuadro, Ravenna le pidió que averiguara en Christie's si sería conveniente vender el cuadro a Stromboni o, por el contrario, entregarlo a esa casa de subastas para su venta.

James Bruce-Gardyne, especialista de Christie's que revisó las fotografías de la señora Ravenna, atribuyó el cuadro a uno de los dos Nuvolone[237] y lo valuó en alrededor de diez mil dólares. Transmitida esa valuación al marido en Buenos Aires, éste procedió a venderlo a Stromboni en los cincuenta mil dólares que había ofrecido.

Seis meses más tarde, Christie's vendió el cuadro (que resultó ser obra de Ludovico Carracci[238]) al Metropolitan Museum de Nueva York en algo más de cinco millones de dólares. Lerner y Bresler transcriben la descripción de la obra en el catálogo de Christie's: «*gran redescubrimiento de una obre de uno de los grandes maestros de la pintura barroca italiana…Varias pinceladas revelan la mano de un maestro: la soberbia calidad de la naturaleza muerta de la corona de espinas, el ricamente empastado ángulo superior de la mortaja que se desliza por el peso del cuerpo de Cristo… El artista hábilmente ha acortado el brazo izquierdo de la Virgen María mientras los cru-*

236. Una descripción del caso puede encontrarse en Lerner y Bresler, *op. cit.*, I:612. Otros detalles han sido tomados de los periódicos de la época.
237. Pánfilo y Carlo Francesco Nuvolone (padre e hijo, 1581-1651 y 1609-1662, respectivamente). El primero alcanzo alguna relevancia con sus naturalezas muertas, mientras que el segundo.
238. Ludovico Carracci (1555-1619), pintor boloñés cuya pintura religiosa tiene hacia lo emocional. Inspirado en Correggio, marca la transición del manierismo hacia el Barroco. Hay varias obras de Carracci cuya paternidad es discutida. Véase 1.5 para una referencia a la familia Carracci.

jientes pliegues de su manga contrastan con la suave encarnadura de la mano… tus dedos índice y pulgar se apoyan suavemente en la mano de Cristo. Y sin embargo, no se trata de la mano sin vida de un hombre muerto sino la muñeca dislocada del Cristo crucificado, retratada con gran realismo…».

Lerner y Bresler agregan que semejante grado de detalle solo pudo haber sido obtenido a través de una revisión del cuadro original y no de sus fotografías.

Ante el precio alcanzado, Ravenna demandó a Christie's por la diferencia entre la suma obtenida y los cincuenta mil dólares recibidos. Lerner y Bresler lamentan que Ravenna haya demandado sólo por «*negligent representation*»: Christie's y Gardyne deberían haber sabido que la opinión dada a Ravenna sería utilizada por éste para decidir el destino de la obra. Pero para responsabilizar a la casa de subastas debería haber existido una relación fiduciaria entre Ravenna y Christie's, que bajo las leyes neoyorquinas, debería ser mucho más estrecha y formal que un mero vínculo entre comprador y posible vendedor[239]. La demanda fue rechazada[240].

Sospechamos que, si el caso se hubiera planteado en la Argentina, –y sobre la base de la escasa información disponible acerca del vínculo establecido entre la señora Ravenna y Christie's o si existió alguno entre ésta y Stromboni– la solución habría sido la misma. La opinión de Christie's, no constituyó, a nuestro parecer, una «carta de recomendación», que por definición solo está destinada a la obtención de crédito, sino apenas una mera opinión (sobre todo por el modo en que fue solicitada). Que Ravenna la utilizara para tomar una decisión acerca de vender o no una obra de arte que él consideraba anónima es, en principio, una consecuencia *remota* del acto de Christie's.

Si bien bajo el artículo 902 del CC «*cuanto mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor será la obligación que resulte de las consecuencias posibles de los hechos*», nos parece que «las consecuencias mediatas son imputables al autor del hecho cuando las hubiere previsto y cuando empleando la debida atención y conocimiento

239. En el estado de Nueva Jersey, por ejemplo, la relación entre quien opina y quien recibe la opinión puede ser mucho mas tenue para generar la responsabilidad del primero (Lerner y Bresler, *op. cit.*, p. 645).

240. *In re* «Ravenna v. Christie's, Inc.», Index Nº 121367-00 (N.Y. Sup. Ct., N.Y. County, 22 de marzo de 2001), *aff'd* 289 A.D. 2d., 15, 734 N.Y.S., 2nd., 21.

de la cosa, haya podido preverlas», según reza el artículo 904. Por su parte, «las consecuencias puramente casuales no son imputables al autor del hecho sino cuando debieron resultar, según las miras que tuvo al ejecutar el hecho».

Entendemos que la posición de Christie's al dar una opinión como la dada no puede equipararse con la de un auditor que opina acerca de la fiabilidad de los estados contables de una empresa, cuyas exigencias de veracidad y exactitud son mayores y a quien se le imponen severas sanciones en caso de falsedad.

VII. CUESTIONAMIENTOS A LA TEORÍA DEL ERROR

7.1. LA TEORÍA DE BORDA ACERCA DEL ERROR

Guillermo Borda, destacado jurista argentino[241], cuestiona duramente la noción misma de error (o, agregamos nosotros, suministra argumentos tanto para reducir el efecto del error en los contratos como para acortar la lista de tipos de error que pueden llevar a la nulidad o anulabilidad de un contrato). No es el único jurista que plantea dudas acerca de si el error es en realidad un vicio del consentimiento o *del conocimiento*[242].

Borda[243] recuerda que, para la teoría del error, el consentimiento no debe estar viciado por la falta de intención, uno de los elementos esenciales de la voluntad. La intención se encuentra ausente cuando existe el error. «Pero –objeta– [esa teoría] *es de una debilidad notoria*», pues «parte de la base de que solo una voluntad expresada en forma perfecta y con un conocimiento pleno del asunto puede ser válida». Agrega que «el error en la consideración de un negocio cualquiera no sólo es frecuente, *sino casi inevitable*». En apoyo de su tesis menciona a Laurent[244]: «si el error fuera motivo de nulidad, no es aventurado decir que

241. Nacido en 1914 y muerto en 2002. Ex juez de la Corte Suprema de Justicia, durante su actuación como Ministro del Interior llevó adelante una profunda reforma del Código Civil argentino, que rigió hasta agosto de 2015.
242. Para el derecho argentino, véase *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial,* Bueres, A. (Dir.) y Highton E. (Coord.); 2B:484; para el derecho chileno, Martinic Galetovic, M. y Reveco Urzúa, *loc. cit.*
243. *Tratado de Derecho Civil, Parte General,* II: 1126.
244. Laurent, F., *Principles de droit civil*, 1875, 15:561.

todos los actos serían nulos, puesto que el hombre sale constantemente de un error para caer en otro». Por esta razón, argumenta, los propios sostenedores de la teoría de los vicios del consentimiento han debido admitir importantes limitaciones (a las que juzga de arbitrarias) y por ello *no todo error es causa de nulidad*; así, no lo es el que recae sobre los motivos o las calidades accidentales de la cosa, ni el que proviene de una negligencia culpable, aunque sea esencial, ni cuando existe dolo recíproco. *Y, sin embargo, en todos estos casos la voluntad está viciada.*

Borda alega que se pretende mantener el principio de la necesidad de contar con una voluntad perfecta, pero *se niega la mayor parte de las consecuencias del error.* Para él, «no es posible hallar una justificación satisfactoria a las nulidades que se pretende fundar en el error de las partes». En función de ello, propugna abandonar «los análisis psicológicos estériles» y atribuir plenos efectos a la conducta externa de las partes, *en tanto no se demuestre que dicha conducta ha sido provocada por el hecho ilícito del co-contratante.*

Las manifestaciones de Borda sobre este punto en particular (esto es, sobre la necesidad de dejar de lado el aspecto subjetivo del consentimiento, para sustituirlo plenamente por datos objetivos) están lejos de ser pacífica y generalizadamente aceptados. Enrich Guillén[245] sostiene, por ejemplo, que «el consentimiento "es una nítida manifestación de orden subjetivo" y que el análisis para apreciar un error relevante […] se realiza teniendo en cuenta aspectos meramente subjetivos, forjados en la íntima esfera de la voluntad de quien emite ese consentimiento». No obstante la importancia que otorga al factor subjetivo, como si diera razón a Borda, recalca la necesidad de «acotar las consecuencias jurídicas del error como vicio invalidante del consentimiento».

Borda agrega que, en rigor, «para que el error determine la anulabilidad del acto, debe recaer sobre las cualidades sustanciales, que son aquellas tenidas principalmente en mira al contratar […]. Es decir, […] se trata de la causa del acto jurídico. El error sobre la sustancia […] no es otra cosa que el error sobre la causa: la obligación es nula porque falta ésta. *La teoría del error se subsume en la de la causa*».

245. Enrich Guillén, D., «Análisis jurídico del alcance de la subjetividad en el error como vicio invalidante del consentimiento», *Noticias Jurídicas*, 20 de julio de 2014 (*http://noticias.juridicas.com*).

Borda (como lo hiciera Vélez Sarsfield a otros efectos) menciona como ejemplo de la inaplicabilidad de la teoría del error a los casos de dolo o de falta de la condición expresada en el contrato con un ejemplo referido a la compra de una obra de arte: «*entro a un negocio a comprar un cuadro de Rafael. Le expreso mi deseo al vendedor, quien me vende un cuadro que no es del artista de mi preferencia. Si el vendedor sabía que no era de Rafael, es evidente que ha incurrido en dolo. La venta sería anulable por este motivo. Si el vendedor creía de buena fe que el cuadro era de Rafael y estaba equivocado, la compra será resoluble, porque falta una condición expresamente exigida por mí. Queda todavía otra posibilidad: que al comprar el cuadro, yo no haya dicho nada de que creía que era de Rafael y que el vendedor ignorara por lo tanto mi creencia y mi deseo. Es decir, no ha habido dolo del vendedor, ni condición exigida por mi parte. Este es el error "in mente retenta" único en el que tendría sentido práctico la teoría del error, ya que no hay vicios concurrentes que permitan por sí la anulación del acto. ¿Pero ese error "in mente retenta" puede justificar la anulación del acto? Indiscutiblemente no. Ante todo, para que el error pueda producir la anulación debe ser excusable. Y quien no ha tenido la precaución de exteriorizar su pensamiento respecto de un punto capital […] indudablemente ha incurrido en negligencia culpable: su error no es excusable*». Y añade: «el silencio de uno de los contratantes sobre la cualidad para él sustancial en el negocio puede importar un verdadero dolo: en el ejemplo del cuadro de Rafael, yo puedo callar que creo que el cuadro pertenece a aquel autor en la esperanza de que el vendedor no lo sepa y me lo venda a un precio menor del real». (Véase sobre este punto 6.13).

En conclusión, para Borda el error «in mente retenta» no puede admitirse como causal de nulidad, con lo cual se cierra la última posibilidad de aplicación práctica de la teoría del error.

7.2. LA POSICIÓN DE GUILLÉN

Enrich Guillén, no obstante las diferencias señaladas entre su posición y la de Borda en cuanto a la importancia de los factores subjetivos, se aproxima a la tesis de este último al sostener que «la aplicabilidad del error en el consentimiento como causa invalidante del mismo, en general, se estima con carácter restrictivo», puesto que «si no existe prueba del error relevante jurídicamente, como para dotarlo del rango

de error invalidante del consentimiento, no debe apreciarse la existencia del error como vicio en la prestación del consentimiento».

Como catetos que acaban uniéndose en el ángulo, las posiciones de Borda y Enrich Guillén terminan coincidiendo en que lo esencial parece ser «la prevalencia y salvaguardia de las obligaciones contractuales dimanantes del objeto y la causa del contrato». En otras palabras, más que concentrarse en la naturaleza del error, parecería que el análisis deberá concentrarse en el cumplimiento de las prestaciones esperadas bajo el contrato de compraventa.

VIII. EFECTOS DEL ERROR EN LA COMPRAVENTA DE OBRAS DE ARTE

8.1. EL ERROR COMO FALTA DE LAS CUALIDADES PROMETIDAS EN LA OBRA DE ARTE

Hemos dicho que el error puede afectar tanto la existencia como el consentimiento de cualquier acto jurídico o únicamente a efectos de los contratos (los que denominamos «primero y segundo nivel»). Pero, como anticipamos, existen un «tercer nivel» y aun un «cuarto», que tratan de los efectos del error sobre las estipulaciones y prestaciones específicas del contrato de compraventa. Los trataremos conjuntamente en los próximos dos capítulos.

Para el análisis que proponemos, un efecto de «tercer nivel» es la rescisión contractual como consecuencia, no ya del error, sino del incumplimiento de la obligación de entrega de la cosa prometida al haberse entregado otra diferente (*aliud pro alio*). Y el «cuarto nivel» se refiere al cumplimiento defectuoso o parcial de la prestación significativa de la compraventa, que permite, por ejemplo, el ejercicio de la acción *quanti minoris* para obtener la consiguiente reducción del precio.

En este punto seguimos a Messineo[246], quizás el primero de los doctrinarios que en los casos de obras de arte se planteó la disyuntiva de aplicar, antes que la teoría del error, las reglas propias de la compraventa[247].

246. Messineo, *op. cit.*, p. 114.

247. No obstante la enorme cantidad de «bienes culturales» en Italia, no existe allí «una disciplina específica para la venta de obras de arte, debiéndose hacer referencia, según los casos, a la disciplina general de la compraventa contenida en el Código Civil, a la de la tutela del consumidor contenida en el Código de

Messineo señala que la compraventa de obras de arte «es una figura no expresamente contemplada», por lo que, ante la ausencia de un marco normativo expreso, la aplicación de ciertos remedios o soluciones del derecho de los contratos en general o diseñados para enfrentar situaciones derivadas de la compraventa en particular resulta discutible si se los utiliza para resolver conflictos relativos a las obras de arte. Así, en su opinión, la ausencia de normas expresas lleva a que en estos casos «se mezclen principios relativos al error (o al dolo) y principios relativos a vicios de calidad».

8.2. ¿ERROR O VICIO DE CALIDAD DE LA COSA?

El dilema que plantea Messineo es sumamente relevante, puesto que, si se trata de error o vicio de la cosa, las soluciones serán diferentes. Así, cuando la autenticidad de una obra de arte es garantizada por el vendedor o asumida por el comprador, y tal autenticidad es inexistente, Messineo reconoce que, para la opinión dominante en doctrina, se trata de un error que anula el contrato. Sin embargo, el autor italiano se inclina por considerar preferible otra solución, basada en la ausencia de una cualidad esencial de la cosa; esto es, en un incumplimiento contractual.

En resumen (sin perjuicio del siguiente análisis y de cuanto hemos venido explicando), si hay error, éste nos llevará a la anulación del contrato; si, por el contrario, hay incumplimiento contractual, corresponde la resolución del contrato.

8.2.1. Error

Cuando de acuerdo con la posición tradicional existe el error, se aplica el artículo 1428 del CCI, según el cual «[aquél] es causa de anulación del contrato cuando es *esencial* y es *reconocible* por el restante contratante». Como se recordará (ver 6.1), el error es considerado esencial «(1) cuando recae sobre la naturaleza o el objeto del contrato;

Consumo (artículos 33 al 38, 45 al 67 y 128 al 135 del decreto legislativo 206 del 6 de septiembre de 2005) y, finalmente, a la referida a la tutela de los bienes culturales prevista en el Código respectivo (Título I, parte II del decreto legislativo 42 del 22 de enero de 2004)». Véase Consiglio, G., Clerici, F. y Cavagna di Gualdana, G., «La vendita dell'opere d'arte», en *Il diritto dell'arte: la circolazione delle opere d'arte*; G. Negri Clementi y S. Stabile (Dirs.), Skira, Milán, 2013, p. 137.

(2) cuando recae sobre la identidad del objeto de la prestación o sobre una cualidad de éste que, según la apreciación generalizada[248] o en relación a las circunstancias, debe considerarse determinante del consentimiento […]».

La «recognoscibilidad»[249] o reconocibilidad del error se verifica sobre quien recibe la oferta. El error es reconocible «cuando, con relación al contenido o las circunstancias del contrato o a la calidad de los contrayentes, una persona de diligencia normal habría advertido su existencia». La jurisprudencia, al analizar si ha existido error que cause la nulidad del contrato, requiere «una doble indagación: la primera, referida al contratante que asume haber caído en el error, dirigida a establecer si éste fue inducido a contratar en base a una representación distorsionada de la realidad; y la segunda, referida al cocontratante, dirigida a establecer si, con la diligencia normal, éste habría podido darse cuenta del error de la otra parte»[250].

Como vimos, las recientes modificaciones al régimen civil argentino han incorporado el requisito de la *reconocibilidad del error* por el receptor de la oferta errónea y dejado de lado la *excusabilidad*, referida a la capacidad del oferente para identificar la comisión de un error.

Debe notarse que quienes exigen que el error sea *reconocible* por el receptor de la oferta se aproximan al *bilateral mistake* del derecho estadounidense (ver 6.12).

8.2.2. Ausencia de cualidad esencial

Si, por el contrario, como prefiere Messineo, se entendiera que está ausente *una cualidad esencial de la cosa*, resultaría aplicable el artículo 1497 del CCI: «cuando la cosa vendida no tiene las calidades prometidas o aquellas esenciales para el uso al cual está destinada, el comprador *tiene derecho a obtener la resolución del contrato* según las disposiciones generales sobre la resolución por incumplimiento, siempre que el defecto de calidad exceda los límites de tolerancia establecidos

248. El texto original italiano dice «*il commune aprezzamento*», que hemos traducido como queda expuesto en el texto.
249. Así traduce Sentís Melendo el concepto de *reconocibilidad* antes mencionado.
250. Corte de Casación, Sec. 2ª, Civil, 25 de julio de 2011, n. 16240 (en *http//www.eldiritto.it/appgiurisprudenza.asp?id=6670*.

por los usos y costumbres». Éste es el que nosotros venimos llamando «efecto de tercer nivel».

8.2.3. Vicios de la cosa

Si bien desarrollamos el tema con más amplitud en el capítulo 9, creemos necesario incluir aquí esta referencia para completar la exposición del punto de vista de Messsineo frente al error.

En el caso de vicios o defectos ocultos, según el artículo 1485 del CCI, el vendedor será responsable ante el comprador de su saneamiento, aunque los ignorase. Esta disposición no regirá cuando se haya estipulado lo contrario, y el vendedor ignorara los vicios o defectos ocultos de lo vendido –lo que puede resultar poco creíble en el caso de vendedores profesionales de obras de arte– (La misma responsabilidad de saneamiento es impuesta ahora por el CCYC en sus artículos 1033 y siguientes).

En los dos casos anteriores, «el comprador podrá optar entre desistir del contrato, abonándosele los gastos que pagó, o rebajar una cantidad proporcional del precio, a juicio de peritos. Si el vendedor conocía los vicios o defectos ocultos de la cosa vendida y no los manifestó al comprador, tendrá éste la misma opción y además se le indemnizará de los daños y perjuicios, si optare por la rescisión».

La responsabilidad del vendedor deriva de su incumplimiento al entregar *una cosa viciada*, en violación a un deber implícito en su obligación contractual. Ello justifica la acción redhibitoria a favor del comprador[251]. Messineo expone la posibilidad de que el vendedor hubiera ofrecido al comprador un precio inferior al corriente, a cambio de disminuir su responsabilidad, pero un pacto semejante sería nulo «si el vendedor, de mala fe ha silenciado al comprador la existencia de los vicios», que, en el caso de la obra de arte no serían otros que su falta de autenticidad.

Tampoco habría responsabilidad del vendedor si, *al momento del contrato*, el comprador conocía la falta de autenticidad de la obra de arte o

251. No es ésta la única acción disponible para el comprador, quien también tendría acceso a la acción estimatoria («*quanti minoris*») para obtener la reducción del precio pagado, pero entendemos (en afirmación quizás discutible) que sea difícilmente aplicable en la compra de obras de arte. Véase, sin embargo, el caso *Monet* en 1.4.

ésta le era fácilmente reconocible (excepto si el vendedor hubiera asegurado expresamente la autenticidad).

Ambas soluciones derivan de lo establecido en el artículo 1490 del CCI, cuando, además de establecer la garantía implícita a la que nos hemos referido (esto es, la inexistencia de vicios que conviertan a la cosa en inidónea para el uso al cual ha sido destinada o que reduzcan de modo apreciable su valor), priva de valor al convenio por el cual se libera de responsabilidad al vendedor si éste ocultó los vicios al comprador. Esta es una derivación del principio general por el cual la exención contractual de responsabilidad no opera en casos de dolo o culpa grave.

Párrafos arriba hemos puesto énfasis en la expresión «al momento del contrato» al referirnos a la ocasión en la que surge la responsabilidad del vendedor. En nuestra opinión, tal responsabilidad subsistirá en los casos que el conocimiento del vicio (típicamente, la falsa atribución) ocurre con posterioridad a la conclusión del contrato, si la paternidad de la obra fue expresamente garantizada.

8.2.4. Culpa del comprador

Pero además, la «recognoscibilidad» de la falsificación o falsa procedencia no debe poder imputarse a la negligencia del comprador, si el vicio es de fácil comprobación. Messineo menciona la existencia de un mínimo de diligencia del comprador, y asume que la formación del contrato *se realiza en presencia de la cosa*. En el caso de las obras de arte, agregamos nosotros, debe tenerse en cuenta que las ventas en subastas (y sobre todo aquellas *on line*) se suelen realizar *en ausencia* de la cosa en cuestión. Ello debe redundar en la elevación de los estándares de cuidado y responsabilidad aplicables a las casas de subastas.

8.3. LA RESOLUCIÓN DEL CONTRATO Y EL CASO *DE CHIRICO I*

El CCYC modifica profundamente las normas aplicables a la rescisión y a la resolución. Obviamente, no haremos aquí un análisis detallado al respecto, pero bastará recordar que mientras la rescisión produce efectos para el futuro (artículo 1079 [a]), la resolución produce efectos retroactivos entre las partes. Como consecuencia, «*las partes deben restituirse, en la medida que corresponda, lo que han recibido en razón del contrato*

o su valor». Esa restitución debe ser *recíproca y simultánea*. El CCYC introduce cierto elemento de incertidumbre al establecer que «para estimar el valor de las restituciones del acreedor se toman en cuenta las ventajas que resulten o puedan resultar de no haber efectuado la propia prestación, su utilidad frustrada y, en su caso, otros daños». Sí queda claro que, para la resolución, *el incumplimiento debe ser esencial en atención a la finalidad del contrato* (sobre este punto véase 9.5).

Para el CCYC hay *esencialidad* cuando «el cumplimiento estricto de la prestación es fundamental dentro del contexto del contrato», o «el cumplimiento tempestivo de la prestación es condición del mantenimiento del interés del acreedor»; «el incumplimiento priva a la parte perjudicada de lo que sustancialmente tiene derecho a esperar»; «es intencional» o «ha sido anunciado por una manifestación seria y definitiva del deudor al acreedor» (artículo 1084).

No hay aun casos resueltos bajo estas normas, pero nos animamos a sostener que, bajo un contrato de compraventa de una obra de arte, la entrega de una obra falsa o mal atribuida constituye un incumplimiento esencial bajo cualesquiera de las hipótesis del artículo 1084, por lo que **el comprador** tendría el camino expedito para resolver el contrato. En cuanto **al vendedor**, nos parece que sólo el incumplimiento intencional del comprador le otorgaría ese derecho, pero no en todos los casos.

En el caso de la puerta de Banksy, ¿se podría alegar un incumplimiento intencional por parte del comprador para dar derecho a la resolución? No creemos que se trate de un caso de resolución: no debe perderse de vista que el artículo 1084 se refiere a la ausencia o defecto de la prestación comprometida («error de segundo nivel»), mientras que en el caso que nos ocupa se trata de un caso de vicio en el consentimiento («error de primer nivel»).

La resolución del contrato prevista en el artículo 1497 del CCI[252] «pone al comprador en condición de sustraerse a la [obligación de completar] la adquisición de la obra de arte y remite, por lo tanto, las cosas a su primitivo estado»: deberá restituir la cosa y el vendedor deberá devolver el precio recibido con sus intereses, reembolsar los gastos de aquél e indemnizar el posible lucro cesante. En un caso se planteó si el vendedor podría compensar los intereses sobre el precio con el «valor» del goce de

252. El artículo 1497 está trascripto en 8.2.2.

la pintura por el comprador desde la compra a la restitución. Como el cuadro no auténtico no es fungible ni sustituible por el verdadero, los intereses no pudieron ser compensados con un goce inexistente: «una cosa es la Gioconda original: otra, una copia bien hecha» dijo la Corte[253].

La doctrina ha señalado que la resolución es posible sólo en el caso de que el vendedor hubiese garantizado «explícita o implícitamente» la atribución de la obra de arte a un artista determinado, puesto que, al entregar al comprador una obra de un tercero, o una obra falsa, se trataría de un caso de *aliud pro alio invito creditori solvi non potest* («no se puede dar en pago otra cosa que la debida sin conocimiento del acreedor»). Para la jurisprudencia italiana, «que una obra de arte sea de un autor determinado es un elemento sustancial connatural a la obra misma, lo que le confiere esa específica calidad que impide asumir el requisito de la autenticidad como una simple calidad de la cosa, por lo que su ausencia importa que la cosa sea sustancialmente (y no meramente cualitativamente) distinta [a la prometida]»[254].

En el segundo caso identificado por Messineo (esto es, cuando no ha existido garantía de autenticidad por el vendedor), se aplica siempre el artículo 1428 referido al error, en la medida que éste sea relevante (lo que de ordinario no ocurre) y «recognoscible» por el vendedor. Para Messineo, en estos casos «la acción de anulación no es ejercitable por el comprador».

Distinta de la anterior es la solución derivada de considerar la falsificación o falsa atribución como *la ausencia de una calidad prometida* o *la falta de las cualidades esenciales,* lo que permite iniciar una acción de resolución por incumplimiento contractual. Para Messineo, esta acción es admisible cuando el defecto de cualidad *exceda los límites de tolerancia establecidos por las costumbres,* como lo dispone el ya citado artículo 1497 del CCI. En nuestra opinión, la falsificación o falsa atribución de la obra de arte *siempre excede esos límites de tolerancia.*

253. Corte de Casación, Sección Civil, 15 de febrero de 2008, n. 4604; Lombardo, A., «Quando il "controllore" sbaglia pennellata», *www.personnaedanno.it.*
254. Corte de Casación, Sección Civil, 14 de octubre de 1960, n. 2737, citado por Corio, M., «Rimedi alle difformità di un opera d'arte», *Italia Arte*, 1 de enero de 2010.

El ejemplo que mejor ilustra esta situación es el caso *De Chirico I* cuya solución, para nosotros, constituye el epítome de las decisiones en su género.

En 1946 un comerciante adquirió en una galería de Roma «*Piazza d'Italia*» un óleo firmado «Giorgio De Chirico 1913», con garantía de la propia galería e indicación de su «*provenance*» (colecciones en Génova y Milán). Cuando se pidió al artista que certificara la obra para permitir al comprador obtener los permisos necesarios para enviarla a los Estados Unidos, De Chirico se rehusó, la secuestró y finalmente la depositó con un notario. El frustrado comprador demandó tanto a la galería como al pintor. La demanda exigía que, luego de determinarse la autenticidad o falsedad de la obra, *en la hipótesis de que fuera auténtica,* se ordenara su devolución y se condenara a De Chirico a indemnizar al comprador *por el descrédito sufrido por la obra; y si fuera falsa,* se anulara la compra, se obligara a la galería a restituir el precio con sus intereses desde la fecha de pago y se indemnizara al comprador por los daños y perjuicios sufridos. A su vez, De Chirico solicitó que se declarara falsa la obra y se la destruyera.

Como se mencionó en 2.3.2, en 1955 la obra fue declarada falsa por la Corte de Casación[255], por lo que el tribunal debió tomar en cuenta esa declaración ante las pretensiones de las partes. Así, frente al pedido de De Chirico de destruirla, el tribunal dijo que «*como consecuencia jurídica inmediata del reconocimiento de la falsedad de la pintura, la Corte no considera admitir la solicitud de De Chirico de destruir el cuadro, ya que éste, para las otras partes, puede eventualmente tener un valor comercial independientemente de su origen. Bastará, en cambio, para eliminar la posibilidad de que el cuadro sea atribuido a aquél, ordenar la cancelación de las palabras "G. De Chirico 1913" mediante lijado (único medio técnicamente seguro).*

El comprador había solicitado que, de reconocerse la falsedad de la obra, se declarara *la resolución de la compraventa* y se condenara a la vendedora a restituir el precio con sus intereses y resarcir los daños sufridos. Frente a la posición de la vendedora de haber actuado de buena fe, el comprador mantuvo su posición de obtener la *resolución contractual*

255. *In re* «Sabatello», Corte de Casación, 1º Sección Civil, 1955; *Metafisica*, Nº 1-2, p. 342, 2002.

con las consecuencias mencionadas, «al haberse establecido que la cosa transferida no era la cosa pactada».

Para el tribunal, «*debe observarse que [el comprador], tanto en primera como en segunda instancia, lejos de ofrecer alguna prueba de la culpa de [la vendedora] al venderle "aliud pro alio", manifestó siempre (aun sin adoptar una posición neta), su plena confianza en la autenticidad del cuadro, que le había sido garantizada por la vendedora, y sostuvo, subsidiariamente, que, aun cuando se demostrara la buena fe de la vendedora, subsistiría igualmente su responsabilidad objetiva. A su vez, [la vendedora], aun sin haber podido probar la autenticidad del cuadro, ha ciertamente suministrado prueba convincente sobre las circunstancias que la indujeron al error de considerar que el cuadro vendido era efectivamente obra de De Chirico (la opinión de uno de los peritos, la proveniencia del cuadro de una colección seria, su exposición en una muestra pública en Roma, etc.). Siendo esos los presupuestos que dieron lugar a la venta del cuadro (seguridad tanto de la vendedora como del comprador de tratarse de un auténtico De Chirico), la única consecuencia jurídica que es dable extraer del reconocimiento de la falsedad del cuadro con relación al vínculo contractual entre comprador y vendedor es la anulación del contrato por vicio del consentimiento; es decir, por error ciertamente esencial, porque está referido a la autenticidad de la pintura, sin la cual no habría habido consentimiento y no se habría concluido la compraventa (artículos 1427 y ss., Código Civil). Por lo demás, tratándose de un error común a ambos contratantes, el contrato es anulable con prescindencia del requisito de la reconocibilidad, que habría sido, en cambio, necesario solo si el comprador hubiera caído en el error entendiendo comprar un cuadro de autor y la vendedora hubiese considerado que vendía sólo un cuadro ordinario de valor comercial, en cuyo caso debería haberse determinado si la vendedora, usando una diligencia y atención normales, hubiera podido reconocer el error del adquirente».*

La Corte de Casación entendió que «el efecto de la anulación del contrato por error de ambos contrayentes es, evidentemente, sólo la restitución "*in pristinum*" y, por consiguiente, en el caso, la restitución de la obra a la vendedora y del precio al comprador, sin que pueda hablarse de resarcimiento de daños ante la ausencia de culpa». El tribunal ordenó también el pago de intereses sobre el importe del precio desde la fecha en que el comprador solicitó la anulación de la compraventa; es decir, desde la interposición de la demanda.

El caso mencionado se detiene en las consecuencias del error bilateral (ver 6.12 *supra*) y, como lo hemos hecho nosotros, vincula la *bilateralidad* (tal como se la entiende bajo el derecho anglosajón) con la *reconocibilidad*.

8.4. LA TESIS DE MESSINEO BAJO EL DERECHO NO ITALIANO

Bajo el derecho español, de optarse por las reglas de la compraventa, las soluciones que sugiere Messineo no serían demasiado diferentes. En efecto, bajo el artículo 1484 del CCiv, «*el vendedor estará obligado al saneamiento por los defectos ocultos que tuviere la cosa vendida, si la hacen impropia para el uso a que se la destina, o si disminuyen de tal modo este uso que, de haberlos conocido el comprador, no la habría adquirido o habría dado menos precio por ella; pero no será responsable de los defectos manifiestos o que estuvieren a la vista, ni tampoco de los que no lo estén, si el comprador es un perito que, por razón de su oficio o profesión, debía fácilmente conocerlos*».

8.5. ¿HAY UN «USO» AL QUE LA OBRA DE ARTE ESTÉ DESTINADA?

Podría argumentarse que la obra de arte no tiene «un uso al cual está destinada», como rezan los artículos 1497 del CCI o 1484 del CCiv, recién mencionado. Sin embargo, el carácter único de la obra de arte hace que, en nuestra opinión, cualquiera sea el sentido que se atribuya al «uso», éste no pueda ser cumplido o satisfecho por una obra que no ostente el requisito de autenticidad.

La sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid mencionada en 2.7[256] hizo referencia a la posición de una de las partes, que atribuyó a la obra de arte, a pesar de ser falsa, haber cumplido *su función de ser disfrutada y contemplada visualmente* (*sic*), argumento descartado en el fallo. Exactamente lo mismo ocurrió en el caso italiano mencionado en 8.3: «una cosa es la Gioconda original; otra, una copia bien hecha»[257].

En el caso *Inness*[258] decidido en Louisiana –y al que nos referimos en 6.3– se reconoció que la adquisición de una obra de arte «tiene como

256. *In re* «Castellana Subastas Holding SA c. Doble A Promociones», *loc. cit.*
257. Corte de Casación, Sección Civil, 15 de febrero de 2008, n. 4604; Lombardo, A., «Quando il "controllore" sbaglia pennellata», *op. cit.*
258. *In re* «Voitier v. Antique Art Gallery», *loc. cit.*

objeto la gratificación de cierto disfrute intelectual («*gratification of some intellectual enjoyment*») ya sea en la religión, la moral o el gusto» por lo que la ruptura del contrato permite demandar por daños. El tribunal equiparó la violación de un contrato «para una obra de las bellas artes» con la ruptura de un compromiso matrimonial.

8.6. LA EVOLUCIÓN DE LA JURISPRUDENCIA ITALIANA

Tacente resume del siguiente modo los posibles remedios o soluciones que la legislación italiana pone al alcance de los tribunales en los casos de error (esto es, en sus palabras «la divergencia entre la cosa transferida y aquella contemplada en el contrato»): la disciplina de los vicios de la cosa vendida –posición prácticamente abandonada en la medida que no exista una imperfección o alteración material de la obra–; las normas relativas a la resolución contractual por falta de la calidad prometida o calidad esencial; las referidas a la resolución por incumplimiento consistente en la entrega de una cosa por otra (*aliud pro alio*) y la anulación por vicio en el consentimiento por dolo o error sobre la identidad de la obra de arte objeto del contrato o de una cualidad de aquella[259].

Tacente ha puesto de relieve que tanto la doctrina como la jurisprudencia italianas han mostrado dudas acerca de la tutela que debe acordarse al comprador, puesto que en algunos casos se ha optado por hacer jugar la garantía por vicios o la ausencia de una cualidad esencial o prometida, y en otros la nulidad del contrato de compraventa por error en la calidad de la obra de arte. La primera alternativa es juzgada por este autor como insuficiente, «dado el brevísimo plazo de prescripción y de caducidad, poco adaptables a la naturaleza de una obra de arte que no evidencia sus vicios a través de su uso ni cuyas cualidades prometidas se pueden verificar por medio de su utilización»[260]. La segunda, en cambio (anulación de la venta por error en la calidad de la cosa) permite al comprador valerse de un plazo de prescripción más prolongado (cinco años) *y que comienza a correr desde*

259. En el mismo sentido, Calabi, G. y Zollino, R., «Caveat emptor: come si tutelano l'acquirente e il venditore nel caso di vendita di opera d'arte non autentica», en *Rivista di arti e diritto on line,* Nº 2, 2004 (*www.aedon.mulino*).
260. Tacente, *op. cit.*, p. 166.

el descubrimiento del error. Una explicación similar acerca de la evolución de la jurisprudencia italiana puede encontrarse en Segnalini[261], y una aplicación concreta de estas reglas puede encontrarse en lo resuelto en el caso *De Chirico II* analizado en 8.8.

Si bien aquella solución fue la más frecuente en los primeros años del CCI –y aun la adoptada en la Argentina en el caso *Fader* de 2014–, la jurisprudencia se inclinó con posterioridad por una tercera alternativa, al considerar que «la patología de la venta [de la obra de arte falsa] pasó de un perfil genético a otro funcional, al afirmarse que la falta de autenticidad constituía no un error sobre la calidad de la cosa vendida sino un *aliud pro alio*: un incumplimiento del vendedor en los términos del artículo 1453 del CCI[262] que da derecho a la resolución contractual, y cuya acción está sujeta a la prescripción decenal genérica».

Nosotros agregamos que el cambio de postura de la jurisprudencia italiana –del perfil genético al perfil funcional– equivale a pasar de los efectos del error «de segundo nivel» (esto es, sobre los contratos) a los efectos sobre las prestaciones adeudadas bajo el contrato de compraventa (nuestro llamado «tercer nivel»).

Existen también diferencias en cuanto a la extensión del resarcimiento, según se opte por una posición u otra: cuando la compraventa de una obra de arte es anulada, el daño resarcible se limita solo al interés contractual negativo: el comprador puede solicitar, además de la restitución del precio pagado, el reembolso de los gastos efectuados en razón de la venta.

En los casos de resolución, en cambio, el daño resarcible incluye el interés contractual positivo, y el comprador podrá pedir, además de la restitución del precio, el resarcimiento del lucro cesante (es decir, la pér-

261. Segnalini, S., «Compravendita di opere d'arte e da collezione» en *Dizionario Giuridico dell'Arte*, Skira, Milan, 2009, p. 93.

262. El artículo 1453 reza: «en los contratos con prestaciones recíprocas, cuando uno de los contrayentes no cumpla sus obligaciones, el otro podrá, a su elección, solicitar el cumplimiento o la resolución del contrato, dejando a salvo en cada caso, el resarcimiento del daño. La resolución podrá ser demandada aun cuando el juicio para obtener el cumplimiento haya sido ya promovido, pero no podrá solicitarse el cumplimiento cuando haya sido solicitada la resolución. Desde la fecha de la demanda de resolución, el incumplidor no podrá cumplir con su obligación».

dida sufrida a causa del incumplimiento). Ese lucro cesante resulta de la diferencia entre el precio pactado y el mayor valor que la obra de arte, si hubiera sido auténtica, habría conseguido al momento de la venta (en caso de culpa del vendedor) o al momento de la liquidación del daño, si el vendedor hubiera actuado con dolo.

El comprador deberá demostrar, por sobre todas las cosas, que la autenticidad de la obra fue pactada explícita o implícitamente o garantizada por el vendedor y luego, el incumplimiento; es decir, la falta de correspondencia entre la obra mencionada en el contrato y la efectivamente entregada.

Un precedente italiano ha sostenido que, «desde que la resolución implica la obligación del contratante incumplidor de reintegrar a la otra parte, a título de resarcimiento del daño sufrido y también el lucro que haya perdido como consecuencia de la inejecución de la prestación, no caben dudas de que, en el caso de resolución por incumplimiento del vendedor de la compraventa de un cuadro luego declarado falso, se debe reconocer al comprador el derecho no solo a la restitución del precio pagado, sino también al resarcimiento del mayor valor que el cuadro habría tenido si hubiera sido auténtico, pero ese principio, en caso de culpa, no puede ser aplicado también al mayor valor adquirido por el cuadro después de la venta, puesto que no era previsible»[263].

Pero nos parece que las conclusiones anteriores son válidas en la medida de que sea posible demostrar la autenticidad de la obra; es decir, que se la pueda adscribir a un artista o período previamente identificados. Algunos autores han negado tutela al comprador en atención a la dificultad de llegar a una atribución definitiva de una obra a un artista determinado, especialmente luego de su muerte. Ello por cuanto no es posible, en principio, llegar a resultados del todo veraces ni siquiera con el auxilio de una pericia o de críticos de arte que con frecuencia se contradicen entre sí.

En base a estos aspectos, la jurisprudencia ha excluido en hipótesis semejantes la posibilidad de anular el contrato por error acerca de la paternidad de una obra de arte cuando su autor es incierto. Y esto

263. Corte de Casación, sentencia del 16 de abril de 1984, n. 2457, citado por Tacente, *op. cit.*; Gallo, Paolo, «Le restituzioni contrattuali», en *Studi in onore di Niccolò Lipari*, Giuffrè, Milán, 2008, p. 1075; Galgano, F., *Trattato di diritto civile,* Walter Kluwer Italia, I:598.

por cuanto el error presupone una certeza objetiva sobre la sustancia de la cosa, y este elemento no puede reconocerse en la determinación del autor de una obra de arte cuando faltan elementos probatorios documentales y datos históricos que permitan establecer esa paternidad con absoluta certeza[264].

8.7. CUESTIONAMIENTOS A LA JURISPRUDENCIA ITALIANA

Al cuestionar las conclusiones recién expuestas, Lemme[265] ha sido sumamente ácido (si no sarcástico) al comentar un artículo del crítico Federico Zeri[266] llamado «*Un Lelio Orsi trasformato in Correggio, ovvero un archetipo della perizia commerciale*»[267]. (Nótese, por favor, que la «*perizia commerciale*» mencionada en el título hace referencia a la *astucia* o *viveza*, y no a un dictamen o prueba judicial). Allí Zeri revela la exitosa venta realizada el 5 de marzo de 1679 por el *marchand amateur* Sebastiano Resta de una *Anunciación* atribuida a Correggio[268] mediante el ardid promocional de mostrar certificaciones «al portador» firmadas por trece pintores activos en Roma en ese momento. Resta sostenía que además poseía otras tres certificaciones de reputados pintores que atribuían el cuadro a Correggio. Zeri demostró que, en realidad, se trató de una maniobra publicitaria por parte de Resta, puesto que la obra no era de Correggio sino de su alumno Lelio Orsi da Novellara[269] y reveló el fraude cometido.

Lemme deja de lado los comentarios de Zeri acerca del ardid de Resta para concentrarse en los aspectos jurídicos de la cuestión

264. Véase *Annali Italiani del Diritto d'autore, della cultura e dello spettacolo*, 2006, p. 555.
265. Lemme, F., *È possibile impugnare a distanza di secoli un contratto fondato su un'errata atribuzione?, www.studiolemme.it.*
266. Federico Zeri, historiador del arte italiano (1921-1998), experto en pintura renacentista italiana y conocido presentador televisivo. Escribió numerosos artículos periodísticos sobre arte en el diario *La Stampa*. Fue uno de los pocos expertos en señalar que las supuestas esculturas de Modigliani halladas en el río Arno en Florencia eran falsificaciones. Fue profesor en Roma, Harvard y Columbia.
267. Zeri, F., en *Diari di lavoro* n° 2, Einaudi, pp. 123 y ss.
268. Antonio Allegri da Correggio, pintor renacentista italiano (1489-1534), alumno de Mantegna. Fue uno de los pioneros en el uso de la luz y un precursor de la pintura barroca.
269. Lelio Orsi di Novellara, pintor manierista italiano (1508 o 1511-1587) de quien se conservan pocas obras, casi todas de tamaño reducido.

y recordar que, desde el derecho romano, los contratos celebrados por error son anulables y que la acción respectiva prescribe a los cinco años desde que el vicio es descubierto. Lemme sostiene entonces que si hubiera aun hoy descendientes de Resta y del comprador de la pintura, y si éstos últimos leyeran el artículo de Zeri, podrían, *luego de 350 años*, impugnar el contrato concluido en 1679 por dolo, si lograran demostrar que Resta sabía que el verdadero autor era Orsi y que éste orquestó una campaña de promoción para convencer al público en general y al comprador en particular de que el cuadro era de Correggio. En caso contrario, los herederos de la víctima podrían al menos impugnar la compraventa por error común, al ser evidente que ambos contratantes habían supuesto una paternidad mucho más honrosa para la obra en cuestión.

«Esta es la conclusión a la que se puede llegar a través del juego de los artículos del CCI que, según Lemme, han codificado reglas sobre el error y el dolo, de aplicación milenaria y ya vigentes en 1679». Lemme se pregunta si acaso no es un principio «fundamentalísimo» del derecho aquél por el cual, «luego de transcurrido un plazo variable (pero jamás *ilimitado*) las situaciones jurídicas ya no pueden ser discutidas». Sobre un principio semejante, dice, reposan institutos tales como la usucapión y la prescripción. En consecuencia, sugiere que la solución del problema está dada por el artículo 2033 del CCI, que prevé la acción para el cobro de lo pagado por error, y reconocida por el derecho romano como «*condictio indebiti*». Debe distinguirse entre esta acción –dice Lemme– y las acciones de nulidad o anulación del contrato, de modo tal que, transcurridos los diez años de prescripción de la acción para lograr el cobro de lo abonado por error (artículo 2946 del CCI), ya no sea posible repetir del vendedor lo que éste hubiera recibido en virtud de un título posteriormente declarado nulo o anulado.

En otros términos, aclara Lemme, los herederos de quien compró el cuadro que Resta atribuyó falsamente a Correggio (cuando en realidad era obra de Orsi), podrían obtener la anulación del contrato, pero no recuperar lo pagado, ¡y mucho menos con los intereses devengados durante 350 años! El hecho de constatar que su demanda sería solo «virtual» los disuadiría de emprenderla solo «para la gloria», agrega Lemme. «La motivación económica, añade, es una regla

ultra jurídica, normalmente acompañada de la infalibilidad: en ella es necesario confiar para evitar desproporciones jurídicas que, de lo contrario, serían insuperables».

Pero he aquí que la solución italiana recién descripta (es decir, la aplicación del plazo de prescripción decenal para la *condictio indebiti*) *no funciona bajo el derecho argentino*. En efecto, tratándose el pago de un acto jurídico, corresponde aplicar la prescripción de dos años estipulada para la acción de nulidad del pago efectuado por error (artículo 4030). *Pero como ésta corre desde que el error fue conocido,* este camino nos volvería a colocar en la situación que Lemme reputa «desproporcionada».

Esto es un ejemplo de nuestra «teoría de los niveles del error»: como éste, bajo el derecho argentino, es un instituto «de primer nivel» que afecta a todos los hechos y actos jurídicos, y no sólo a los contratos, *se encuentra más alejado de éstos, y por consiguiente sus efectos son más drásticos*. Bajo el derecho italiano, en cambio, el error puede afectar sólo a los contratos (tiene efectos de «segundo nivel») o sólo a las prestaciones del contrato de compraventa (con efectos de «tercer nivel»), por lo que sus consecuencias son más benignas sobre la suerte que ha de correr el contrato en cuestión.

Bajo el nuevo CCYC, la situación cambia ligeramente, pues «en la acción de declaración de nulidad relativa, de revisión y de inoponibilidad de actos jurídicos, el plazo se cuenta […] si se trata de vicios de la voluntad […] desde que el error o el dolo se conocieron *o pudieron ser conocidos*». Esta última adición (inexistente en el Código de 1869) abre la puerta a múltiples especulaciones acerca de si el comprador de una obra de arte *pudo o no haber conocido* el error.

8.8. EL CASO *DE CHIRICO II*

Un precedente jurisprudencial italiano puso de relieve los conflictos señalados en 8.6 y 8.7 acerca del marco legal aplicable a los plazos de prescripción en los casos de error en la compraventa de una obra de arte. A raíz de un procedimiento penal, un cuadro fue considerado falso. El frustrado comprador inició pleito al vendedor para obtener la resolución del contrato por haberse entregado una cosa diferente a la

prometida (el llamado *aliud pro alio*) y la devolución de lo pagado, además de los daños y perjuicios sufridos.

La Corte de Casación entendió que el derecho a solicitar la resolución del contrato (y el consiguiente derecho a obtener una indemnización por los daños y perjuicios sufridos) estaba sujeto a la prescripción decenal ordinaria, cuyo plazo comenzó a correr desde la entrega de la obra. El tribunal indicó que se habría podido configurar una hipótesis de anulabilidad del contrato por error (porque una o ambas partes actuaron sobre la falsa representación de la realidad) o por dolo (si el vendedor hubiera inducido al comprador a efectuar la compra con artificios). Una acción semejante habría estado sujeta a un plazo de prescripción de cinco años que, a diferencia de la prescripción decenal, habría comenzado a correr *desde el descubrimiento del error o del dolo*[270].

Una solución similar habría ocurrido bajo el artículo 1304 del CCF (modificado por la ley nº 68-5 del 3 de enero de 1968), puesto que «en todos los casos en que la acción de nulidad o de rescisión de un contrato no estuviera limitada a un tiempo menor por una ley particular, esta acción durará cinco años». Pero este plazo, en el caso de error, «sólo correrá […] *desde el día en que sea descubierto*».

8.9. EL CASO *DELLA QUERCIA*

Este caso es relevante toda vez que involucró dos cuestiones importantes: el error sobre una cualidad esencial en cuanto causal de nulidad de la compraventa de la obra de arte y el error sobre el valor de la obra de arte.

Los hermanos Bartolomei Corsi vendieron en 1977 al Ministerio de Bienes Culturales italiano dos esculturas, una de madera, de tamaño natural, representando la Virgen con el Niño, obra del maestro de la Capilla Pellegrini, del S. XV y otra, de terracota, con la imagen de San Antonio Abad, también del S. XV. Al tiempo, descubrieron que la primera de ellas había sido atribuida a Jacopo Della Quercia, por lo que su valor era inestimable, y, por supuesto, muy superior

270. Consiglio, G., *et al.*, «La vendita di opere d'arte», en Negri-Clementi y Stabile, *Il diritto dell'arte: la circolazione delle opere d'arte*, 2:137; Skira, Milán, 2013.

a los 85 millones de liras que cobraron por ambas. Sostuvieron, en consecuencia, que la compraventa debía ser declarada nula por cuanto su consentimiento estaba afectado de error esencial, reconocible por el comprador, por lo que demandaron al Estado italiano ante los tribunales de Roma.

En 1991, la demanda fue rechazada. En apelación, la Corte de Apelaciones de Roma confirmó el rechazo en 1994. Entre sus argumentos, merece citarse la falta de pruebas ciertas al momento de la venta acerca de la atribución de paternidad de la estatua en cuestión a Della Quercia, hipótesis ya planteada aun antes de la operación motivo del litigio, y la presunción de que los vendedores ya habían tenido noticia de las opiniones sobre la paternidad de la estatua vertidas por un conocido crítico de arte, por lo que su ignorancia al respecto era culpable.

Además, el tribunal sostuvo, entre otros argumentos, que el precio pagado era congruente con las condiciones de la obra al momento de la enajenación, que los vendedores jamás argumentaron que no habrían concertado la venta de haber estado al tanto de su supuesta paternidad y que la atribución a Della Quercia fue el resultado de las tareas de restauración llevadas a cabo por el comprador.

En 1998, la Corte de Casación anuló la sentencia anterior, dando la razón a los vendedores, sobre la base de que «existía un innegable defecto de motivación», puesto que no existía ningún elemento susceptible de demostrar el fundamento del axioma implícito en las proposiciones de la instancia anterior según el cual la entidad del precio pactado en la venta demostraría la posible pertenencia de la estatua a un artista distinto del Maestro de la Capilla Pellegrini y, en particular, a della Quercia. También objetó la Corte que, al negarse la paternidad de la obra a este artista no se habría considerado el dato «de indudable valor decisorio» de que el gobierno hacía cuatro lustros que exponía en museos y muestras oficiales la escultura como obra de Della Quercia.

Para el tribunal, se trató de un error de los vendedores, susceptible de determinar la invalidez de la venta sobre la base de los artículos 1427 y siguientes del CCI (que permiten solicitar la anulación del contrato cuando existe un error esencial reconocible por la contraparte sobre la naturaleza o el objeto del contrato o sobre su identidad

o una calidad del mismo que, según la apreciación generalizada o en relación a las circunstancias, debe considerarse determinante del consentimiento).

La Corte estableció que, *en el tema de la venta de obras de arte, el error de uno o de ambos contrayentes sobre la autenticidad de la obra puede, sin duda, conducir a la caducidad del contrato, porque implica que éste ha sido concluido por efecto de una falsa representación de la identidad o de la calidad esencial del objeto, que afectó a una o a ambas partes al momento de la estipulación del acuerdo.*

Para la doctrina la Casación no dio importancia al argumento de la inexcusabilidad del error. «Las normas vigentes no han atribuido relevancia a la eventual negligencia del sujeto incurso en el error; es decir, a la excusabilidad o no del error, y la justificación de la decisión legislativa reside en la exigencia de no crear complicaciones inútiles al mercado, donde, con frecuencia, los contratos son estrechamente interdependientes». En otras palabras, «el error reconocible es causa de la anulabilidad del contrato, aunque sea inexcusable»[271].

8.10. LA SOLUCIÓN DE «TERCER NIVEL» DEL DERECHO ESTADOUNIDENSE

Hemos hecho ya referencia a la acción por daños que, en los Estados Unidos, el artículo 2-725 del UCC otorga al comprador contra el vendedor, como remedio para los casos de incumplimiento de cualquier contrato de compraventa.

La jurisprudencia ha sido prácticamente unánime en sostener que el plazo corre desde la entrega de la cosa, como ocurre con respecto a cualquier contrato de compraventa. Entre los casos mencionados por Lerner y Bresler[272] se encuentra el de «*Femme debout*», un cuadro de Vuillard[273] adquirido en 1961 con garantía de autenticidad a las Hammer Galleries en Boston. Al revisarlo antes de su reventa, en 1984, un experto lo declaró falso. Los compradores demandaron a Hammer por violación de la garantía y negligencia. Tanto en primera como en segun-

271. Campagnolo, R., «L'errore sull'identità dell'autore nella negoziazione di opere d'arte», en *Responsabilità civile e previdenza*, LXV:4 (2000). Giuffrè, Milán.
272. Lerner, R. y Bresler, J., *op. cit.*, pp. 298 y ss.
273. Edouard Vuillard, pintor e ilustrador francés (1868-1940). Sus colores suaves y borrosos son característicos.

da instancia se sostuvo que el plazo se debía computar desde la entrega de la obra por el vendedor, a menos que se hubiera entregado una «garantía de buen funcionamiento» («*warranty of future performance of the goods*») (*sic*) en cuyo caso el cómputo del plazo habría comenzado desde que el incumplimiento hubiera sido descubierto.

Nos parece criticable la asimilación de la acción por incumplimiento con un caso de responsabilidad del fabricante[274]. Sin embargo, un argumento semejante al nuestro fue expuesto en el caso Vuillard. Los compradores sostuvieron que la autenticidad es una calidad inmutable, por lo que, desde la perspectiva del mercado de arte, el proceso de determinar la autenticidad de una obra de arte requiere dos investigaciones por separado: la de quién decide la autenticidad y sobre qué bases se la establece[275].

Lo mismo ocurrió con «*El bombardeo de Ford Sumter*» una obra de Bierstadt[276]. En 1981, vendedor y comprador pensaron que la atribución era correcta; sin embargo, tiempo después los expertos comenzaron a tener dudas al respecto, hasta que en 1986 se la atribuyó definitivamente a Key[277], un pintor de menor jerarquía. Ante la demanda de los compradores, los tribunales reiteraron su postura acerca del cómputo de los cuatro años a partir del momento de la entrega por el vendedor[278].

En un tercer caso, en 1968 los compradores adquirieron «*Las señoritas Wertheimer*», con garantía de haber sido pintado por John Singer Sargent, a la galería Spanierman en Nueva York. El vendedor les proveyó, durante varios años, tasaciones de la obra a efectos de mantenerla asegurada. Cuando fue enviada a Christie's para la venta en 1987 los compradores fueron informados de que se trataba de una falsificación. Otra vez, los tribunales sostuvieron que la acción estaba prescripta, pues habían transcurrido ya los cuatro años desde la entrega por el vendedor. «Los compradores podrían haber descubierto el

274. *In re* «Wilson v. Hammer Holdings, Inc.», 850 Fed. 2nd., 3 (primer circuito, 1988).
275. Rhodes, A. M., *Art law and transactions*, p. 77; Carolina Academic Press, 2011.
276. Albert Bierstadt (1830-1902) aunque nacido en Alemania es considerado un pintor estadounidense. En este país se dedico a la pintura de paisajes del Lejano Oeste.
277. John Ross Key, pintor estadounidense (1832-1920), cuya temática se concentró también en paisajes del Oeste de los Estados Unidos.
278. *In re* «Firestone & Parson v. Union League of Philadelphia», 672 Fed. Supp. 819 (E.D.Pa), *aff'd*, 833 Fed. 2nd. (Segundo circuito, 1988).

incumplimiento tanto inmediatamente después de la venta como más tarde» dijo la sentencia[279].

IX. LA FALTA DE AUTENTICIDAD DE LA OBRA DE ARTE COMO VICIO OCULTO

9.1. LA RESPONSABILIDAD POR VICIOS OCULTOS

9.1.1. El derecho continental

Como ocurre con la compraventa en general, las obligaciones de quienes venden obras de arte son mayores si hacen de ello profesión habitual. El CCYC impone a quienes transmiten bienes a título oneroso, la obligación de saneamiento (artículo 1033) –equivalente al artículo 1461 del CCiv–, que implica no solo responsabilidad por evicción sino también por vicios ocultos –que en nuestra opinión resulta una categoría que incluye a los vicios redhibitorios– (artículos 1034 del CCYC y 1474 del CCiv), aunque no haya sido estipulada por las partes (artículo 1036 del CCYC). Si bien ellas pueden aumentar, disminuir o suprimir dicha responsabilidad, ello no puede ocurrir cuando *el enajenante conoció o debió conocer la existencia de vicios o si actúa profesionalmente en la actividad a la que corresponde la enajenación*[280].

El comprador puede optar por reclamar al vendedor (a) la subsanación de los vicios (cuestión que, en el caso de adquisición de obras de arte puede encontrar serias dificultades prácticas), (b) un bien equivalente si es fungible (lo que puede presentar idénticas –si no mayores– dificultades, tratándose de obras de arte), o (c) la resolución del contrato, salvo que el defecto sea subsanable.

¿Puede constituir la falta de autenticidad un *vicio oculto* de la obra de arte? La nueva legislación argentina hace mención, indistintamente, a «vicios» y «defectos», por lo que utilizaremos ambos términos sin diferenciar el uno del otro. No obstante nuestra posición, la doctrina y jurisprudencia italianas han opinado que la falta de autenticidad no constituye un vicio redhibitorio: como explicamos

279. *In re* «Rosen v. Spanierman», 894 Fed. 2nd., 28 (Segundo circuito, 1990).
280. Excepto que el adquirente también se desempeñe profesionalmente en esa actividad (artículo 1038, CCyC).

en capítulos anteriores, constituye un error sobre la calidad de la obra de arte o un incumplimiento del vendedor de sus obligaciones bajo la compraventa[281].

El artículo 1051 del CCYC –similar al 1484 del CCiv– considera «vicios redhibitorios» a los defectos que hacen a la cosa *impropia para su destino por razones estructurales o funcionales*, o *disminuyen su utilidad a tal extremo que, de haberlos conocido, el adquirente no la habría adquirido o su contraprestación hubiese sido significativamente menor*. La referencia a que el vicio redhibitorio *no era conocido al tiempo de la adquisición* confirma nuestra posición de que vicios ocultos y vicios redhibitorios, más allá de las diferencias técnicas que tengan, reciben idéntico tratamiento legal. El artículo 1052 amplía el concepto al establecer que un defecto es un vicio redhibitorio *si el enajenante garantiza la inexistencia de defectos o cierta calidad de la cosa transmitida, aunque el adquirente debiera haber conocido el defecto o la falta de calidad*. También son vicios ocultos, *a contrario sensu*, los defectos que el adquirente no conoció, ni pudo haber conocido mediante un examen adecuado a las circunstancias del caso al momento de la adquisición, *mientras existieran al tiempo de la adquisición, excepto si el vendedor actúa profesionalmente en la actividad a la que corresponde la transmisión* (argumento, *a contrario*, artículo 1053).

9.1.2. El derecho anglosajón

La doctrina estadounidense ha puesto énfasis en la frecuente existencia de defectos en las obras de arte. Lerner y Bresler[282] sostienen, con razón, que «los defectos abundan en las obras de arte, con tanta frecuencia como en cualquier otro tipo de bienes. Por consiguiente, el comprador de arte debería tomar las mismas precauciones que cualquier comprador prudente aplica en operaciones comerciales de valor similar».

En el caso «Dawson v. Malina», resuelto en Nueva York, los errores acerca de la calidad de las cosas objeto del contrato (varias vasijas y tallas de jade de origen chino) fueron considerados como discrepancias con la

281. Tacente, *op. cit.*, p. 167.
282. Lerner, R. y Bresler, J., *Art law*, Practising Law Institute, Nueva York, 3ª. Ed., 2005, 1:75.

garantía implícita de autenticidad que la ley impone al vendedor. Como consecuencia del disenso entre los «*expert witnesses*» convocados por las partes, los jueces debieron analizar si las descripciones brindadas por el vendedor se correspondían exactamente con los dictámenes de aquellos. Ante la respuesta negativa en varios casos, el tribunal ordenó la rescisión parcial del contrato y la devolución del precio más sus intereses calculados desde la fecha de compra.

X. BREVE RESEÑA DE LA COMPRAVENTA DE OBRAS DE ARTE FRENTE A LA PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR

No es el propósito de este trabajo analizar el complejo normativo que intenta proteger los derechos del consumidor. Reseñamos el tema al sólo efecto de determinar hasta qué punto ese conjunto de normas puede resultar aplicable. Como ellas difieren de una jurisdicción a otra, más allá de los principios generales, suele haber sustanciales diferencias en cuestiones de detalle.

10.1. LAS DEFINICIONES DE «CONSUMIDOR» Y DE «BIENES DE CONSUMO» Y SU CRÍTICA

La ley argentina de defensa al consumidor (Nº 24240 de 1993) define al consumidor en términos muy amplios: «*toda persona física o jurídica que adquiere o utiliza bienes o servicios en forma gratuita u onerosa como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social. […] Se considera asimismo consumidor o usuario a quien, sin ser parte de una relación de consumo, como consecuencia o en ocasión de ella adquiere o utiliza bienes o servicios como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social, y a quien de cualquier manera está expuesto a una relación de consumo*». Aunque la ley mencionada no ha sido expresamente derogada por el CCYC, éste ha adoptado una nueva definición, similar al principio sentado en la legislación anterior, ya que prácticamente la repite al pie de la letra.

La legislación española suministra una definición más acotada que la contenida en la ley argentina. Así, el consumidor es «*la persona física que actúe con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión. Son también consumidores a efectos de esta norma las personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro en*

un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial». Bajo el derecho italiano la definición de consumidor también parece más «estática» que la argentina («*la persona física que actúa por motivos extraños a la actividad empresarial o profesional que eventualmente desarrolla*»)[283], en línea con la legislación española.

Mientras la definición argentina parece una definición «dinámica» (*consumidor es quien adquiere*), las definiciones española e italiana son «estáticas», basadas en el rol posicional del consumidor en la sociedad. Aparecen dirigidas entonces sólo a favor de *las personas físicas* que no hacen oficio ni profesión de la adquisición de obras de arte. La doctrina italiana excluye a los museos, galerías de arte, entes y fundaciones públicos de la categoría de consumidores[284]. Como la ley argentina es diferente, en nuestra opinión un museo es un consumidor, pues adquiere «como destinatario final»; no así un *marchand*. Puesto que una obra de arte es un «bien» susceptible de «adquisición» por un comprador «en beneficio propio» y «como destinatario final», la definición argentina, en nuestra opinión, incluye a todos quienes adquieren obras de arte como destinatarios finales, sean personas jurídicas o físicas.

La legislación española elimina la posibilidad de que la compraventa de obras de arte caiga dentro del ámbito de protección al consumidor al referirse en algunos casos a «bienes o servicios de uso o consumo común, ordinario y generalizado»[285], lo que no parece incluir a aquéllas. Pero en otras circunstancias, sin embargo, se refiere a todo tipo de bienes [como lo hace el artículo 59 *bis* (a) referido a las garantías aplicables a los contratos con consumidores].

La legislación estadounidense (una de las primeras en esta rama del derecho) es más clara al respecto, a pesar de que la cuestión está sujeta a la normativa estadual y no federal. La jurisprudencia de los

283. Artículo 3, Código del Consumo, decreto legislativo 206 del 6 de septiembre de 2005.

284. Fabris, F., «L'acquisto di opera d'arte on line: caratteri e formi di tutela per il collezionista», *BusinessJus.com*, junio 2013.

285. Artículo 9 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios. Debe notarse, sin embargo, que a ciertos efectos, la definición de «bienes» es más amplia [véase el artículo 59 *bis* (2): a los efectos del libro segundo, título I, capítulo I, artículos 66 *bis* y 66 *ter* y del título III de la ley, «se consideran bienes a las cosas muebles corporales, excepto los vendidos por la autoridad correspondiente tras un embargo u otra medida similar»].

tribunales federales ha negado el carácter de «contrato de consumo» a la relación entre el propietario de una obra de arte y una casa de subastas, con el argumento (que compartimos) de que «una pintura única en su tipo, no es el típico objeto de consumo masivo y un contrato referido a la entrega en consignación de una obra de arte no constituye una relación de consumo en los términos de la ley de protección al consumidor [del estado de Nueva York]»[286].

No obstante, no debe olvidarse cuanto expresáramos en 2.4 *supra* acerca de la existencia de normas específicas bajo la legislación de varios países (y del estado de Nueva York) que prevén normas tuitivas a favor de quien compra obras de arte sin ser un experto al respecto.

Creemos que bajo la ley argentina el comprador de una obra de arte está protegido por esas normas tuitivas (aunque no compartamos ese principio). Un argumento importante a favor de esa aserción es que, para merecer protección, los bienes que adquiere o utiliza el consumidor argentino no deben ser necesariamente «bienes de consumo» (concepto que la ley argentina no define, como sí lo hace la española), sino cualquier tipo de bien o servicio. El derecho argentino coincidiría, entonces, con la doctrina italiana[287] según la cual «después de alguna vacilación inicial, los intérpretes parecen todos orientados a considerar que las disposiciones del Código de Consumo son aplicables integralmente a las obras de arte y a las antigüedades». En consecuencia, cuando el comprador de una obra de arte la adquiere de un profesional, «entraría en la definición de bien de consumo, con la consiguiente aplicabilidad de la normativa de tutela y, en particular, de las garantías que el vendedor profesional debe ofrecer acerca de la conformidad de la obra de arte […] con respecto a cualquier defecto existente al momento de la entrega, lo que se concretará en la resolución del contrato o en la reducción del precio, ante la improbable aplicabilidad de otros remedios como la sustitución o la reparación del bien»[288].

---

286. Weber, *op. cit.*, p. 416, citando el caso «Mickle v. Christie's».
287. Fabris, *loc. cit.*
288. Corio, M., «Rimedi alle difformità di un opera d'arte», *Italia Arte*, enero de 2010.

10.2. EL ARTISTA COMO PROVEEDOR DE BIENES

Cabe preguntarse si la Ley argentina de Defensa del Consumidor se aplica al artista en tanto «proveedor» de bienes («empresario» en la nomenclatura española o «*professionista*» en la italiana).

La definición respectiva contenida en la ley argentina indica que el proveedor es «*la persona física o jurídica de naturaleza pública o privada, que desarrolla de manera profesional, aun ocasionalmente, actividades de producción, montaje, creación, construcción, transformación, importación, concesión de marca, distribución y comercialización de bienes y servicios, destinados a consumidores o usuarios*» (artículo 2). Vale la pena poner de resalto que el CCYC ha eliminado la referencia al proveedor.

La ley italiana menciona al «emprendedor o profesional», pero la española es más amplia al incluir a quien desarrolla una «actividad comercial, empresarial, oficio o profesión»[289]. Si no fuera por la exclusión que, a nuestro entender, hace la ley española de las obras de arte de la protección al consumidor (al menos en ciertos aspectos), la referencia a *oficio o profesión* podría resultar determinante[290].

¿Podría entonces un artista ser considerado un «proveedor»? Si tal carácter depende de la «manera profesional» en que se «producen» las obras de arte, la respuesta correcta deberá tener en cuenta las circunstancias de hecho: obviamente, un pintor aun no conocido seguramente no ha desarrollado una «manera profesional» de introducir su obra en el mercado. Desde el punto de vista conceptual, la cuestión es dudosa. Prueba de ello es que la legislación italiana ha creído necesario aclarar el punto y excluye, de modo expreso, «a quienes venden o exponen para la venta sus propias obras de arte»[291]. Distinto es el caso del pintor que apela a un galerista para la venta de sus obras al público. En este caso el «proveedor» será el *marchand*, al estar en contacto con los consumidores. La cuestión no está exenta de dudas, sin embargo, toda vez que por parte del artista habrá producción «destinada a consumidores», como pide la ley. Debe notarse, además, que la referencia a producción «profesional» puede ser meramente «ocasional».

289. Para la legislación española véase el Real Decreto Legislativo 1/2007.
290. Así, por ejemplo, no existe tal exclusión cuando la ley se refiere a daños causados *por* productos, ya que la norma (el artículo 136 de la ley) considera tal a cualquier bien mueble, aún cuando esté unido o incorporado a otro bien mueble o inmueble.
291. Decreto legislativo 114/98, artículo 4; Fabris, *loc. cit.*

10.3. CONSECUENCIAS DE LAS CONCLUSIONES ANTERIORES

Sujeto entonces a la aplicabilidad de las respectivas leyes de protección al consumidor, se desprende que este régimen particular *desplaza* a la normativa civilística en materia de responsabilidad contractual. Como las normas tuitivas acordadas a los consumidores no son renunciables de antemano (aunque sí con posterioridad), el comprador de una obra de arte deberá considerar si, al iniciar una acción judicial debido a la discrepancia entre lo adquirido y lo entregado, será más conveniente aplicar aquellas disposiciones o, por el contrario, atenerse a los principios clásicos de la nulidad por falta de consentimiento o de rescisión por tratarse de un caso de *aliud pro alio*.

El análisis deberá tener en cuenta las ventajas y desventajas de una elección semejante: si bien las normas de protección al consumidor contienen, por lo general, presunciones que lo favorecen, también es cierto que los plazos para reclamos son más breves que los que permite la legislación común. Así, mientras la nulidad permite el ejercicio de la acción desde el descubrimiento del error y la rescisión por el plazo previsto en la legislación contractual común (por lo general diez años), las normas sobre compras para consumo otorgan plazos notablemente más reducidos (el derecho al desistimiento por parte del adquirente en el caso de subastas electrónicas de obras de arte, por ejemplo, no excede los 14 días según las normas españolas –artículo 102–. Esas subastas no se encuentran incluidas en la detallada lista de exclusiones al derecho al desistimiento que contiene el artículo 103 de la ley española).

La protección jurídica de la obra artística en el siglo XIX

ALEJANDRO PÉREZ KÖHLER
Universidad Internacional de La Rioja
Grupo de Investigación Justicia, Derecho y Globalización: Globalaw

A Azucena,
sin cuyo constante apoyo este trabajo no hubiera sido posible.

SUMARIO: ABREVIATURAS. I. INTRODUCCIÓN: LA NORMATIVA GENERAL RELATIVA AL PATRIMONIO HISTÓRICO EN EL SIGLO XIX. II. EL PATRIMONIO HISTÓRICO Y LA ARQUEOLOGÍA. III. LAS DESAMORTIZACIONES DECIMONÓNICAS Y SU IMPACTO EN EL PATRIMONIO ARTÍSTICO. IV. LA PROTECCIÓN DEL ARTE INMUEBLE. V. LA PROTECCIÓN DEL ARTE MUEBLE. VI. EL MUSEO DEL PRADO COMO INSTRUMENTO PROTECTOR DEL PATRIMONIO PICTÓRICO. *6.1. Los antecedentes: el coleccionismo de la corona. 6.2. El proyecto de Museo Josefino. 6.3. El proyecto de Museo Fernandino. 6.4. La creación del Museo del Prado y sus avatares durante el siglo XIX.* VII. DEL PATRIMONIO DE LA CORONA AL PATRIMONIO NACIONAL. VIII. UNA INSTITUCIÓN PARA LA DEFENSA Y CONSERVACIÓN DEL PATRIMONIO: LAS COMISIONES DE MONUMENTOS. *8.1. La normativa reguladora de las Comisiones de Monumentos en el siglo XIX. 8.2. El primer trabajo de las Comisiones de Monumentos: el intento de catalogación e inventario de los monumentos de las provincias; el caso de Guadalajara.* 8.2.1. Partido de Atienza. 8.2.2. Partido de Brihuega. 8.2.3. Partido de Sigüenza. 8.2.4. Partido de Guadalajara. 8.2.5. Partido de Cifuentes. 8.2.6. Partido de Cogolludo. *8.3. Un ejemplo de actividad de las Comisiones Provinciales a lo largo del siglo XIX; el caso de Soria.* 8.3.1. San Juan de Duero. 8.3.2. Santa María de Huerta. *8.4. Breve apunte sobre la creación y gestión de los Museos Provinciales.* IX. EL PATRIMONIO HISTÓRICO EN LOS CÓDIGOS PENALES DECIMONÓNICOS. *9.1. El Código Penal de 1822. 9.2. El Código Penal de 1848-1850. 9.3. El Código Penal de 1870.* X. EL PATRIMONIO HISTÓRICO EN LAS CONSTITUCIONES DECIMONÓNICAS. XI. LA IMPORTANCIA DE LAS MEDIDAS ADOPTADAS EN EL SIGLO XIX. BIBLIOGRAFÍA.

ABREVIATURAS

AGA:	Archivo General de la Administración
AHN:	Archivo Histórico Nacional
AHPGU:	Archivo Histórico Provincial de Guadalajara
AHPSO:	Archivo Histórico Provincial de Soria
A-MNUM:	Archivo del Museo Numantino
APR:	Archivo General del Palacio Real
A-RABASF:	Archivo de la Real Academia de Bellas Artes de San Fernando
A-RAH:	Archivo de la Real Academia de la Historia
A-Simancas	Archivo de Simancas
Céd.	Cédula
cit.	Citado
Doc.	Documento
Leg:	Legajo
LPHE:	Ley de Patrimonio Histórico Español (1985)
p.	Página
RAE:	Real Academia Española
RABASF:	Real Academia de Bellas Artes de San Fernando
RAH:	Real Academia de la Historia
R.Céd.	Real Céd
R.D.:	Real Decreto
R.O.:	Real Orden

«…han venido en decretar y decretan: Todos los cuadros, pinturas o inscripciones en que estén consignados los castigos y penas impuestos por la Inquisición que existan en las iglesias, claustros y conventos, o en cualquier otro parage público de la Monarquía, serán borrados o quitados de los respectivos lugares en que se hallen colocados, y destruidos en el perentorio término de tres días, contados desde que se reciba el presente decreto…».

Decreto de 22 de febrero de 1813.

I. INTRODUCCIÓN: LA NORMATIVA GENERAL RELATIVA AL PATRIMONIO HISTÓRICO EN EL SIGLO XIX

Como introducción al análisis normativo del siglo XIX conviene no perder nunca de vista el contexto histórico en el que dicha normativa se va a promulgar y a tratar de aplicar. No pueden olvidarse los fundamentales acontecimientos de este siglo, como la Guerra de la Independencia; las diversas desamortizaciones civiles y eclesiásticas de este período, derivadas de la ruina casi constante del erario público; las Guerras Carlistas que asolaron el país durante un largo período del siglo; los movimientos revolucionarios que tuvieron a los distintos gobiernos en jaque durante prácticamente todo el siglo y que a principios de la década de los veinte y finales de los sesenta triunfaron y cambiaron todo el panorama político y cultural del país; los grandes cambios políticos derivados de la instauración de la primera república y la posterior restauración de la monarquía borbónica; la pérdida de las colonias, etc.[1]; por todo ello este siglo fue un largo período de inestabilidad política y social que en España provocó que muy pocas de las medidas legislativas implantadas para proteger el Patrimonio Histórico tuviesen verdadera efectividad[2]. Todos estos acontecimien-

1. Existe una extensísima obra historiográfica sobre el siglo XIX, tanto en lo que respecta a visiones generales sobre esta centuria como a aspectos particulares o sucesos sobre la misma. Por su sencillez expositiva se comentará la obra de Tuñón de Lara, Manuel, *La España del Siglo XIX*, 2 vols., Madrid, Akal, 2000, dentro de las visiones de conjunto, así como las siguientes obras que ofrecen distintas imágenes particulares o momentos de la misma: García Cárcel, Ricardo, *El sueño de la nación indomable. Los mitos de la Guerra de la Independencia,* 1ª edición, Madrid, Temas de Hoy, 2007; Artola Gallego, Miguel, *La España de Fernando VII*, 1ª edición, Barcelona, RBA-Biblioteca Histórica de España, 2005; Fontana i Lázaro, Josep, *La quiebra de la monarquía absoluta 1814-1820*, 1ª edición, Barcelona, RBA-Biblioteca Histórica de España, 2005; Simón Segura, Francisco, *La desamortización española en el siglo XIX*, 1ª edición, Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, 1973; Nadal i Oller, Jordi, *El fracaso de la revolución industrial en España 1814-1913,* 1ª edición, Barcelona, Ariel, 1975; VV.AA., *El carlismo y las guerras carlistas: hechos, hombres e ideas,* 1ª edición, Madrid, La Esfera de los Libros, 2003; Andrés-Gallego, José (Coord.), *Revolución y restauración 1868-1931,* Historia General de España y América, tomo XVI (vols. 1 y 2). Madrid, Rialp, 1982 y VV.AA., *España en 1898*, 1ª edición, Barcelona, RBA-Biblioteca Histórica de España, 2005.
2. El resumen de la inestabilidad de este siglo realizado por José Luis Comellas es muy ilustrativo: «*Donde nuestra primera impresión del conjunto del*

tos y situaciones llevaron a que, pese a existir entre nuestros gobernantes una conciencia relativamente avanzada sobre la necesidad de proteger y conservar nuestro Patrimonio Histórico, las medidas adoptadas tuviesen un grado de eficacia muy modesto y que, desgraciadamente, buena parte de nuestro arte se perdiera por destrucciones, desapariciones o movimientos especulativos de diversa índole, pese a la buena voluntad del legislador.

Se abordará el estudio de este apartado mediante una sucinta referencia a las siguientes cuestiones:

II. EL PATRIMONIO HISTÓRICO Y LA ARQUEOLOGÍA

Durante este siglo se va a mantener, salvo mínimas excepciones, la diferenciación entre patrimonio histórico y artístico, encomendándose –como regla general– a la RAH la protección del patrimonio histórico arqueológico y a la RABASF la del patrimonio artístico y monumental.

El primer ejemplo de esta diferenciación lo encontramos en la R. Céd. de 6 de julio de 1803, sancionada el día siguiente, por la que se aprueba y manda guardar una instrucción de 26 de marzo de 1802, sobre el modo de conservar y recoger los monumentos antiguos descubiertos o que se descubran en el reino[3]. En esta importantísima norma se va a seguir empleando la técnica de la enumeración en la descripción de los bienes que se consideran deben ser protegidos que, en cualquier caso, tienen un doble criterio para entrar en esa protección: ser descu-

---

siglo XIX resulta acertada, es al juzgarlo una etapa inestable. La comprobación estadística confirma este juicio hasta extremos difíciles de imaginar. Ciento trece gobiernos, nueve constituciones, tres destronamientos, cinco guerras civiles, decenas de regímenes provisionales, y un número casi incalculable de revoluciones, que provisionalmente podemos fijar en dos mil. No nos referimos a motines o alteraciones del orden, que hubieran hecho elevar el número hasta el infinito, sino a revoluciones propiamente dichas, esto es, intentos organizados, armados y conscientes, para derrocar al gobierno. Dos mil revoluciones en un siglo equivalen a una cada diecisiete días. El recuento estadístico nos da permiso para llamar al siglo XIX "el siglo de las revoluciones", aunque técnicamente sería más correcto llamarle el siglo de la inestabilidad interna». Comellas García-Llera, José Luis, *Historia de España moderna y contemporánea (1474-1975)*, 8ª edición, Madrid, RIALP, 1985, pp. 402-403.

3. AHN. Consejos Suprimidos. Lib. 1501, núm. 108. También en Novísima Recopilación, VIII.XX.III.

biertos por excavación o hallazgo y ser antiguos; en este caso se incluyen, bajo la denominación de «monumentos antiguos», a una serie de bienes, muebles e inmuebles, con valor arqueológico; se trata, pues, de una norma de protección del patrimonio histórico que deja fuera de su alcance al patrimonio artístico, con la sola excepción del arte musivario que sí quedaría bajo los efectos de la norma, en la medida que el mosaico en cuestión proceda de una excavación arqueológica, así como a determinadas ruinas arquitectónicas[4].

4. Instrucción de 26 de marzo de 1802. Novísima Recopilación, VIII.XX.III.: «*Instrucciones sobre el modo de conservar y recoger los monumentos antiguos que se descubran en el Reyno, baxo la inspección de la Real Academia de la Historia.*
A consecuencia de lo que tuve a bien encargar a mi Real Academia de la Historia, con el deseo de hallar algún medio que pusiese a cubierto las antigüedades que se descubran en la Península, de la ignorancia que suele destruirlas con daños de los conocimientos históricos y de las Artes a cuyos progresos contribuyen en gran manera, me propuso un plan razonado de las diligencias y medidas que juzgaba poderse adoptar para el reconocimiento y conservación de los monumentos antiguos, que en gran número tienen el tiempo sepultados en España. Por este plan, que me digné aprobar, se confiere a la citada Academia la inspección general de las antigüedades que se descubran en todo el Reyno: Posteriormente, habiéndome conformado con el dictamen de mi Consejo, se previno de mi orden a la Academia formase, como lo hizo, la siguiente instrucción, que mando se guarde, cumpla y ejecute, sin permitir su contravención.
INSTRUCCIÓN.
1. Por monumentos antiguos se deben entender las estatuas, bustos y bajo-relieves, de qualesquiera materias que sean; templos, sepulcros, teatros, anfiteatros, circos, naumaquias, palestras, baños, calzadas, caminos, acueductos; lápidas o inscripciones, mosaicos, monedas de qualquiera clases, camafeos, trozos de arquitecturas, columnas miliarias, instrumentos músicos, como sistros, liras, crótalos; sagrados como prefericulos, símpulos, lituos, cuchillos sacrificatorios, seguros, aspersorios, vasos, trípodes; armas de todas especies como arcos, flechas, glandes, carcajes, escudos; civiles, como balanzas y sus pesas, romanas, reloxes solares o maquinales, armilas, collares, coronas, anillos, sellos; toda suerte de utensilios, instrumentos de artes liberales y mecánicos; y, finalmente, qualesquiera cosas, aún desconocidas, reputadas por antiguas, ya sean púnicas, romanas, cristianas, ya godas, árabes y de la baxa edad.
2. De todos estos monumentos serán dueños los que los hallasen en sus heredades y casas, o los descubran a su costa y por su industria. Los que se hallasen en territorio público o realengo (de que soy dueño) cuidarán de recogerlos y guardarlos los Magistrados y Justicias de los Distritos. Puestos en custodia, los descubridores, poseedores y justicias, respectivamente, darán parte y justicia circunstanciada de todo ello a la Real Academia de la Historia por medio de su Secretario, a fin de que ésta tome el correspondiente conocimiento, y determine su adquisición por medio de compra, gratificación y según se conviniese con el dueño.

Al referirse exclusivamente a objetos arqueológicos, esto es, históricos, no es esta norma objeto específico de este trabajo; sin embargo, por su evidente interés para la creación de una conciencia de conservación del Patrimonio Histórico y Artístico, parece necesario proceder al análisis de la misma, en el contexto de la nueva mentalidad arqueológica que se venía asentando desde el siglo XVIII. Para realizar este análisis es necesario conocer el espíritu con el que se

---

3. Cooperarán a todo lo dicho, en cuanto sea de su parte, como personas ilustradas, los muy Reales Arzobispos, Reales Obispos, Abades, Cabildos y demás superiores eclesiásticos, así como las Magistrados seculares; indagando y requiriendo noticias de los hallazgos, y poniéndolos en la de la Academia según y para los fines enunciados en el artículo 2.

4. Los descubridores tendrán el mayor cuidado de notar puntualmente el parage de los hallazgos, para que por este medio pueda la Academia conjeturar o resolver a qué pueblo, colonia o municipio pudieran pertenecer; expresando con exactitud a cuantas leguas, millas o pasos están de la ciudad, villa, lugar, río, monte o valle conocido, y hacia qué región celeste de ellos, esto es, si al Levante, Norte, Sur o Poniente.

5. Si en algunas ciudades o pueblos hay antigüedades de las indicadas en el artículo 1, halladas en otro tiempo, y que aún existan en parages en que puedan aniquilarse por descuido o por injuria del tiempo, sus dueños o las justicias darán noticia del mismo modo que se ha dicho, para que la Academia la tenga de ellas y vea las ventajas que puede sacar nuestra historia secular o eclesiástica.

6. La Academia quedará agradecida a los buenos patriotas que coadyuven a la ilustración de la Patria por el medio de buscar, conservar y comunicarla los monumentos antiguos arriba nombrados, sin que por eso deje de satisfacer a los poseedores de las cosas halladas el tanto en que se conviniera, quedando la conducción de ellas a cargo de la Academia.

7. *Generalmente las Justicias de todos los pueblos cuidarán de que nadie destruya ni maltrate los monumentos descubiertos o que se descubrieren, puesto que tanto interesan al honor, antigüedad y nombre de los pueblos mismos, tomando las providencia convenientes para que así se verifique. Lo mismo practicarán en los edificios que hoy existen en algunos pueblos y despoblados sin permitir que se derriben ni toquen sus materiales para ningún fin, antes bien se cuidarán de que se conserven; y en el caso de amenazar próxima ruina, la pondrán en noticia de la Academia por medio de su Secretario, a efectos de que ésta tome las providencias necesarias para su conservación*».

La R.Céd. está reproducida en Maier Allende, Jorge, *R.Céd. de S(u) M(ajestad) y Señores del Consejo, por la qual se aprueba y manda observar la Instrucción formada por la Real Academia de la Historia sobre el modo de recoger y conservar los monumentos antiguos descubiertos a que se descubran en el Reyno (6 de julio de 1803). http://www.cervantesvirtual.com/obra-visor/real-cedula-de-su-majestad-y-senores-del-consejo-por-la-qual-se-aprueba-y-manda-observar-la-instru-0/html/00224e2e-82b2-11df-acc7-002185ce6064_2.html* [Consulta: 18 de julio de 2016].

gestó la R.Céd. de 1803, para posteriormente proceder a su análisis y, de esta forma, comprender su alcance y el de las posteriores disposiciones decimonónicas sobre la arqueología.

Lo primero que ha de hacerse es señalar la importancia de esta norma, no sólo por ser la primera medida legislativa aparentemente seria y rigurosa sobre conservación del patrimonio arqueológico, sino porque va a introducir una serie de disposiciones que se van a mantener en posteriores ensayos normativos, como son la que se refiere a la propiedad del hallazgo arqueológico, por un lado, y la delegación en las Justicias de los pueblos, esto es, en las autoridades municipales, de las facultades para evitar su destrucción y mantenerlas en el debido estado de conservación[5].

En cuanto a su génesis, debe indicarse que la idea de formar esta instrucción va a nacer de la mano del Ministro de Estado, Mariano Luis de Urquijo, en el año 1800, quien pidió el 20 de junio de ese año al Secretario de la RAH que le propusiese las medidas necesarias para conservar los descubrimientos arqueológicos realizados en el pasado y los que se pudieran descubrir en el futuro; la respuesta a esta petición supuso la creación de una comisión por la Academia el día 27 de ese mismo mes, que llegó a formular un plan de recogida y conservación de los hallazgos arqueológicos que fue aprobado por la Academia; sin embargo la caída de Urquijo en diciembre de 1800 frustró esta iniciativa legislativa. Un año después, en noviembre de 1801, se reabre el tema en una sesión de la Academia, remitiéndose el 19 de ese mes el resultado de la propuesta de una nueva norma a Pedro Cevallos Guerra, nuevo primer Secretario de Estado. Por R.O. de 30 de enero de 1802, Cevallos comunica a la RAH la aprobación de las medidas propuestas por la Academia y por R.O. de 8 de mayo de ese mismo año requiere a la Academia que remita al Consejo de Castilla la propuesta de medidas concretas a adoptarse en esta materia, para su elevación a R.Céd. Esto llevó a la Sala de Antigüedades, comisionada para ello por la RAH, a redactar la «Instrucción formada de orden de Su Majestad por la Real Academia de la Historia sobre el modo de recoger y conservar

5. Yáñez Vega, Ana y Lavín Berdonces, Ana Carmen, «La legislación española en materia de Arqueología hasta 1912: análisis y evolución en su contexto», *Patrimonio Cultural y Derecho*, nº 3, 1999, p. 127.

los monumentos antiguos descubiertos o que se descubran en el Reyno», que fue aprobada por la Academia en 29 de mayo de 1802 y posteriormente convertida en R.Céd. de 6 de julio de 1803[6].

En lo que se refiere a los preceptos contenidos en esta norma, divididos en siete artículos llama la atención, como se ha indicado anteriormente, la opción establecida en su artículo 1º por la definición de una serie de categorías y un marco cronológico en los que deben estar incluidos los hallazgos arqueológicos para su protección. Esta medida puede plantear problemas de encaje de objetos en estas categorías que los dejarían fuera del alcance protector de la norma; un ejemplo evidente de esta carencia lo constituyen los restos cerámicos, que no se incluyen en la enumeración de este precepto[7]. Con independencia de esta consideración inicial, esta definición que se realizaba en la R.Céd. de 1803 presentaba graves defectos pues, como acertadamente indica Concepción Barrero, se trataba de: «*una definición que se mostraba, por ello, claramente insuficiente, al equiparar, de manera absoluta, valor o interés y pertenencia a una época determinada, cuando es claro que uno y otra no van necesariamente aparejados, de tal modo que bienes procedentes de distintas etapas históricas pueden carecer de todo mérito desde el punto de vista de su conservación, en tanto que, por el contrario, otros de distintas edades pueden poseerlo*»[8].

En lo que respecta a la propiedad de los hallazgos arqueológicos, la norma contiene en su artículo 2º unas confusas disposiciones que vinculan el derecho de propiedad de los objetos a la titularidad del suelo en que se hallaran. En este sentido si el objeto es encontrado en terreno privado, el dueño será propietario del terreno o el que efectúe la excavación, si lo hizo a sus expensas y con su propia actividad; si el bien es hallado, por el contrario, en terreno público o de realengo,

6. Maier Allende, Jorge, «II centenario de la R.Céd. de 1803. La Real Academia de la Historia y el inicio de la legislación sobre el patrimonio arqueológico y monumental en España», *Boletín de la Real Academia de la Historia,* 200, cuaderno 3, 2003, pp. 447-450.
http://www.cervantesvirtual.com/obra/ii-centenario-de-la-real-cdula-de-1803-la-real-academia-de-la-historia-y-el-inicio-de-la-legislacin-sobre-el-patrimonio-arqueolgico-y-monumental-en-espaa-0/. [Consulta: 18 de julio de 2016].
7. *Ibidem*, p. 456.
8. Barrero Rodríguez, Concepción, *La ordenación Jurídica del Patrimonio Histórico.* 1ª edición, Madrid, Civitas, 1990.

los bienes eran propiedad del monarca y al efecto los descubridores debían ponerlos en custodia de los Magistrados y las Justicias de los Distritos. Lo que en cualquier caso deben hacer los descubridores, tanto en los hallazgos producidos en suelo privado como en los hallazgos que hayan tenido lugar en suelo público o de realengo, es notificar el descubrimiento a la RAH, obligación de comunicación que tiene como fin el que la Academia pueda optar por la adquisición del objeto encontrado, esto es, se confería a la Academia una opción de compra de los hallazgos arqueológico; ejercitada la opción, esta adquisición se podría realizar en la forma que la RAH conviniese con el dueño, como la compra, la gratificación o cualquier otra forma de satisfacer al propietario por la transmisión. Este interés de la RAH por el hallazgo arqueológico habría de complementarse por dos medidas: por un lado, una obligación impuesta al descubridor en el artículo 4º de esta norma, como es la de realizar una descripción detallada del lugar en que se produjo el hallazgo, para que la Academia pudiera estudiar a qué localidad, pueblo o civilización pudo pertenecer el objeto en cuestión y, por otro lado, otra obligación establecida por el artículo 5º a los dueños de los terrenos y a las Justicias de los pueblos en que pudiera haber restos arqueológicos en peligro de desaparición por transcurso del tiempo o por cualquier otro motivo, de informar a la RAH de esta situación, en la forma prevista en el artículo 4º, para que la Academia las valore y decida o no su adquisición, de acuerdo con el procedimiento previsto en el artículo 2º.

Por otra parte, respecto a la protección de los hallazgos arqueológicos, se encomienda esta tarea, en el artículo 7º, específicamente a las Justicias de los Pueblos, que habrían de cuidar que nadie los dañase y, además se les requería para que evitasen la destrucción de los edificios antiguos –sin concretarse el carácter de esta antigüedad– que existiesen en sus respectivos términos municipales, sin permitir su derribo ni el robo de sus materiales y cuidando de su conservación; en el supuesto de que el inmueble amenazase ruina debían comunicarlo al Secretario de la RAH para que esta institución tomase las providencias necesarias para su conservación.

Finalmente, para la ejecución de todas estas medidas, la norma, en su artículo 6º, trataba de implicar voluntariamente a particulares que realizasen la búsqueda de objetos antiguos, su conservación y la comunicación

de los hallazgos a la RAH, por medio de una gratificación por la puesta a disposición de la Academia de los objetos hallados; en su artículo 3º esta implicación se exigía, esta vez de forma imperativa, a ciertas autoridades –arzobispos, obispos, abades, cabildos y demás superiores eclesiásticos, así como los magistrados seculares– que, en su condición de personas ilustradas, debían indagar y adquirir noticias sobre hallazgos arqueológicos, que debían igualmente poner en conocimiento de la RAH para su adquisición, si fuera oportuno, en la forma prevista en el artículo 2º.

Para finalizar el análisis de esta norma, deben estudiarse sus omisiones. Jorge Maier las enumera de forma muy precisa: ausencia de una regulación sobre la exportación de antigüedades; inexistencia de una regulación de los permisos o licencias de excavación y, por último, carencia del necesario régimen y procedimiento sancionador para los incumplidores de la norma; estos defectos de la norma obligarán a la posterior redacción de nuevas disposiciones que contemplen esas carencias pero, específicamente la tercera de ellas es una omisión de enorme gravedad, pues va a limitar enormemente el cumplimiento de lo dispuesto en la norma al poder desatenderse sus disposiciones impunemente[9]. Nuestra jurisprudencia también ha valorado esta norma en la STS de 10 de abril de 1970, indicando que su contenido son meras «*platónicas declaraciones*», cuyo objetivo no era sino expresar «*el agradecimiento de los buenos patriotas que contribuyan a la ilustración de la Patria en la tarea de buscar, conservar y comunicar los monumentos artísticos a que aquélla se refería*»[10].

En consecuencia, la R.Céd. de 1803 va a suponer el verdadero origen de la legislación sobre patrimonio arqueológico, con su visión de la época y con las limitaciones apuntadas; esta normativa continuará en años siguientes, siendo la siguiente medida la Céd. del Consejo Real de 2 de octubre de 1818, que encarga a las Justicias de los pueblos «*que nadie destruya ni maltrate los edificios y monumentos de antigüedad que hubiere descubiertos o que se descubran*», que va a reproducir los términos del artículo 7º de la R. Céd. de 1803; esta medida se adopta como consecuencia de un evidente

9. *Ibidem*, p. 457.
10. *Cit.* en Alegre Ávila, Juan Manuel, *Evolución y régimen jurídico del patrimonio histórico. La configuración dogmática de la propiedad histórica en la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico español,* vol. 1, 1ª edición, Madrid, Ministerio de Cultura, 1994, p. 42.

incumplimiento de esta norma[11], pues en el yacimiento de Segóbriga, en el cerro de Cabeza del Griego (Saelices, Cuenca) se estaban destruyendo objetos por personas que los maltrataban y también expoliaban lápidas y otros objetos, lo que había dado lugar a una R.O. de 10 de septiembre de 1818 para la reparación del cercado del yacimiento y la recogida de los objetos que aún se encontrasen en el mismo; los efectos de esta R.O. se extendieron a todos los lugares del reino, al considerarse que la Guerra de la Independencia había podido producir numerosos daños en el patrimonio arqueológico, por medio de la mencionada Céd. del Consejo de 2 de octubre de 1818, que fue comunicada a Sala de Alcaldes de la Real Casa y Corte, Chancillerías y Audiencias Reales, Corregidores, Gobernadores, Alcaldes Mayores y demás Justicias del reino, requiriéndoles tomasen las medidas oportunas para su cumplimiento[12].

---

11. Sobre los verdaderos efectos de la R.Céd. de 1803, que hubo de ser reiterada en varias ocasiones posteriormente, sirvan unas líneas de Gloria Mora: «*Esta situación de lento avance de la arqueología en España se quebró con la Guerra de la Independencia. La Academia de la Historia, garante por Real Cédula de 1803 de la conservación del patrimonio, no pudo evitar que en los años siguientes, al menos hasta la muerte de Fernando VII en 1833, proliferaran saqueos, destrucciones y salida al extranjero de monedas, objetos, cuadros, monumentos, libros, manuscritos, códices medievales y toda clase de antigüedades*». Mora Rodríguez, Gloria, «La arqueología en España durante el renacimiento y la ilustración», *Pioneros de la Arqueología en España. Del Siglo XVI a 1912*, 1ª edición, Museo Arqueológico Regional de Alcalá de Henares, nº 3, 2004, p. 18.

12. Céd. del Consejo Real de 2 de octubre de 1818: «*Circular del Consejo Real: Se encarga a la Justicia de todos los pueblos, en cumplimiento de la Ley inserta, que nadie destruya ni maltrate los edificios y monumentos de antigüedad que hubiere descubiertos o que se descubran, puesto que al honor y al nombre de los pueblos mismos tanto interesa su conservación. En la Ley 3ª del título 20, libro 8º de la Novísima recopilación, se halla inserta la instrucción expedida por Su Majestad a consulta del Consejo en Real Cédula de julio de 1803, que prescribe el medio de recoger y conservar los monumentos antiguos que se descubran en el reino, bajo la inspección de la Real Academia de la Historia; y en su capítulo VII se previene lo siguiente: Generalmente las Justicias de todos los pueblos cuidarán de que nadie destruya ni maltrate los monumentos descubiertos o que se descubrieren, puesto que tanto interesan al honor, antigüedad y nombre de los pueblos mismos, tomando las providencia convenientes para que así se verifique. Lo mismo practicarán en los edificios que hoy existen en algunos pueblos y despoblados sin permitir que se derriben ni toquen sus materiales para ningún fin, antes bien se cuidarán de que se conserven; y en el caso de amenazar próxima ruina, la pondrán en noticia de la Academia por medio de su Secretario, a efectos de que ésta tome las providencias necesarias para su conservación.*
En este estado, habiendo expuesto a Su Majestad la misma Academia que los monumentos de antigüedad descubiertos en 1789 en la Cabeza del Griego, cerro situado en

Una medida similar ha de adoptarse casi una década más tarde, por R.O. de 12 de agosto de 1827, por la que se comunica al Consejo la designación del Asistente de Sevilla como «Protector de los Monumentos de antigüedad que había esparcidos en las diferentes provincias del Reino», nombramiento que había tenido lugar al objeto de evitar el deterioro, o incluso la destrucción, de las ruinas de Itálica que habían sido objeto de saqueos y destrozos. Tras esta designación el monarca planteó a la RAH cuáles serían los mejores medios tanto para impedir la destrucción de los objetos hallados en los yacimientos, como para efectuar su restauración y conservación en el mejor estado posible. La respuesta de la RAH fue concluyente: no hacían falta nuevas normas, sino simplemente que se cumpliesen las ya existentes. Por todo ello se dictó una Céd. del Consejo Real de 19 de septiembre de 1827, que renovaba expresamente la vigencia de las citadas R.Céd. de 1803 y Céd. del Consejo de 1818 –renovación de todo punto innecesaria, habida cuenta de que nunca habían sido, ni expresa ni tácitamente, derogadas– recomendaba –que no exigía– su cumplimiento y, finalmente, manifestaba el aprecio y distinción que merecerían sus cumplidores y el desagrado real en el que incurrirían quienes la incumplieran; esto es, seguía sin sancionarse el incumplimiento de la normativa protectora[13].

---

el término de la villa de Saelices, provincia de Cuenca, padecían destrucción y menoscabo, pues abiertas por algunos de sus puntos las cercas de las tapias construidas a expensas de sus Propios, se introducían caballerías y personas que, atropellando el respeto debido a tan recomendable sitio, destrozaban y robaban lápidas y otros monumentos preciosos que allí se encierran: se ha servido resolver los conveniente por su Real orden de 10 de septiembre último para la reparación necesaria en las insinuadas cercas y recogimientos de los efectos que se hayan extraído del citado cerro de Cabeza del Griego. Pero considerando al propio tiempo Su Majestad que las circunstancias de la pasada guerra habrán causado varios perjuicios en las demás excavaciones que hay en el Reino, se ha dignado mandar igualmente se recuerde a las Justicias de él la obligación que tienen de velar sobre el cumplimiento de las citadas leyes, y la conservación de la gloria y buen nombre de sus pueblos.

Publicada en el Consejo la referida Real orden ha acordado su cumplimiento, y que se expida la correspondiente circular a la Sala de los Alcaldes de la Real Casa y Corte, Chancillerías y Audiencias Reales, Corregidores, Gobernadores, Alcaldes Mayores, y demás Justicias del Reino, a fin de que dispongan lo conveniente a su puntual observancia». Reproducida en *Legislación Sobre el Tesoro Artístico de España*, Madrid, Dirección General de Bellas Artes, 1957.

13. Céd. del Consejo Real de 19 de septiembre de 1827: «*…y que Su Majestad, conformándose en todo con este dictamen de la Academia, había resuelto que se renovasen las órdenes y circulares anteriores expedidas sobre la materia, recomendándose su más*

Estas reiteraciones de las normas evidenciaban el incumplimiento de la normativa de protección de los hallazgos arqueológicos, pero la normativa existía y no parecía precisar una ampliación, pese a sus apuntados defectos, sino que tal vez hubiera bastado con regular legislativamente los medios materiales y económicos para asegurar su cumplimiento e incentivar el interés de las autoridades a quienes se encomendaba la conservación del patrimonio arqueológico[14].

Las siguientes medidas para conservar el patrimonio arqueológico fueron de mucho mayor calado, pues implicaban la creación de una institución que habría de encargarse de esta tarea, que no se limitaba a los objetos arqueológicos, sino que también se extendía a los artísticos. Esta institución fueron las Comisiones de Monumentos, creadas por R.O. de 13 de junio de 1844[15] y a las que se especificaron las instrucciones que debían seguir en el desarrollo de su actividad por R.O. de 24 de julio de ese mismo año[16]. Se hablará con mayor detenimiento de las Comisiones de Monumentos, tanto de la Comisión Central como de las Provinciales, en un próximo apartado de este trabajo, pero conviene ahora indicar que tal vez lo más significativo de estas Comisiones de Monumentos –desde el punto de vista conceptual tratado en este capítulo– fue que constituyen el primer intento de nuestro legislador de regular como un todo la actividad protectora del Patrimonio Histórico, sin distinguir entre patrimonio histórico y patrimonio artístico, que quedarán ambos englobados en una misma normativa de carácter general, esto es, ya no se trata de poner un parche a un determinado problema, sino que es en este momento cuando se va a tratar de adoptar una medida preventiva y de carácter global, siempre bajo el control de las Academias de la Historia y de San Fernando, como organismos aglutinadores del saber en sus respectivos campos. Esta misma idea de consideración global del Patrimonio Histórico la volveremos a encontrar pocos meses después, en

puntual observancia, muy particularmente a todos aquellos a quienes compitiese; manifestándole que así como serían apreciados y distinguidos oportunamente los que se esmerasen en acreditar su vigilancia en la materia, incurrirían, por el contrario, en el real desagrado y aún se procedería severamente contra los que mirasen con incuria y descuido la conservación de tan preciosos vestigios de la antigüedad». Reproducida en *Legislación Sobre el Tesoro Artístico de España*, Madrid, Dirección General de Bellas Artes, 1957.

14. Alegre Ávila, Juan Manuel, *Evolución y régimen jurídico…*, p. 45.
15. *Gaceta de Madrid*, 21 de junio de 1844.
16. *Gaceta de Madrid*, 28 de julio de 1844.

la R.O. de 10 de abril de 1866, por la que se ordena al clero no disponer de los objetos artísticos o arqueológicos que existiesen o fuesen hallados en las iglesias y sus dependencias sin haber antes informado de ello a la RABASF o a la Comisión de Monumentos de su provincia.

Sin embargo, el trabajo de estas Comisiones de Monumentos no evitó el que, en muchas ocasiones, siguiese sin atenderse lo dispuesto por la R.Céd. de 1803, que tuvo que ser reiterada por R.O. de 6 de julio de 1865, comunicada como circular a los distintos gobernadores provinciales, para que tanto éstos como las Comisiones Provinciales de Monumentos incrementasen el celo con el que vigilaban el cumplimiento de esta disposición, al objeto de que no se produjesen exportaciones fraudulentas de hallazgos arqueológicos y que evitasen igualmente su destrucción[17].

Todavía en los siguientes convulsos años encontraremos más disposiciones destinadas a proteger los bienes arqueológicos y, entre ellas, las más destacables se refieren a la creación del Museo Arqueológico Nacional. En una exposición dirigida a Isabel II por Manuel de Orovio, entonces Ministro de Fomento, el 18 de marzo de 1867, se explican los motivos por los que se deben erigir en España diversos museos arqueológicos, uno de ellos en Madrid, que tendría el carácter de Central y sería «*foco de instrucción común a toda la monarquía*» y otros en las capitales de provincia del reino o incluso en los pueblos de mayor tamaño, «*para los monumentos de la historia local y demás objetos que, por su volumen, tamaño o índole, nada significan despojados de lo que naturalmente los cerca y acompaña*», ambicioso proyecto que llegaría en una época de gran dificultad para las cuentas públicas, como

17. R.O. de 6 de julio de 1865: «*La Ley 3ª, título 20, libro 8º de la Novísima Recopilación encarga a la Academia de la Historia la inspección de las antigüedades que se descubran en todo el Reino, imponiendo a las Autoridades, descubridores y poseedores de antiguos Monumentos la obligación de dar parte a dicho Cuerpo literario. El olvido en que parece se tiene esta disposición ha sido causa de que en algunas ocasiones salgan de España o se destruyan objetos preciosos y de importancia suma para el esclarecimiento de la historia de nuestra Patria, y que se remitan los datos y objetos encontrados a otras corporaciones que a la Real Academia. Y deseando Su Majestad la Reina (que Dios guarde) poner remedio en lo posible, se ha dignado mandar me dirija a V., como de su Real orden lo ejecuto, excitando su celo y el de esta Comisión de Monumentos, para que se cumpla exactamente lo dispuesto en la precitada Ley.*
Dios guarde a V. muchos años. Madrid, 6 de junio de 1865. Orovio [Manuel de Orovio, Ministro de Fomento].– *Señor Gobernador de la Provincia de…*». Reproducida en *Legislación Sobre el Tesoro Artístico de España*, Madrid, Dirección General de Bellas Artes, 1957.

fue constante durante toda la centuria, pues en la propia exposición del Ministro se recomendaba que la creación de estos Museos se realizase con funcionariado ya existente, al objeto de no incrementar la cifra de gasto derivado de las retribuciones a empleados públicos; en cualquier caso la parte esencial de esta exposición es la que une esta medida de ahorro de costes con el verdadero motivo por el que se pretende la creación de estos Museos, que era «*la necesidad imperiosa de poner inmediato coto a la depredación y extravío, a la exportación humillante de nuestros tesoros arqueológicos al extranjero, a la mutilación vergonzosa de objetos y monumentos históricos de gran valor; depredaciones y extravíos, exportaciones y mutilaciones nacidas de la ignorancia o de la codicia…*»[18]. Esta exposición del Ministro de Fomento dio pie a la promulgación del Real Decreto de 20 de marzo de 1867 que en sus diez artículos ordenaba la creación del Museo Arqueológico de Madrid y los diferentes Museos Provinciales (artículo 1º), indicaba los bienes que habrían de conservarse y exhibirse en ellos, así como las fuentes de que habrían de nutrirse sus fondos (artículos 2º, 3º 4º, y 5º), establecía su planta y relaciones con las Comisiones de Monumentos (artículos 6º y 9º), determinaba un medio de solución de controversias en relación con las dudas que pudieran surgir si un objeto era dudoso de ser considerado artístico o arqueológico (artículo 7º) y se abría la puerta al desarrollo reglamentario de esta norma en relación con la conservación, fomento y régimen de los Museos Arqueológicos (artículo 10º) pero quizá lo más interesante de su articulado –junto con la indicada diferenciación entre patrimonio artístico y patrimonio arqueológico como objetos de diferente naturaleza y función y, en consecuencia, susceptibles de ser conservados en Museos también diferentes– sea la simple idea establecida en su artículo 8º, referida al carácter público de estos establecimientos, circunstancia que, como se verá al hablar en este mismo capítulo de la propiedad pública o nacional de los bienes histórico-artísticos, frente a la propiedad personal del monarca sobre los mismos, constituye un tema de importancia capital para comprender el carácter público de nuestros grandes museos en la actualidad, aun cuando están nutridos de obras artísticas realizadas bajo el mecenazgo real o adquiridas por los propios monarcas, así como de piezas arqueológicas obtenidas bajo la protección de la corona o, incluso, con su financiación[19].

18. *Gaceta de Madrid*, 21 de marzo de 1867.
19. Real Decreto de 20 de marzo de 1867: «*Atendiendo a las razones que me ha expuesto mi Ministro de Fomento, Vengo en Decretar lo siguiente:*

Antes de finalizar este apartado sobre la arqueología debe citarse una importante cuestión: el intento de creación de una Ley para la conservación de las antigüedades españolas, a cuyo efecto llegó a dictarse, por Real Decreto de 6 de diciembre de 1883[20], la creación de una co-

---

Art. 1º Se establecerá en Madrid un Museo Arqueológico Nacional. Se formarán Museos provinciales de la misma clase en aquellas provincias en que se conserven numerosos e importantes objetos arqueológicos. En las demás se crearán colecciones con los objetos que se vayan reuniendo.

Art. 2º Se considerarán objetos arqueológicos para los fines de este Decreto todos los pertenecientes a la antigüedad, a los tiempos medios y al renacimiento, que sirvan para esclarecer el estudio de la historia, del arte o de la industria en las indicadas épocas. Se exceptúan los que por su índole deban corresponder a los Museos de Pintura.

Art. 3º Constituirán el Museo Arqueológico Nacional:

1º. Todos los objetos arqueológicos y numismáticos que estén en la Biblioteca Nacional.

2º. Los que se custodien en el Museo de Ciencias Naturales.

3º. Los existentes en la Escuela especial de Diplomática.

4º. Los que sean o fueren en lo sucesivo propiedad del Estado. Los conocidos en el día y custodiados por corporaciones públicas científicas o literarias no pasarán al Museo sino mediante el consentimiento de éstas.

Art. 4º Los Museos provinciales existentes y los que se crearen, conservarán los objetos arqueológicos pertenecientes a la provincia respectiva, y se instalarán en el mismo edificio donde se halle la Biblioteca pública o el Archivo histórico, si fuere posible, y en todo caso en local adecuado y conveniente.

Art. 5º Las Comisiones de Monumentos Artísticos e Históricos entregarán a los Museos provinciales los objetos arqueológicos que actualmente posean y los que en adelante reunieren.

Art. 6º Serán Vocales natos de dichas Comisiones el Jefe de la Biblioteca provincial y el del Archivo Histórico, cuando éste se halle establecido en la capital de provincia.

Art. 7º Por la Dirección de Instrucción Pública se resolverán las dudas que puedan surgir sobre el destino de objetos entre los Museos de Bellas Artes y los Arqueológicos.

Art. 8º Los Museos Arqueológicos serán públicos.

Art. 9º Serán destinados al servicio de los Museos, y formarán sección especial en el escalafón general del cuerpo de Archiveros-Bibliotecarios, los individuos de este que se consideren más aptos para dicho servicio, a propuesta de la Junta del ramo, y los empleados que actualmente sirven en los Museos provinciales, los cuales serán clasificados con arreglo a la Real orden de 12 de mayo de 1859.

Art. 10º Un reglamento especial determinará lo conveniente en punto a la conservación, fomento y régimen de tales establecimientos.

Dado en Palacio a veinte de Marzo de mil ochocientos sesenta y siete». Gaceta de Madrid, 21 de marzo de 1867.

20. Previamente, por R.O. de 14 de diciembre de 1859, se había pedido a la RAH «*forme un extenso y bien meditado proyecto de ley*» de excavaciones y antigüedades, si bien la Academia nunca llegó a presentar este texto a la Dirección General de Instrucción Pública, pese a que ésta se lo reclamó numerosas veces. Años más tarde, por R.O. de 15 de abril de 1868 el Ministerio de Fomento volvió a pedir a la RAH la redacción de dos documentos:

misión que preparase el texto que habría de tener dicha norma. En su exposición de motivos, realizada por el recién nombrado Ministro de Fomento Ángel Carvajal Fernández de Córdova, marqués de Sardoal, se indicaba expresamente el carácter inalienable de los recuerdos históricos, artísticos y científicos, que componen el «*tesoro nacional*», reconociendo que en España no existía una legislación protectora del mismo y se hacía necesario proceder a su regulación, máxime habida cuenta del incremento de la labor arqueológica en los años anteriores, por lo que se estimaba necesario la creación de una comisión que habría de redactar las bases de un proyecto de ley de conservación de antigüedades, para su presentación a las Cortes. Se trata de una norma breve, pues en sus seis artículos no sólo se va a crear la comisión (artículo 1º), a designarse sus miembros y el personal auxiliar (artículos 3º y 4º, y Real Decreto de la misma fecha), a establecer el origen de los fondos con los que atender los gastos en que la misma incurriese (artículo 6º) y a fijar el plazo en que habrían de ejecutar sus trabajos (artículo 5º), sino que, lo más importante, se iban a determinar sus ambiciosos objetivos, pues la comisión no sólo habría de regular las bases para la conservación de los objetos obtenidos en hallazgos arqueológicos, sino que en el artículo 2º se le iba a pedir bastante más, trascendiendo el objetivo inicial planteado en la exposición de motivos, pero demostrando un interés global en la protección del Patrimonio Histórico y Artístico –que incluía aspectos documentales y arquitectónicos– que demostraba una visión integradora del mismo, de innegable interés:

- Que resolviesen sobre las cuestiones relativas a la importante cuestión de la propiedad y conservación de las antigüedades que poseían el Estado, las diputaciones provinciales, los ayuntamientos y las corporaciones.
- Las reglas para la enajenación de dichas antigüedades.
- Las dos mismas cuestiones anteriores, respecto de los documentos oficiales.

---

un proyecto de ley sobre excavaciones y antigüedades y un plan general de excavaciones que tampoco fueron elaborados por la Academia. Maier Allende, Jorge, *La Comisión…*, pp. 45 y 46.

- Los medios de adquirir, para archivos, bibliotecas y museos públicos objetos y documentos importantes que se hallasen en el extranjero o, en su defecto, copias de los mismos, para ilustrar la historia nacional.
- La conservación de monumentos arquitectónicos y las disposiciones que, al efecto, debían observar ayuntamientos, diputaciones provinciales y las Comisiones de Monumentos.
- Los medios que debían adoptarse para la investigación histórica, así como para facilitar la publicidad y el estudio de los objetos y documentos importantes para la historia de España, pero respetando los derechos de su legítimo poseedor[21].

21. Real Decreto de 6 de diciembre de 1883: «*Teniendo en cuenta las razones expuestas por el Ministro de Fomento, Vengo en decretar lo siguiente:*
Art. 1º Se crea una Comisión con el encargo de presentar al Ministro de Fomento las bases de una ley de conservación de antigüedades españolas, comprendiendo bajo este nombre todos los recuerdos de las artes, ciencias e industrias que han habitado en nuestra Península, y los documentos importantes para la historia de España.
Art. 2º El proyecto encomendado a esta Comisión abrazará: la resolución de las cuestiones relativas a la propiedad y la conservación de las antigüedades que posean el Estado, las Diputaciones provinciales, los Ayuntamientos, las Corporaciones y las reglas a que ha de someterse su enajenación en determinados casos dentro de las prescripciones de las leyes. La resolución de las mismas cuestiones, respecto de los documentos de carácter oficial. Los medios de adquirir para las bibliotecas, Archivos y Museos públicos, los objetos y documentos importantes que existen en el extranjero, o cuando menos copias o reproducciones que ilustren nuestra historia. La conservación de los monumentos arquitectónicos, y las disposiciones generales a que han de someterse las Diputaciones provinciales, los Ayuntamientos y las Comisiones de monumentos históricos y artísticos. Los medios permanentes de investigación de antigüedades y los que faciliten la publicidad y el estudio de los objetos o documentos importantes para la historia de España en todas sus manifestaciones, sin perjuicio del respeto que merecen y los derechos de su poseedor.
Art. 3º Compondrán esta Comisión el Director de Instrucción pública, un Consejero de Instrucción pública, un Académico de la Historia, un Académico de Bellas Artes, un Diputado a Cortes, un Prelado de la Iglesia o un eclesiástico, un Jefe de la Sección de Museos, tres Vocales y un Secretario, nombrado por el Ministro.
Art. 4º Auxiliarán a esta Comisión dos Escribientes del Ministerio de Fomento.
Art. 5º La Comisión presentará las bases en el término de tres meses, a contar desde su instalación.
Art. 6º Los gastos que ocasione esta Comisión correrán a cargo del material de Secretaría de este Ministerio.
Dado en Palacio a seis de Diciembre de mil ochocientos ochenta y tres». Gaceta de Madrid, de 7 de diciembre de 1883.

Desgraciadamente el resultado de esta medida, como en instancias anteriores, fue ineficaz, y no sería hasta la segunda década del siglo XX cuando se promulgase por fin una ley específica para la regulación de la arqueología y la protección de sus hallazgos. Esta situación de falta de regulación jurídica de esta actividad y, sobre todo, de freno al expolio de los hallazgos arqueológicos, en palabras de Jorge Maier «*proporcionó una coyuntura inestimable a aquéllos que las deseasen llevar a cabo* [las excavaciones] *en nuestro país… este hecho atrajo a distintos arqueólogos extranjeros*» lo que provocó el desarrollo de la actividad arqueológica, de su estudio e incluso ayudó al nacimiento de numerosas Sociedades Arqueológicas[22]. En cualquier caso un claro ejemplo del fracaso de la legislación sobre conservación de los descubrimientos arqueológicos lo constituyó, ya a finales de siglo, la venta de la Dama de Elche por Pedro Ibarra al Museo del Louvre, pese a haber anunciado previamente a la RAH, por carta de 15 de agosto de 1897, que tenía la pieza en venta; la tardía reacción de la Academia, que no contestó a Ibarra sino hasta el 4 de octubre de ese año provocó la salida de la pieza, que ya estaba en París para entonces[23]. Evidentemente hechos como éste fueron los detonantes de que se empezase, ya a principios del siglo XX a considerar la capital importancia de establecer medidas verdaderamente eficaces para evitar la salida al extranjero de nuestro patrimonio histórico-artístico[24].

Para finalizar este apartado dedicado a la arqueología simplemente deben citarse las normas reguladoras del hallazgo del Tesoro en nuestro ordenamiento decimonónico. La primera de ellas, tras las disposiciones que se habían dictado sobre el hallazgo en terreno público o de realengo en la R.Céd. de 1803, es el Real Decreto de 16 mayo de 1834, que establecía que serían propiedad del Estado el cincuenta por ciento de los tesoros que se hallasen ocultos o sepultados en terrenos

22. Maier Allende, Jorge, «La Comisión de Antigüedades de la Real Academia de la Historia», en: *250 años de arqueología patrimonio*, 1ª edición, Madrid, RAH, 2003, p. 49.
23. Mora Rodríguez, Gloria y Tortosa Rocamora, Trinidad, *La Comisión de Antigüedades de la Real Academia de la Historia. Comunidad Valenciana. Catálogo e Índices*, 1ª edición, Madrid, Real Academia de la Historia, 2001, p. 14.
24. Ayarzagüena, Mariano, «El nacimiento de la arqueología científica en España», en: *Pioneros de la Arqueología en España. Del Siglo XVI a 1912*, 1ª edición, Museo Arqueológico Regional de Alcalá de Henares, nº 3, 2004, p. 76.

pertenecientes al Estado[25]. No volvería a tratarse la cuestión hasta la promulgación del Código Civil en 1889, que dedicó sus artículos 351 y 352 a esta cuestión; el artículo 352 confería la propiedad del hallazgo arqueológico al dueño del terreno, teniendo derecho a la mitad del mismo el su descubridor si lo había hallado de forma casual, tanto si el descubrimiento lo había realizado en suelo público, como en privado ajeno; asimismo en este precepto se establecía un derecho de adquisición preferente del tesoro encontrado, a favor del Estado y por su justo precio, si los hallazgos fueran de interés para las ciencias o para las artes. El artículo 353, por su parte, definía lo que habría de entenderse por tesoro, estableciendo que tendría que cumplir varios requisitos para ser considerado como tal: por un lado debía permanecer oculto; por otro, habría de ignorarse su existencia; por otro, debía consistir en alhajas u otros objetos preciosos y, finalmente, no debía constar su legítima procedencia[26].

Estos requisitos, que se han mantenido hasta la actualidad, son abordados, para la diferenciación del tesoro oculto del hallazgo, en la STS de 30 de enero de 1990, en la que se hace también una deliciosa reseña del derecho histórico que regula el hallazgo de tesoro[27]:

---

25. Dice este precepto en concreto que «*corresponde al Estado la mitad de los tesoros, o sea, de las alhajas, dinero u otra cualesquiera cosa de valor, ignorada u ocultada, que se hallen en terrenos pertenecientes al Estado*». Roma Valdés, Antonio, «El expolio del patrimonio arqueológico español», *Patrimonio Cultural y Derecho*, nº 6, 2002, p. 128.
26. En relación con este último requisito, y respecto a un pleito por el hallazgo de un bote que contenía 245 monedas de oro y diversos documentos acreditativos de la propiedad de las monedas, que fue ocultado en el año 1836, establece la STS de 27 de junio de 1988 (Roj: STS 4978/1988 –Sala 1ª– Ponente: Francisco Morales Morales) la siguiente doctrina: «*Para la conceptuación de tesoro oculto a un depósito oculto e ignorado de dinero, alhajas u otros objetos preciosos, es requisito ineludible que no tenga propietario conocido, lo que ha de entenderse no sólo cuando sea desconocida en absoluto la identidad del dueño originario que efectuó o por cuya orden se realizó la ocultación, sino también cuando, aun siendo conocida la identidad del mismo, la excesiva lejanía en el tiempo haga prácticamente imposible, a través de las intermedias transmisiones hereditarias que hayan podido producirse, venir en conocimiento de quienes sean los sucesores del referido dueño originario, y, por ende, legítimos propietarios actuales de hallazgo*».
27. Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de enero de 1990 (Roj: STS 659/1990 –Sala 1ª– Ponente: Luis Martínez Calcerrada y Gómez).

«el "iter" de la configuración jurídica-positiva del denominado "tesoro oculto", arranca de las fuentes romanas, en las que se acuñó la secular definición conceptual de Paulo ("Vetus quaedam depositio pecuniae cuius no extat memoria, ut iam dominum non habeat") trasunto, pues, de la actual definición legal del artículo 352 del Código Civil (es claro que el Código Civil lo contempla como uno de los "modos de adquirir la propiedad" de su Ley II-e, incluso, se regula dentro del tomo II "De la propiedad": "Se entiende por tesoro, para los efectos de la ley, el depósito oculto e ignorado de dinero, alhajas u otros objetos preciosos, cuya legítima pertenencia no conste") que recoge, salvo en lo relativo a la "antigüedad" "Vetus" la esencial configuración histórica, habiéndose encargado la doctrina por especificar sus notas más características; a saber, ocultación e ignorancia o que el depósito de los objetos del tesoro, sea desconocido y esté escondido, si bien este ocultamiento es consustancial en la idea de que si no lo estuviera, alguien se habría apoderado del mismo; como se ha dicho ha desaparecido la nota de la "antigüedad" en nuestro derecho positivo (sentencias 8 de septiembre de 1902 y 17 de abril de 1951), con lo que, de paso, se elimina la cuestión ciertamente aporética de precisar en qué fecha o época ha de provenir ese dato de temporalidad pretérita; y, por último, además de su "condición mobiliaria", en cuanto a la no pertenencia (en sentencia de 27 de junio de 1988 se decía al punto: "para que dicha conceptuación (de tesoro oculto) pueda ser atribuida a un depósito oculto e ignorado de dinero, alhajas y otros objetos preciosos es requisito ineludible que no tenga propietario conocido ('inhallabilidad' del dueño), como ya exigía la Ley 45, título 28, de La Partida 3a ('si el thesoro es tal que ningund orne non pueda saber quién lo y metió, nin cuyo es') y como reitera expresamente el artículo 352 del Código Civil, cuando condiciona la consideración legal de tesoro a que no conste la legítima pertenencia del expresado depósito oculto e ignorado, requisito que habrá de estimarse concurrente, con la consiguiente atribución al hallazgo de la expresada conceptuación legal, no sólo, como es obvio, cuando sea desconocida en absoluto la identidad del dueño originario que efectuó o por cuya orden se realizó la ocultación, sino también cuando, aun siendo conocida la identidad del mismo, la excesiva lejanía en el tiempo haga prácticamente imposible, a través de las intermedias transmisiones hereditarias que hayan podido producirse, venir en conocimiento de quiénes sean los sucesores del referido dueño originario y, por ende, legítimos propietarios actuales del mencionado hallazgo"), se individualiza con ello al tesoro del hallazgo –vía artículos 615 y ss.–, en cuyo artículo 614, ratifica esa diferencia en su remisión al artículo 351 y de las cosas "nullíus", y, por cuya razón, es preciso determinar a quién corresponderá, tras su descubrimiento, dicha pertenencia o propiedad, prescribiéndose por nuestro Código Civil el haz de soluciones de su repetido artículo 351: En primer lugar, pertenecerá al dueño del terreno en que se hallare (la antigua sentencia del Tribunal Supremo de 8 de octubre de 1902 así lo reconocía pudiendo hablarse también de tesoro cuando el mismo se encuentra en otro lugar, v.g. *en un mueble); en segundo lugar, cuando su descubri-*

miento fuese hecho en propiedad ajena, o del Estado y por casualidad, la mitad se aplicará al descubridor: que sigue el hito histórico de Las Partidas: "la mitade era del que fallase por auentura, non lo buscando el a sabiendas", con lo que se viene a establecer una suerte de copropiedad entre tales adjudicatarios del dominio sobre las cosas encontradas, según la sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 24 de enero de 1977; y, finalmente, no puede olvidarse cuando aparezca el protagonismo del Estado, aparte del inciso visto de que el terreno sea de su propiedad, habrá de estarse a la preferencia que le marca el último párrafo del repetido artículo 351 y a la normativa de desarrollo: Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954, y Leyes de 7 de julio de 1911 y 13 de mayo de 1933, entre otras; el requisito de "por casualidad" alude a que no se estará en el supuesto de hecho si el tesoro es descubierto por aquellos a quienes el propietario del tesoro se les encargó el tener que hallarlo (por relación de trabajo o arrendamiento) pues entonces le correspondería el mismo al dueño del terreno, sin perjuicio de la contraprestación pactada con los halladores); mas, como se ha anticipado, la problemática se cierne en plenitud, cuando, como en el caso de autos, coexisten intereses encontrados entre los halladores o descubridores y quien se arroga o atribuye la propiedad del terreno en donde se realizó el descubrimiento, en el bien entendido, que ajustándose a los términos de la controversia, la discusión recae, en puridad, al margen de quiénes fuesen los descubridores, esto es, los demandados no a quien corresponde el 50 por 100 en dicha copropiedad adjudicatoria, sino en que la pretensión persigue se atribuya al actor la totalidad de lo retenido por los halladores, lo que, como se verá, descubre un componente de irregularidad en su ajuste legal, ya que, en caso alguno, al partir del hecho de que fueron terceros los que descubrieron el depósito de monedas antiguas discutidas, a éstos siempre les pertenecerá la mitad de las mismas, con independencia de quién sea el propietario del terreno en cuestión, y ello "ope legis" ex artículo 351-2° del Código Civil, todo lo cual se anticipa en un cierto sentido orientador».

III. LAS DESAMORTIZACIONES DECIMONÓNICAS Y SU IMPACTO EN EL PATRIMONIO ARTÍSTICO

Otro importante hecho que en esta centuria va a provocar una abundante normativa sobre protección del patrimonio artístico, son las grandes desamortizaciones de bienes civiles y religiosos que, ya comenzaron a prepararse en los últimos años del siglo anterior. Desde el punto de vista del Patrimonio histórico-artístico es especialmente significativa la desamortización del patrimonio artístico, cuyos efectos, así como la esforzadísima labor realizada por la RABASF para su conservación, serán abordados con detenimiento más adelante. Lo que aquí se pretende exponer es simplemente una síntesis del proceso desamortizador, contem-

plado desde el punto de vista legislativo, así como del tratamiento que se dio al patrimonio histórico-artístico en dichas normas.

Las medidas desamortizadoras que se adoptaron en el siglo XVIII no fueron suficientes para sanear las arcas públicas, pues las guerras seguían consumiendo de forma voraz los fondos del Estado, incluso los derivados de estas primeras desamortizaciones, lo que obligó a Godoy a buscar nuevas fuentes de financiación; será en este momento cuando la Iglesia se verá directamente afectada por el proceso desamortizador, al quedar afectados por el mismo «*la séptima parte de los predios pertenecientes a la Iglesia, monasterios, conventos, comunidades, fundaciones y a otras cualesquiera eclesiásticas, incluso los bienes patrimoniales de las cuatro Órdenes Militares y la de San Juan de Jerusalén*»; lo llamativo de esta medida es que no se vino a producir por decisión unilateral del Gobierno, sino por concesión pontificia mediante Breve de 12 de diciembre de 1806. A cambio de este «séptimo eclesiástico», las entidades afectadas recibirían el tres por ciento anual del valor de los bienes desamortizados[28]. Estas medidas autorizadas por el Papa fueron objeto de regulación normativa en R.Céd. de 21 de febrero de 1807[29], de sesenta y nueve artículos, cuya aplicación práctica fue, sin embargo, muy escasa.

La deuda pública fue, pues, el verdadero motor del proceso desamortizador durante el reinado de Carlos IV. Esta deuda pública estaba suscrita esencialmente por una burguesía que cada vez se enriquecía en mayor medida, fruto del mercantilismo de la segunda mitad del siglo XVIII, lo que hará surgir un problema social, pues la burguesía, que disponía de la riqueza, tenía aspiraciones de poder, hasta entonces en manos de una nobleza cuya economía no se había desarrollado al mismo ritmo y, dado que la Hacienda Pública estaba en manos de sus grandes acreedores, la burguesía, se vino a producir lo que Tomás y Valiente denominó «*identidad de intereses*», que iba a provocar que las siguientes medidas desamortizadoras tuviesen un nuevo destinatario: la nobleza[30].

En tiempo de José Napoleón también se siguieron dictando normas para conseguir fondos con los que dotar la deuda pública. Un ejemplo de ello lo encontramos en el Decreto de 9 de junio de 1809

28. Tomás y Valiente, Francisco, *El marco político de la desamortización en España*, 1ª edición, Barcelona, Ariel, 1971, p. 45.
29. AHN, Diversos, Reales Cédulas, número 1.702.
30. Tomás y Valiente, Francisco, *op. cit.*, p. 47.

que, en 22 artículos, va a disponer la forma de realizar la venta de los bienes nacionales que estaban destinados para el pago de la deuda pública, incluyendo entre ellos los bienes religiosos, y disponiendo que todas las ventas –que debían ser realizadas en subasta pública, partiendo de un aprecio de cada finca determinado por una Junta de Administración de bienes nacionales– debían estar concluidas antes del último día del año 1810. Otra norma de este período que afectaba gravemente a los bienes de la Iglesia fue el Decreto de 18 de agosto de 1809, por el que se suprimían todas las órdenes regulares, monacales, mendicantes y clericales en España, que en el perentorio plazo de quince días debían salir de sus conventos y claustros y abstenerse de llevar ropa que los identificase como religiosos, quedando sus bienes en venta, para el pago de la deuda pública[31].

Pero sería ya en el período de las Cortes de Cádiz cuando, debido al incremento del endeudamiento público debido a la Guerra de la Independencia, se adopte una importante disposición concretamente el Decreto de 13 de septiembre de 1813, sobre clasificación y pago de la deuda nacional; esta norma dividía dicha deuda en dos categorías: la anterior al 18 de marzo de 1808, y la posterior a dicha fecha, subdividiéndose a su vez, ambas categorías en deuda nacional con interés y deuda nacional sin interés. Lo más importante de esta norma, desde el punto de vista de su impacto en el patrimonio artístico es que regulaba en su artículo 18º la venta de los «*bienes nacionales*», para el pago de la deuda sin interés posterior al 18 de marzo de 1808; estos bienes nacionales eran enumerados en el artículo 17º: los confiscados (o por confiscar) a los traidores, los de las temporalidades de los Jesuitas, los de la orden de San Juan de Jerusalén, los de las cuatro Órdenes Militares, los de los conventos o monasterios suprimidos o destruidos durante la guerra, las alhajas y fincas de la Corona y los Reales Sitios, con excepción los palacios y demás bienes destinados al servicio y recreo de la familia real y, finalmente, la mitad de los baldíos y realengos[32].

31. Martín, Teodoro, *La desamortización. Textos Jurídico Políticos*, 1ª edición, Madrid, Narcea, 1973, pp. 77-81.
32. Decreto de 13 de septiembre de 1813: «*art. 17: Las Cortes asignarán, desde luego, como hipoteca especial para el pago de la Deuda nacional sin interés y para la extinción de los capitales que le gozan: 1º. Los bienes confiscados y confiscables a traidores antes del 19 de marzo de 1812, día de la publicación de la Constitución. 2º. Los de las temporalidades de los ex jesuitas. 3º. Los de la orden de San Juan de Jerusalén. 4º. Los*

Lo más llamativo de este Decreto es la falta de medida alguna que protegiera el patrimonio histórico artístico que existiese en los bienes inmuebles que se iban a vender, máxime cuando entre ellas están edificios religiosos, donde se albergaba un valioso tesoro artístico, o incluso propiedad de la corona, permitiéndose su venta con independencia de su valor artístico, pues quedaban únicamente fuera de la enajenación los palacios y los lugares de recreo, pero atendiendo a su uso utilitario, y no a su valor artístico. En cualquier caso esta norma de nuestros liberales gaditanos, que no pudo aplicarse por la vuelta del estado absoluto de Fernando VII, es un claro precedente jurídico de lo que será la legislación desamortizadora posterior[33].

Debe indicarse, asimismo, que la afección de los edificios y fincas de la corona a la obtención de ingresos para el Estado, admitiéndose como parte del pago por estos bienes títulos de deuda pública, ya había sido abordada previamente por las Cortes de Cádiz en Decreto de 22 de marzo de 1811, norma compuesta por siete breves artículos, en cuya exposición de motivos ya se indicaba claramente que las necesidades de fondos del Estado justificaban la enajenación de este patrimonio inmueble de la corona, sin que se tuvieran en cuenta otras cuestiones como el valor histórico o artísticos de dichos bienes; el artículo 1º de la norma, al menos, dejaba fuera de su ámbito de aplicación los palacios, cotos y reales sitios, si bien con la inquietante mención «*por ahora*». La necesidad de reducir el pasivo de las cuentas públicas se manifiesta claramente en los artículos 5º y 6º, donde respectivamente se permite el pago de un

predios rústicos y urbanos de los Maestrazgos y Encomiendas vacantes y que vacaren en las cuatro órdenes militares. 5º. Los que pertenecían a los conventos y monasterios arruinados y que queden suprimidos por la reforma que se haga de los regulares en uso del Breve de Su Santidad de 10 de septiembre de 1802, entendiéndose éste y los tres anteriores artículos sin perjuicio de las cargas y gravámenes de justicia que a dichos bienes estén sujetos; y quedando a cargo de la nación el cumplir del modo más análogo y compatible con el bien general de las intenciones de los particulares que hayan donado algunos de dichos bienes, con arreglo a los derechos de la nación y cánones concordantes. 6º. Las alhajas y fincas llamadas de la Corona y los Sitios Reales, separando con arreglo a la Constitución los palacios y demás que se destinen para el servicio de recreo del rey y su real familia. 7º. La mitad de baldíos y realengos con arreglo al decreto de las Cortes de 4 de enero de este año. Estas fincas rústicas y urbanas que se hipotecan para el pago de la deuda nacional, y las consignadas para sus intereses, quedan sujetas a la cuota que, según sus productos, les corresponda por la contribución directa, como si perteneciesen a personas particulares».

33. Tomás y Valiente, Francisco, *op. cit.*, p. 54.

tercio del precio del remate por medio de vales reales y de dos tercios del mismo por compensación de créditos frente a la Hacienda Pública procedentes de suministros u otros servicios prestados al ejército durante la Guerra de la Independencia; en ningún caso eran acumulables estos dos sistemas de pago, por lo que siempre debía ingresarse en dinero efectivo una parte del precio del bien enajenado[34].

Otras normas dictadas por las Cortes de Cádiz[35], que inspiraron el importante Decreto de 13 de septiembre de 1813 y que ilustran claramente cómo la falta de medios económicos del Estado obliga-

34. Decreto de 22 de marzo de 1811: «*Sobre la enagenación y venta de algunos edificios y fincas de la Corona, admitiéndose en parte del precio los vales y créditos. Las Cortes generales y extraordinarias, teniendo en consideración que los edificios y fincas pertenecientes a la Corona gravan al erario con gastos, que no se recompensan con sus productos, al paso que, trasladándose a manos de particulares, fomentarían su riqueza y la general del Estado; y siendo muy urgente el reunir fondos para sostener la sangrienta lucha en que tan justamente se halla empeñada la Nación, a fin de asegurar su libertad e independencia, decretan: Iº La enagenación de los edificios y fincas de la Corona, exceptuando por ahora los palacios, cotos y sitios Reales. IIº Que desde luego se proceda por los Intendentes a realizar la venta de los edificios y fincas de la Corona que se hallen en las provincias no ocupadas por los enemigos, previa tasación, debiendo remitir una nota puntual de las que hubiere en el distrito de su provincia respectiva con expresión de su valor y precios del remate de cada una. IIIº La venta deberá hacerse en pública subasta, y no podrá admitirse postura que sea menor de las tres cuartas partes del valor que resulte tener la finca por justa tasación. IVº No podrá celebrarse el remate hasta que se halle cubierto el precio total del justiprecio. Vº Se podrán admitir vales reales en pago de la tercera parte del precio por que se remate la finca; pero las otras dos deberán satisfacerse precisamente en dinero metálico. VI. Podrán también admitirse en pago de las dos terceras partes del precio del remate créditos procedentes de suministros, o de asientos hechos para la subsistencia y servicio de los egércitos en la presente guerra; pero en este caso deberá igualmente satisfacerse en dinero metálico la otra tercera parte. VII. Los Intendentes deberán dirigir inmediatamente a la tesorería mayor los vales reales que se recojan por estas ventas a fin de que hecha su amortización, se dé noticia al público de los números de dichos vales amortizados. Lo tendrá entendido el Consejo de Regencia, y dispondrá lo necesario a su cumplimiento, mandándolo imprimir, publicar y circular. Dado en Cádiz a 22 de marzo de 1811. El Barón de Antella, presidente. Vicente Tomás Traver, Diputado Secretario. Juan Polo y Catalina, Diputado Secretario. Al Consejo de Regencia».* Fuente: *Colección de los decretos y órdenes que han expedido las Cortes generales y extraordinarias desde su instalación en 24 de septiembre de 1810 hasta igual fecha de 1811.* Reimpresión de la 1ª edición, Sevilla, Imprenta mayor de Sevilla, 1820, pp. 97-99.

35. Resulta sumamente esclarecedora del estado de la cuestión, la lectura del *Dictamen de las comisiones encargadas de informar a las cortes sobre el restablecimiento y reforma de las casas religiosas, mandado imprimir de orden de Su Majestad*. Cádiz: Imprenta Nacional, 1813.

ban a intentar la obtención de ingresos por medio del patrimonio religioso, fueron, por un lado, el Decreto de 17 de junio de 1812, que ordenaba en su artículo 7º el secuestro provisional de los bienes propiedad de los establecimientos eclesiásticos o religiosos que hubieran sido extinguidos, disueltos o reformados por su insurrección o por disposición del gobierno de José Napoleón, dentro de un paquete de medidas generales para la sanción a quienes apoyaron a los invasores franceses[36], y por otro lado el Decreto de 22 de febrero de 1813, que establecía la propiedad de la nación sobre los bienes de la Inquisición –extinguida por otro decreto de la misma fecha, por entenderse incompatible con la Constitución de 1812– así como diversas medidas sobre su ocupación y relativas al sueldo y destino de los miembros de ese tribunal; en los diecisiete artículos de esta norma se destinan sólo dos de ellos al cuidado del Patrimonio histórico-artístico que había sido propiedad de la Inquisición, pues en su artículo 4º se establecía que cualquier venta o enajenación de los bienes y derechos, incluyéndose los bienes muebles, que se hubiese realizado antes de la extinción, o las que pudieran hacerse en el futuro, serían declaradas nulas de pleno derecho, salvo que se hubiesen desarrollado con arreglo a las disposiciones contenidas en este decreto de 22 de febrero de 1813, reintegrándose de esta forma al patrimonio del Estado; esto es, esta medida era una medida de protección de los intereses económicos de la nación, pero nunca de protección del Patrimonio Histórico-Artístico que había poseído esta institución; por otro lado el artículo 5º determinaba el régimen sancionador aplicable para los sustractores de bienes muebles, alhajas o dinero propiedad de la Inquisición, pero al igual que anteriormente, sin mayor ánimo de proteger el patrimo-

36. Decreto de 17 de junio de 1812: «*VII. También tendrá el secuestro y la aplicación de frutos a beneficio del Estado, cuando los bienes, de cualquier clase que sean, pertenezcan a establecimientos públicos, cuerpos seculares, eclesiásticos, o religiosos de ambos sexos, disueltos, extinguidos o reformados por resultas de la invasión enemiga, o por providencia del Gobierno intruso; entendiéndose lo dicho con calidad de reintegrarlos en la posesión de las fincas y capitales que se les ocupen, siempre que llegue el caso de su restablecimiento; y con calidad de señalar sobre el producto de sus rentas los alimentos precisos a aquellos individuos de dichas corporaciones, que debiendo ser mantenidos por las mismas, se hayan refugiado a las provincias libres, profesen en ellas su instituto, y carezcan de otros medios de subsistencia*». Fuente: *Colección de los decretos y órdenes que han expedido las Cortes generales y extraordinarias desde 24 de mayo de 1812 hasta 24 de febrero de 1813*. Reimpresión de la 1ª edición, Sevilla, Imprenta mayor de Sevilla, 1820, pp. 26-32.

nio, sino de disponer de él para su conversión en dinero con el que poder atender el enorme gasto público[37]. Pero sin duda, en lo que a la extinción de la Inquisición respecta, lo que más afectó al patrimonio artístico fue otro decreto de 22 de febrero de 1813, por el que en su único artículo se ordenaba quitar de cualquier sitio público las pinturas y las inscripciones que se refiriesen a los castigos impuestos por este Tribunal; la base de esta medida se argumentaba en el artículo 305 de la Constitución de Cádiz, que establecía que cualquier pena que se impusiese debía de tener efectos únicamente en el infractor, pero nunca podía trascender a la familia del que la sufriese que, en caso de verse afectada por la publicidad de esta sanción, quedaría infamada; es por ello que las Cortes ordenan por este Decreto que cualquier cuadro, pintura o inscripción que hubiese en las iglesias, claustros y conventos, o en cualquier otro lugar público, en los que se consignasen los castigos y penas impuestos por la inquisición, debían

37. Decreto de 22 de febrero de 1813: «*IV. Toda enagenación o venta de los expresados bienes y derechos que se hubiere hecho desde el citado día 26 de enero, o las que en adelante puedan hacerse por cuerpos o personas distintas de las que el gobierno depute y autorice competentemente a este fin, serán reputadas como nulas, y los bienes en que consistan, reintegrados completamente a la nación. Lo mismo debe entenderse de las ventas hechas con anterioridad al referido día 26 de enero, si se hubieren hecho sin autoridad legítima y sin las formalidades y requisitos necesarios; incorporándose a la masa general los bienes en que consistan, y cualesquiera otros muebles o semovientes que se hubiesen depositado o substraído para salvarlos de la usurpación de los enemigos, o con cualquiera otro motivo. V. Los que substrajeren o hubieren substraído bienes, muebles, alhajas, dinero: los que ocultaren libros de cuentas, escrituras o cualesquiera clase de documentos pertenecientes a la Inquisición, o a la comprobación de sus bienes y derechos, serán castigados con las penas establecidas o que se establecieren contra los usurpadores, ocultadores y defraudadores de los bienes nacionales*». Fuente: *Colección de los decretos y órdenes que han expedido las Cortes generales y extraordinarias desde 24 de mayo de 1812 hasta 24 de febrero de 1813*. Reimpresión de la 1ª edición, Sevilla, Imprenta mayor de Sevilla, 1820, pp. 203-207. Años después, durante los primeros momentos del Trienio Liberal, a iniciativa de diversos parlamentarios, se reclamó desde las Cortes al Crédito Público un estado de las ventas de los bienes que habían pertenecido a la Inquisición, lo que prueba el extremo afirmado de que el único objetivo perseguido por los liberales acerca de estos bienes era económico, y nunca de protección del patrimonio histórico-artístico: «*Dígase a los directores del Crédito público que las Cortes quieren saber, en el preciso termino de cuarenta y ocho horas, las providencias que han dado para vender los bienes de la Inquisición y los demás que se han mandado enajenar*». *Diario de Sesiones de Cortes*, 5 de octubre de 1820.

ser destruidos en los tres días siguientes a la recepción del decreto. No es el primer caso de intento de destrucción del patrimonio pictórico por causa de su contenido –como se verá al hablar de las pinturas de desnudos de las colecciones reales– pero es la primera ocasión en que esta medida afecta al rico patrimonio pictórico de la iglesia y, además, es la primera norma jurídica que encontramos que prescribe directamente la destrucción de obras artísticas[38].

Ya en tiempos del trienio liberal se adoptaron diversas normas sobre desamortización de la tierra, como el Decreto de 9 de agosto de 1820, que reactivaba el frustrado Decreto de 13 de noviembre de 1813 al ordenar la venta en subasta pública de todos los bienes nacionales que en dicha norma habían quedado afectos a la extinción de la deuda pública o el Decreto de 29 de junio de 1822, que regulaba la venta de propios y baldíos, refundiendo las disposiciones de dos normas anteriores como eran el Decreto de 4 de abril de 1813 y la Orden de las Cortes de 8 de noviembre de 1820. El efecto de estas normas, siempre dictadas con un propósito económico, fue muy escaso al poder satisfacerse el precio de los remates por medio de vales reales; el problema surgía de la depreciación a que se veía sometida la cotización de estos títulos de deuda pública que, al servir como pago por su valor nomi-

38. Decreto de 22 de febrero de 1813 (2): «*En que se mandan quitar de los parages públicos y destruir las pinturas o inscripciones de los castigos impuestos por la Inquisición. Las Cortes generales y extraordinarias, atendiendo a que por el artículo 305 de la Constitución, ninguna pena que se imponga por cualquier delito que sea, ha de ser trascendental a la familia que la sufre, sino que tendrá todo su efecto sobre el que la mereció; y a que los medios con que se conserva en los parages públicos la memoria de los castigos impuestos por la Inquisición, irrogan infamia a las familias de los que los sufrieron, y aún dan ocasión a que las personas del mismo apellido se vean expuestas a mala nota; han venido en decretar y decretan: Todos los cuadros, pinturas o inscripciones en que estén consignados los castigos y penas impuestos por la Inquisición que existan en las iglesias, claustros y conventos, o en cualquier otro parage público de la Monarquía, serán borrados o quitados de los respectivos lugares en que se hallen colocados, y destruidos en el perentorio término de tres días, contados desde que se reciba el presente decreto. Tendrálo entendido la Regencia del reino, para su cumplimiento, y lo hará imprimir, publicar y circular. Dado en Cádiz a 22 de febrero de 1813. Miguel Antonio de Zumalacárregui, Presidente. Florencio Castillo, Diputado Secretario. Juan María Herrera, Diputado Secretario. A la Regencia del reino*». Fuente: *Colección de los decretos y órdenes que han expedido las Cortes generales y extraordinarias desde 24 de mayo de 1812 hasta 24 de febrero de 1813*. Reimpresión de la 1ª edición, Sevilla, Imprenta mayor de Sevilla, 1820, pp. 202-203.

nal, lo que en realidad percibía el Estado era un importe muy inferior al que había sido rematada la subasta, indicando Tomás y Valiente que en ocasiones esta cantidad no llegaba a cubrir el quince por ciento del valor nominal del título[39].

Pero en lo que más interesa, también se establecieron en este período una serie de importantes medidas normativas de desamortización del patrimonio religioso:

En primer lugar el Decreto de las Cortes de 1 de octubre de 1820 (que recibió la sanción real el 25 de ese mes) que en treinta artículos realizaba la supresión de todos los monasterios de las órdenes monacales, de canónigos Benedictinos, de la congregación claustral Tarraconense y Cesaraugustana, de San Agustín, Premostratenses, colegios y conventos de las Órdenes Militares de Santiago, Calatrava, Alcántara y Montesa, así como los de San Juan de Jerusalén, San Juan de Dios, los Betlemitas, así como todos los de las órdenes hospitalarias, de cualquier clase que fueran (artículo 1º); pero las medidas que más nos interesan se encuentran en las disposiciones dictadas para la gestión de ese patrimonio pues, si bien se sienta el principio general de que todos los bienes, tanto muebles como inmuebles de los monasterios conventos y colegios suprimidos se van a aplicar al crédito público (artículo 23º), se exceptuaban de esta medida los inmuebles que el gobierno estimase podrían cumplir funciones de establecimientos de utilidad pública (artículo 25º), así como determinados bienes muebles, como archivos, cuadros, libros y efectos de biblioteca, que quedarían bajo la custodia de los jefes políticos, quienes debían inventariarlos y remitir dicho inventario al gobierno, para que éste informase a las Cortes, que decidirían cuáles de esos objetos serían destinados a la propia biblioteca de las Cortes (artículo 27º); el resto de objetos que quedasen bajo la custodia de los jefes políticos sería destinados a las bibliotecas provinciales, museos, academias y otros establecimientos de instrucción pública (artículo 28º). Quedaban fuera de esta protección los bienes destinados al culto y, sobre todo, algunos que para este trabajo revisten especial interés, como los ornamentos, imágenes, altares y libros de coro, cuyo destino se dejaba en manos de los ordinarios de las respetivas diócesis, para que dotasen con ellos a las parroquias pobres bajo su cargo (artículo 29º) lo que dejaba sin protección

39. Tomás y Valiente, Francisco, *op. cit.*, p. 69.

la riqueza escultórica de las iglesias, muy desarrollada en los retablos. Esta medida constituye un precedente normativo de mucho interés, que será mantenida en las grandes desamortizaciones de la segunda mitad de la década de los treinta de este siglo, pero de escasa trascendencia práctica, como se verá al analizar los enormes desempeños realizados por la RABASF para proteger este patrimonio artístico de los conventos desamortizados o para lograr la efectiva reutilización de unos edificios que se encontraron inmediatamente afectados por un ansia especulativa que llevó a que en numerosos casos fuesen objeto de la piqueta[40].

En realidad esta norma era bastante respetuosa con los bienes de las corporaciones suprimidas, cuya venta no se planteaba, sino que se establecía que los inmuebles se convertirían en edificios públicos y los cuadros, archivos y libros serían custodiados por los jefes políticos y serían destinados a bibliotecas, academias y museos que habrían de crearse. La norma, sin embargo, no establecía medidas para la prevención de la ocultación o venta de estos bienes, ni la forma de perseguir a los responsables de estos actos, lo que provocó que los religiosos exclaustrados evadieran

40. Decreto de 1 de octubre de 1820: «*Supresión de monacales y reforma de regulares. Art. 1º Se suprimen todos los Monasterios de las Órdenes Monacales; los de Canónigos reglares de San Benito, de la Congregación claustral Tarraconense y Cesaraugustana, los de San Agustín y los Premostratenses; los Conventos y Colegios de las Órdenes Militares de Santiago, Calatrava, Alcántara y Montesa; los de San Juan De Jerusalén, los de San Juan de Dios y Betlemitas, y todos los demás de hospitalarios de cualquier clase (…) 23. Todos los bienes muebles e inmuebles de los monasterios, conventos y colegios que se suprimen ahora, o que se supriman en lo sucesivo en virtud de los artículos 16, 17, 19 y 20, quedan aplicados al Crédito público; pero sujetos como hasta aquí a las cargas de justicia que tengan, así civiles como eclesiásticas (…) 26. El Gobierno podrá destinar para establecimiento de utilidad pública los conventos suprimidos que crea más a propósito. 27. Los Gefes Políticos custodiarán todos los archivos, cuadros, libros y efectos de biblioteca de los conventos suprimidos, y remitirán inventarios al Gobierno, quien los pasará originales a las Cortes, para que estas destinen a su biblioteca lo que tengan por conducente, según el reglamento aprobado por las ordinarias. 28. Será cargo del Gobierno aplicar el residuo de los efectos mencionados en el artículo anterior a las bibliotecas provinciales, museos, academias, y demás establecimientos de instrucción pública. 29. Queda al arbitrio de los respectivos Ordinarios disponer en favor de las parroquias pobres de su diócesis de los vasos sagrados, alhajas, ornamentos, imágenes, altares, órganos, libros de coro y demás utensilios pertenecientes al culto*». Fuente: *Colección de los decretos y órdenes generales de la primera legislatura de las Cortes ordinarias de 1820 y 1821, desde 6 de julio hasta 9 de noviembre de 1820.* 1ª edición, Madrid, Imprenta Nacional, 1821, pp. 155-159.

muchos de estos bienes y que los que quedaron en los conventos y monasterios deshabitados fueran objeto de saqueos; Francisco Fernández Pardo indica una serie de razones para que se produjese esta situación[41]:

- La lentitud con la que actuaron algunos jefes políticos tras la promulgación de la norma.
- La lentitud y falta de rigor con la que se realizó el inventario de los bienes incautados.
- La falta de museos o lugares apropiados para conservar y custodiar dichos bienes, por lo que quedaron en sus emplazamientos de origen, sin vigilancia alguna.
- La autorización que contenía el ya comentado artículo 29 de la norma, para que los obispos distribuyeran gran parte de esos bienes, lo que los dejó a su total control y lejos del alcance de las autoridades públicas.
- El fuerte sentimiento anticlerical, que derivó en saqueos de iglesias, incendios y destrozos de monumentos.
- El incipiente proceso de especulación con la obra de arte.

Resulta asimismo interesante hacer un breve comentario sobre la tramitación parlamentaria de esta norma y, en especial, sobre las argumentaciones dadas a favor de la expropiación del patrimonio artístico de los religiosos; en este sentido, en la Sesión de Cortes de 21 de septiembre de 1820 tuvo lugar un encendido debate sobre la posibilidad o no de desamortizar los conventos, en el que se abordaron algunas cuestiones, en defensa de la causa de los religiosos, relacionadas con su patrimonio artístico; la primera de ellas se refería a la conveniencia de que los religiosos siguiesen ocupando sus inmuebles hasta su fallecimiento, pues esta se proponía como una medida de conservación de los mismos (aunque en el fondo escondía el acuciante problema del futuro de unos religiosos a los que se les iba a privar de techo y de medios de subsistencia) y la segunda hacía una defensa de su papel como protectores del patrimonio artístico. A ambas cuestiones respondieron varios diputados; tomaremos como ejemplo de la postura mayoritaria de los liberales la sentada por el diputado por

41. Fernández Pardo, Francisco, *Dispersión y Destrucción del Patrimonio Artístico Español; Tomo II: (1815-1868) Desamortizaciones*, 1ª edición, Madrid, Fundación Universitaria Española, 2007, pp. 26 y 27.

Ávila Antonio de la Cuesta. En relación a la primera cuestión indicaba este parlamentario que: «*El inconveniente de que los edificios que se halla en los desiertos queden abandonados y se arruinen, debe verificarse con mayor motivo al tiempo en que fallezcan los monjes que permanezcan en ellos; porque ahora es mucho más fácil hallar compradores que lo sería entonces. Ahora quien comprase las propiedades que suelen estar en las cercanías de tales monasterios, era regular que quisiese tener por muy poco dinero el edificio, para colocar en él la familia rústica, los ganados, los aperos de labranza, y sobre todo sus graneros y bodegas; pero no sucederá lo mismo si quedan ocupados los edificios; porque el comprador de las propiedades no querrá esperar para comprarlos a que se desocupen dentro de diez, quince o veinte años, y formar entonces su establecimiento: lo forma necesariamente desde ahora. De aquí resulta que no hay otro medio para conservar tales edificios que el abonado por la comisión*»; y en relación al papel de los religiosos como preservadores de un amplio patrimonio histórico-artístico hace este político una exposición centrada en su papel como copistas, indicando al respecto que «*también se hace mérito de que conservaron los monumentos de nuestra historia eclesiástica y civil. Cuando así fuese, no había mucho que agradecerles; porque eran los únicos que gozaban de tranquilidad y seguridad, los únicos a quienes se tributaba una veneración casi supersticiosa, mientras que los Obispos, y los poquísimos y malos clérigos que había, iban a la guerra; y por consiguiente, no era extraño que los que tuviesen algunos manuscritos los creyesen más seguros depositándolos en los monasterios. Por otra parte, en un tiempo en que era tan raro el saber leer y escribir, los monjes eran casi los únicos copistas; pero también es justo se diga que no teniendo conocimientos ni gusto sino para ciertas cosas eclesiásticas, muy rara vez era materia de sus ocupaciones el copiar otras cosas. Por el contrario, era muy frecuente el que borrasen de los pergaminos las obras de Cicerón, de Virgilio, de Polibio, de Plutarco y de otros clásicos, para sustituir en su lugar salterios, antifonarios, homilías y algunas obras de escritores eclesiásticos. Se sabe que la suma escasez y el excesivo precio del pergamino contribuyeron a este daño; y cuando la invención del papel por una parte, y un principio de civilización por otra, sirvieron de remedio al mal, empezaron muchos que no eran monjes a vivir del oficio de copistas, y los más de los manuscritos que hay en España pertenecen a esta segunda época*». Era lógica esta postura que, como se

ha indicado era la mayoritaria en las Cortes del Trienio Liberal y que, a la postre daría lugar a la desamortización de octubre de ese año[42].

Como hemos indicado, la aplicación de esta legislación desamortizadora dio lugar a un problema práctico de importancia, pues aún antes de que se pusiese en ejecución los religiosos, viendo venir los problemas para su subsistencia, comenzaron a vender buena parte de sus bienes, lo que motivó que el 24 de octubre de 1820 se debatiese en las Cortes un oficio del Secretario del Despacho de Hacienda, que iba acompañado de una exposición de la Junta nacional del Crédito público, en que ponía en conocimiento de la cámara una serie de avisos que había recibido de sus comisionados en las provincias, que le ponían de manifiesto que «*en algunos monasterios habían procedido los monjes a malvender los efectos, enseres y bienes, a talar los arbolados y a destruir cuanto había en dichos monasterios: todo lo cual participaba dicho Secretario del Despacho a las Cortes, para que tomándolo en consideración, acordasen una medida capaz de cortar semejantes desórdenes*»; el tema es discutido en las Cortes y finalmente se acordó dejar el asunto en manos del Gobierno, requiriéndole solucionase el problema, habida cuenta de que la función del parlamento había concluido con la aprobación y promulgación del Decreto desamortizador[43]. El gobierno tomó nota del encargo y requirió a la comisión de reforma de regulares que emitiese un dictamen al respecto que, una vez elaborado, fue leído y aprobado íntegramente en la Sesión de Cortes del 6 de noviembre de 1820. Una de las medidas de dicho dictamen afecta directamente a la protección del patrimonio histórico artístico, pues tras sentarse en el artículo 1º la validez de las ventas realizadas por las corporaciones religiosas suprimidas antes de la promulgación de la ley, se exceptuaban de esta medida las pinturas, los manuscritos, los ornamentos y demás objetos pertenecientes a las bellas artes, literatura y culto divino, estableciéndose que sus tenedores, por cualquier título, habían de entregarlas con carácter inmediato a la respectiva autoridad a quien corresponda según la ley de reforma de los regulares del mes de octubre, quedándoles a salvo el derecho a ejercitar las acciones correspondientes contra quien les hubiera facilitado los bienes de forma ilegal (art. 2º)[44]. Esta aprobación

42. *Diario de Sesiones de Cortes*, 21 de septiembre de 1820.
43. *Diario de Sesiones de Cortes*, 24 de octubre de 1820.
44. *Diario de Sesiones de Cortes*, 6 de noviembre de 1820: «*Se dio cuenta y se procedió a la discusión del dictamen siguiente: La comisión de Reforma de regulares, en vista las reclamaciones de Don Esteban García Roda y Don Onésino de Pozo Díaz relati-*

vas a manifestar los abusos y dilapidación acaecida en algunas casas monásticas desde que empezó a tratarse de su supresión, ha meditado sobre el medio de remediar semejantes excesos, sin dar lugar a que resulten otros por parte de los agentes del Gobierno, cuya odiosidad recaería sobre las Cortes. Los monjes y demás regulares que acaban de suprimirse tuvieron derecho a subsistir del producto de sus haciendas, y a vender sus frutos de toda especie, y a satisfacer las deudas legítimamente contraídas hasta que recayó la sanción de Su Majestad; pero dada esta, todas las existencias muebles, inmuebles, semovientes y metálicas pasaron a la Nación por entero.

En igual caso se hallan cualesquiera retenciones por determinados individuos o por reparto entre todos de cantidades pecuniarias no acostumbradas a practicar según los estatutos, usos o costumbres de la casa respectiva. La comisión conoce estas verdades; pero conoce también la dificultad de hacer este deslinde sin que se toleren fraudes por una parte o se cometan extorsiones por otra. En esta alternativa, es de parecer que debe adaptarse un medio prudente que lo concilie todo, y a este fin propone a la deliberación del Congreso las reglas siguientes:

1. Se reconocerán como válidas todas y cualesquiera ventas de granos, caldos, ganados, bestias y aperos de labor, u otros efectos muebles y semovientes de las casas de regulares suprimidas, que se hayan verificado antes del día de la solemne promulgación de la ley de su reforma.

2. Se exceptúan de esta generalidad las pinturas, los manuscritos, los ornamentos y demás objetos pertenecientes a las bellas artes, literatura y culto divino; y los tenedores por título oneroso o gratuito las entregarán inmediatamente a la respectiva autoridad a quien corresponda según la expresada ley, salvo su derecho contra quien haya lugar.

3. Los Prelados, procuradores o ecónomos que hayan Practicado alguna o algunas ventas de las que se comprenden en el art. 1º, rendirán cuenta de su producto al encargado del Crédito público del distrito, el cual les admitirá en descargo lo gastado, a juicio prudencial, para el mantenimiento ordinario de la casa hasta el día en que se notifique su extinción, y en el pago de deudas legítimas que acreditasen en debida forma.

4. El residuo neto se distribuirá entre los individuos de la casa al respecto de su carácter y edad, según lo Prevenido en la dicha ley, anotándose la cuota de cada uno para rebatirla de la pensión señalada, sin que pueda el Crédito público distraer estos caudales a otros objetos con pretesto alguno.

5. Si dicho producto se hubiese repartido ya en todo o parte entre los referidos individuos, deberán retenerle y tomarse la razón de que habla el artículo anterior, para los efectos que en él se expresan.

6. Los granos, legumbres, caldos ú otros cualesquiera frutos que existiesen colectados o entrojados al tiempo de la notificación de la ley, se venderán desde luego por el Crédito público con intervención de apoderado por parte de los religiosos, y el producto se repartirá entre todos ellos bajo de las reglas y para los fines que se indican en los artículos precedentes.

7. Si el rendimiento de las ventas hechas o por hacer no cubriese un trimestre de las pensiones de los individuos de la casa respectiva, el Crédito público suplirá inmediatamente el déficit, por manera que cada religioso al tiempo de su separación debe percibir a lo menos tres meses de su situado.

8. En lo sucesivo se les entregará su haber por trimestres anticipados, y este pago se reputará preferente a otro cualquiera por el Crédito público, como una carga de rigorosísima justicia que disminuye el valor de los bienes que se le adjudican.

Este dictamen fue aprobado en todas sus partes».

del dictamen sería el punto de partida de la aprobación del Decreto del Gobierno provisional de 7 de mayo de 1821, que prohibía expresamente las ventas ilegales que seguían realizando los monjes[45].

En segundo lugar la conocida como «Ley de Desvinculaciones», aprobada por las Cortes en Decreto 27 de septiembre de 1820 y sancionada como Ley el 11 de octubre de 1820. Esta norma tenía como objeto la reforma del régimen de sucesiones ordinario, a fin de liberar el suelo para que fuese objeto de comercio normalmente y sin limitaciones, pero entre sus disposiciones incluía unas medidas de desamortización de los bienes eclesiásticos en sus artículos 15 y 16, por cuanto prohibía a la Iglesia y demás manos muertas la adquisición de nuevos bienes inmuebles, y ello con independencia del negocio jurídico o contrato en que se instrumentase la transmisión[46], lo que suponía un verdadero golpe a los intereses económicos de la Iglesia que, de esta forma, veía reducir sus medios de subsistencia[47]. Y en tercer y último lugar, el Decreto de 29 de junio de 1821 redujo a la mitad las cuotas del diezmo eclesiástico, destinándose la otra mitad a la Hacienda Real, por medio del establecimiento de una nueva contribución medida que, afectando gravemente a los ingresos de la Iglesia, no habría de tener una trascendencia directa en su patrimonio histórico-artístico.

---

45. *Cit.*, Fernández Pardo, Francisco, *Dispersión y Destrucción…*, *Tomo II: (1815-1868) Desamortizaciones*, p. 34.
46. Ley de 11 de octubre de 1820: «*15. Las iglesias, monasterios, conventos, y cualesquiera comunidades eclesiásticas, así seculares como regulares, los hospitales, hospicios, casas de misericordia y enseñanza, las cofradías, hermandades, encomiendas y cualesquiera otros establecimientos permanentes, sean eclesiásticos a laicales, conocidos con el nombre de manos muertas, no puedan desde ahora en adelante adquirir bienes algunos, raíces a inmuebles en provincia alguna de la monarquía, ni por testamento, ni por donación, compra, permuta, decomiso en los censos enfitéuticos, adjudicación en prenda pretoria, a en pago de réditos vencidos, ni por otro título alguno, sea lucrativo u oneroso. 16. Tampoco puedan en adelante las manos muertas imponer ni adquirir título alguno, capitales de censos de cualquiera clase impuestos sobre bienes raíces; ni impongan ni adquieran tributos ni otra especie de gravamen sobre los mismos bienes, ya consista en la prestación de alguna cantidad de dinero o de cierta parte de frutos, o de algún servicio a favor de la mano muerta, y ya en otras responsiones anuales*».
47. Pacheco, Joaquín Francisco, *Comentario a las leyes de desvinculación*, 4ª edición, Madrid, Imprenta de Manuel de Rojas, 1849, p. 64.

Sin embargo, una vez finalizado el trienio liberal y vuelto al gobierno efectivo Fernando VII, en virtud de la Real Cédula de 15 de agosto de 1823, el clero iba a recuperar su antiguo patrimonio, y ello sin que los poseedores o arrendatarios del mismo, aún de buena fe, que lo adquirieron del Estado, tuvieran derecho a indemnización o compensación alguna, salvo el de recoger los frutos pendientes[48].

Al poco tiempo del fallecimiento de Fernando VII va a producirse la eclosión del movimiento desamortizador[49], pues las necesidades financieras del Estado eran enormes, como consecuencia de la mala gestión de la deuda pública realizada desde el Gobierno de Carlos IV, así como por los incesantes gastos militares en que se había incurrido en el primer tercio del siglo XIX. Tras las primeras experiencias desamortizadoras de finales del siglo XVIII y del primer tercio del XIX, que acaban de comentarse, debemos adentrarnos ahora en los grandes procesos desamortizadores iniciados en el año 1834 y que conocemos con los nombres de los Ministros que las impulsaron: desamortización de Mendizábal y desamortización de Madoz. En concreto la de Mendizábal (realmente iniciada un año antes del primer Decreto desamortizador de Mendizábal por el conde de Toreno, José María Queipo de Llano) tuvo una enorme trascendencia para nuestro objeto de estudio por centrarse esencialmente en la desamortización eclesiástica, dejando de lado la de los bienes municipales; dada la enorme cantidad de obras artísticas, muebles e inmuebles, que pertenecían a las órdenes religiosas que se van a suprimir, este proceso de desamortización va a ser clave para la pérdida de innumerables obras de arte que padeció nuestro país desde 1834 y en los años siguientes. Estos efectos no se produjeron únicamente en España, pues otros cambios políticos y revoluciones habían dañado el patrimonio artístico de otros países europeos, como es el caso de Inglaterra con la reforma que instauró el anglicanismo, de Austria en época de José I o Francia a partir de la revolución de 1789, que se manifestaban en

48. Martí Gilabert, Francisco, *La desamortización española,* 1ª edición, Madrid, Rialp, 2003, p. 26.
49. Al respecto: Cuenca Toribio, José Manuel, «La desarticulación de la Iglesia española del Antiguo Régimen», *Hispania Sacra*, 20:39, 1967, pp. 33 a 98.

la destrucción de los símbolos de poder de los gobernantes anteriores y, entre ellos, sus obras artísticas[50].

Antes incluso de que Mendizábal impulsara proceso desamortizador, ya se promulgaron diversas medidas contra el patrimonio eclesiástico, cuyo fin no eran tanto el de adquirir fondos para las arcas públicas como el sancionar la conducta de los eclesiásticos afines a la causa carlista. En este sentido encontramos el Real Decreto de 26 de marzo de 1834, que ordenaba la ocupación de las temporalidades de los eclesiásticos seculares, con independencia de su jerarquía, que hubiesen abandonado sus iglesias –o lo hicieran en el futuro– para unirse a las filas carlistas; dado que se trata de una norma que castigaba individualmente a cada religioso y no a la Iglesia como institución, es fácil comprender que sus efectos sobre el Patrimonio Histórico-Artístico fueron inexistentes[51]. Un segundo Decreto se dictó en la misma fecha, 26 de

50. Ordieres Díez, Isabel, *Historia de la restauración monumental en España (1835-1936)*, 1ª edición, Madrid, Ministerio de Cultura-Dirección General de Bellas Artes y de Conservación y Restauración de Bienes Culturales, 1995, pp. 23 y 24.

51. *Gaceta de Madrid*, 27 de marzo de 1834. Real Decreto de 26 de marzo de 1834: «*La criminal obstinación con que algunos individuos del clero secular han desoído las reiteradas amonestaciones de mi Gobierno, y abandonado la ejemplar santidad y mansedumbre esencial de su estado, se han convertido en autores y cómplices de la facción que perturba y aflige a la patria: reclama medidas severas para mantener el lustre y dignidad del clero mismo y para velar por la seguridad del Estado; y a fin de llenar objetos tan importantes, he venido en mandar lo siguiente:*

Art. 1º Se ocuparán las temporalidades de los eclesiásticos seculares, de cualquiera clase o jerarquía, que hayan abandonado o abandonaren en lo sucesivo sus iglesias, reuniéndose a las filas de los rebeldes o a sus juntas revolucionarias, o emigrando de estos reinos sin la competente licencia.

Art. 2º Como los actos criminales de que trata el artículo anterior son de nudo hecho, fácil de conocer por notoriedad, se realizará la ocupación de temporalidades inmediatamente que conste de público la fuga del eclesiástico.

Art. 3º Igualmente serán ocupadas las temporalidades de los eclesiásticos que auxilien a los facciosos, facilitándoles armas, municiones o dinero para que lleven a cabo sus inicuos planes.

Art. 4º También se ocuparán las de aquellos eclesiásticos que receptaren o encubrieran a los rebeldes, o sedujeren a algunas personas para que se incorporen con ellos, o promovieren en los pueblos motines o sediciones para substraerlos de la obediencia debida al Gobierno.

Art. 5º Para que la ocupación de temporalidades tenga efecto, en los casos prevenidos en los dos artículos anteriores, procederá una breve y sumaria información, sin necesidad de otros trámites.

marzo de 1834, en la misma idea que el anterior, pero sancionando con la supresión a los monasterios o conventos que apoyasen, por cualquier medio, a los Carlistas; esta norma ya va a presentar un mayor interés para este análisis, por cuanto la supresión del monasterio o convento implicaba la inmediata pérdida de sus bienes muebles e inmuebles y, entre ellos, los artísticos; en este sentido vamos a encontrar una disposición muy similar a la ya vista al tratar sobre el Decreto de 1 de octubre de 1820, pues los objetos destinados al culto que eran propiedad de un convento o monasterio suprimido habrían de entregarse por los respectivos diocesanos a las parroquias más necesitadas de su diócesis (artículo 5º); debe señalarse que en esta norma, a diferencia del citado Decreto de 1820, no se incluye el patrimonio pictórico, escultórico, ni los retablos y altares que, en consecuencia, deberían considerarse como objetos ajenos al culto a todos los efectos y, en consecuencia, entrarían en la regulación general que esta norma daría para los restantes bienes propiedad de los establecimientos suprimidos; este régimen general implicaba la venta inmediata en subasta pública de todos los bienes muebles e inmuebles pertenecientes a los conventos y monasterios suprimidos (artículo 6º) creándose con lo recaudado en estas ventas un fondo que se aplicaría al pago de pensiones a los padres, viudas o huérfanos de los españoles que apoyaron la causa isabelina y murieron durante los enfrentamientos con las tropas carlistas; si sobrase algo de este fondo, tras la dotación de las pensiones, el remanente se emplearía

---

Art. 6º El procurador síndico del pueblo de la residencia del eclesiástico cuyas temporalidades se ocuparen, promoverá de oficio que estas pasen a poder del subdelegado de rentas de la provincia; dándome parte por el ministerio de vuestro cargo.

Art. 7º Si el eclesiástico poseyere beneficio con cura de almas, se deducirá de sus temporalidades la cantidad que, según las sinodales del respectivo obispado, corresponda al teniente que se nombre para desempeñar aquel cargo.

Art. 8º El fondo de temporalidades que resulte de la aplicación de este decreto se destinará al pago de las asignaciones que Yo tenga a bien conceder para enjugar las lágrimas y dar algún consuelo a los padres, hijos y viudas de los leales que hayan muerto o muriesen en defensa de la seguridad de la patria y de los legítimos derechos de mi excelsa Hija; y el residuo, si lo hubiere, se aplicará a la extinción de la deuda pública.

Art. 9º Las disposiciones gubernativas que contiene este decreto, se entienden sin perjuicio de los procedimientos judiciales a que haya lugar con arreglo a las leyes. Tendreislo entendido, y dispondréis lo necesario a su cumplimiento. = Está rubricado de la Real mano. = En Aranjuez a 26 de marzo de 1834. = A Don Nicolás María Garelly».

para la extinción de la deuda pública[52]. Es evidente el paso atrás que supone esta disposición en materia de conservación del patrimonio artístico, al no excepcionarse de las ventas en subasta pública los bienes muebles e inmuebles que pudieran poseer algún mérito histórico o artístico que los hiciera merecedores de una mejor suerte. Un pequeño parche vino a minorar poco después los perniciosos efectos del Decreto antes citado, pues por Real Decreto de 10 de abril de 1834 se vino a ordenar que las iglesias de los conventos o monasterios suprimidos de acuerdo con el Real Decreto de 26 de marzo de ese año no iban a ser subastadas, sino que quedarían cerradas bajo llave, siendo el diocesano correspondiente quien habría de proceder a su cuidado, y destinarlas

52. *Gaceta de Madrid*, 27 de marzo de 1834: Real Decreto de 26 de marzo de 1834 (2): «*Los asilos que la religión ha consagrado al retiro y a la virtud no pudieran convertirse en centros de rebelión sin mengua y daño de los mismos institutos que son objeto de la veneración de una nación católica. Mas como una lamentable experiencia ha hecho conocer que algunos monasterios y conventos han sido y son profanados con hechos y planes subversivos; deseando atender juntamente a la seguridad del Estado y al decoro y santidad de los claustros; he venido en decretar lo siguiente:*
Art. 1º Queda desde luego suprimido el monasterio o convento, sea cual fuere su instituto, del que se hubiere fugado para pasarse a los rebeldes algún individuo de la comunidad, si dentro del término de 24 horas no diere parte el prelado a la autoridad más inmediata, y acreditase haber iniciado contra el prófugo el procedimiento competente.
Art. 2º También se suprimirá el monasterio o convento de que se hubiere fugado a los rebeldes la sexta parte de la comunidad.
Art. 3º Se suprimirá igualmente el monasterio o convento en que se recepten con connivencia del superior, pertrechos de guerra, vestuarios, armas o municiones.
Art. 4º Asimismo se suprimirá el monasterio o convento en que se justifique haber celebrado, con permiso o noticia del superior, juntas clandestinas para subvertir el orden o conspirar contra el Estado.
Art. 5º Los objetos consagrados al culto, pertenecientes a los monasterios o conventos que se suprimieren a virtud del presente decreto, se distribuirán por los respectivos diocesanos entre las parroquias más necesitadas, dándome cuenta de haberlo ejecutado.
Art. 6º Los bienes muebles e inmuebles pertenecientes a los monasterios o conventos así suprimidos se venderán inmediatamente en pública subasta, con arreglo a las leyes.
Art. 7º El fondo de temporalidades que resulte de lo prevenido en este mi Real decreto, se aplicará al pago de las pensiones que Yo señalare a los padres, viudas o huérfanos de los españoles leales que murieren en defensa del trono y de la patria; y el residuo, si lo hubiere, se destinará a la extinción de la deuda pública.
Art. 8º Las disposiciones anteriores se entenderán sin perjuicio de la formación de causa contra los que aparecieren reos de conspiración contra el Estado. Tendreislo entendido, y dispondréis lo necesario a su cumplimiento. = Está rubricado de la Real mano. = En Aranjuez a 26 de marzo de 1834. = A Don Nicolás María Garelly».

para parroquias u otros fines de piedad o beneficencia, a su criterio (artículo 2º); nada se dice de las obras artísticas que se encontrasen en el interior de esas iglesias, pero ha de entenderse que se encontraban incluidas en esta medida y que, en consecuencia, quedarían fuera de los bienes que habrían de ser subastados[53]. Igualmente fue objeto de desarrollo otro importante aspecto del primero de los Reales Decretos de 26 de marzo de 1834, como era la recaudación y gestión de las rentas que se obtuviesen por la venta de las bienes de los eclesiásticos expulsados por su apoyo a la causa carlista; esto se realizó por Real Decreto de 10 de abril de 1834, por el que se creaban unas comisiones que debían recaudar y administrar estos fondos, que estarían compuestas por un eclesiástico fiel a Isabel II, que sería nombrado por su prelado, por otro eclesiástico designado por el intendente de rentas de la provincia que, en su caso, podría ser sustituido por un seglar y, finalmente, por el procurador síndico general del pueblo en que hubiese residido el eclesiástico sancionado[54]. Un ejemplo de que estas disposiciones de marzo

53. *Gaceta de Madrid*, 12 de abril de 1834. Real Decreto de 10 de abril de 1834: «*Deseando que se respeten debidamente la inmunidad personal de los religiosos y la de los templos, en el doloroso caso de que se suprima algún monasterio o convento con arreglo a mi Real decreto de 26 de marzo último; he venido en mandar lo siguiente:*
Art. 1º Los religiosos moradores de los monasterios o conventos que se suprimieren según el citado decreto, se trasladarán a otras casas de sus orden, que designarán los prelados superiores, pudiendo conservar con conocimiento de estos el peculio que permita la regla y las constituciones de su instituto.
Art. 2º Las iglesias de los conventos o monasterios suprimidos, permanecerán cerradas bajo el cuidado de los respectivos diocesanos que las destinarán para parroquias, o dispondrán que sirvan para otros objetos de piedad o de beneficiencia, según lo estimen más necesario al bien espiritual de los pueblos.
Tendreislo entendido, y lo comunicaréis para su cumplimiento. = Está rubricado de la Real mano. = En Aranjuez a 10 de abril de 1834. = A Don Nicolás María Garelly».

54. *Gaceta de Madrid*, 13 de abril de 1834. Real Decreto de 10 de abril de 1834: «*Para que el producto de las temporalidades ocupadas y que se ocupen con arreglo al Real decreto de 26 de Marzo último a los eclesiásticos infidentes o conspiradores se recaude con la exactitud debida, y no sean defraudadas en manera alguna los interesantes objetos a que están destinados estos fondos, he venido en mandar lo siguiente:*
Art. 1º Los productos de las temporalidades ocupadas y que en adelante se ocuparen, los recaudará en cada obispado una comisión compuesta de un eclesiástico de acreditado zelo, virtudes y conocida lealtad a mi excelsa Hija Doña Isabel II, nombrado por el respectivo prelado; de otro eclesiástico que designará el intendente de Rentas de la provincia bajo su responsabilidad, pudiendo en caso necesario nombrar una persona seglar, y del procurador síndico general del pueblo en que hubiere residido el eclesiástico de cuyas temporalidades se trate.

de 1834 encontraron cumplimiento lo constituye el Real Decreto de 15 de julio de 1834, por el que se suprimía el convento de San Francisco de Abando de Bilbao, tras instruirse el correspondiente expediente «*del que resulta que dichos religiosos promovieron eficaz y definitivamente la sublevación de aquella villa; que dentro del convento, y con publicidad desde sus ventanas, proclamaron al Pretendiente; que durante la dominación de los rebeldes en la expresada villa les suministraron auxilios directos, y coadyuvaron a sus planes, hasta el punto de fabricar y custodiarse en dicho convento municiones de guerra y armas; y que a la entrada de mi ejército, casi la totalidad de los religiosos le abandonó, uniéndose muchos a la facción rebelde*». Esta falta de lealtad a la causa de Isabel II costó a este convento la supresión y que «*con respecto a sus bienes, edificio y efectos destinados al culto se proceda según mis Reales decretos de 26 de marzo y 10 de abril últimos*»[55].

Ya en el año siguiente va a ver la luz el Decreto de 25 de julio de 1835, por el que se suprimían los conventos y monasterios de religiosos que no tuvieran, al menos, doce individuos profesos, quedando sus bienes afectos al pago de la deuda del Estado. A nuestros efectos, lo más interesante de esta norma es que en su artículo 7º se repetía la excepción que ya contenía el Decreto desamortizador dictado durante el trienio liberal, por el que

---

Art. 2º Esta comisión averiguará por cuantos medios estén a su alcance cuales sean las rentas eclesiásticas que formen las temporalidades ocupadas; administrará las que por su naturaleza deban serlo, e intervendrá en la recaudación de las que correspondan al eclesiástico extrañado, por diezmos y otras prestaciones; pudiendo para ello reconocer en caso necesario los libros, tazmías y otros asientos concernientes a las rentas ocupadas que obren en las dependencias de la respectiva iglesia.

Art. 3º Las comisiones remitirán a la intendencia estados justificados del importe de las rentas ocupadas, y con sujeción a ellas se abrirá un cargo separado por las respectivas contadurías de provincia.

Art. 4º Todos los fondos que las comisiones recauden, los pondrán inmediatamente a disposición de la tesorería de provincia, que librará cartas de pago, con intervención de las contadurías, de las cantidades que reciba, llevando por separado cuenta de los ingresos de este ramo.

Art. 5º Los intendentes vigilarán acerca de la exactitud y zelo con que las comisiones desempeñen este encargo, pidiendo con frecuencia estados de ingresos a las contadurías, y podrán dictar providencias conformes a las leyes administrativas que sean convenientes para enmendar cualquiera error o descuido, y evitar las omisiones u ocultaciones de todas clases.

Art. 6º Todas las autoridades eclesiásticas y civiles prestarán, bajo su responsabilidad, a las comisiones los auxilios que necesitaren para desempeñar tan interesante encargo. Tendreislo entendido, y dispondréis lo necesario a su cumplimiento. = Está rubricado de la Real mano. = En Aranjuez a 10 de abril de 1834. = A Don Nicolás María Garelly».

55. *Gaceta de Madrid*, 19 de julio de 1834.

tanto los bienes muebles como inmuebles con valor histórico o artístico de los conventos suprimidos, no serían objeto de subasta y quedarían a disposición de la corona, para que actuase con ellos en la forma que tuviese por conveniente[56]. Para la ejecución práctica de esta excepción a la regla general y, en consecuencia, para poner a salvo los bienes con valor histórico o artístico de los conventos suprimidos se encomendó a los gobernadores civiles de las provincias que procediesen a la recogida de dichos bienes y se les dio instrucciones concretas para la realización de este cometido por R.O. Circular de 29 de julio de 1835; en esta norma, dividida en siete artículos, se ordenaba a los gobernadores civiles nombrar una comisión, compuesta por tres o cinco individuos, que debían ser inteligentes y activos, que examinase, inventariasen y recogiesen todos los objetos ubicados en las bibliotecas y archivos de los conventos suprimidos, así como los objetos de pintura y

56. *Gaceta de Madrid*, 29 de julio de 1835. Real Decreto de 25 de julio de 1835: «*(…) oído el Consejo de Ministros, y conformándome con lo propuesto por la Real Junta eclesiástica, he venido en mandar en nombre de mi excelsa Hija la REINA DOÑA ISABEL II lo siguiente:*

1º. Los monasterios y conventos de religiosos que no tengan 12 individuos profesos, de las cuales las dos terceras partes a lo menos sean de coro, quedan desde luego suprimidos; y lo mismo se verificará en lo sucesivo respecto de aquéllos cuyo número venga a reducirse con el tiempo a menos del establecido.

(…) 7º Los bienes, rentas y efectos de cualquier clase que posean los monasterios y conventos que deban quedar suprimidos, se aplican desde luego a la extinción de la deuda pública o pago de sus créditos; pero con sujeción a las cargas de justicia que tengan, así civiles como eclesiásticas. Se exceptúan con todo de esta aplicación los archivos, bibliotecas, pinturas y demás enseres que puedan ser útiles a los institutos de ciencias y artes, así como también los monasterios y conventos, sus iglesias, ornamentos y vasos sagrados, de los que me reservo disponer, oídos los ordinarios eclesiásticos y prelados generales de las órdenes en lo que sea necesario o conveniente. (…) Tendréislo entendido, y dispondréis lo necesario a su cumplimiento.= Está rubricado de la Real mano.= En San Ildefonso a 25 de Julio de 1835.= Don Manuel García Herreros». Esta norma iba a completarse posteriormente por R.O. de 9 de septiembre de 1835 (*Gaceta de Madrid* del 14) que establecía una serie de reglas para la ejecución del cierre de conventos y monasterios; las desamortizaciones en el año 1835 se iban a continuar desarrollando por Real Decreto de 11 de octubre de 1835 (*Gaceta de Madrid* del 14) de supresión de monasterios y de las órdenes monacales que, en la práctica, suponía el restablecimiento del ya analizado Decreto de Cortes de 23 de octubre de 1820, esto es, la desamortización del trienio liberal y con ella la devolución a sus respectivos compradores de los bienes de los regulares que habían sido enajenados por el Estado en el trienio liberal y devueltos a los religiosos por Fernando VII posteriormente; estas dos normas de finales de 1835 nada disponían en relación con la protección y conservación de bienes artísticos –muebles o inmuebles– de los conventos suprimidos.

escultura que encontrasen en ellos, y cualquier otro objeto que debiera ser conservado (artículo 1º), en el nombramiento de los miembros de esta comisión los gobernadores civiles debían siempre consultar a las instituciones expertas en la materia, como las academias de arte o letras, los encargados de los archivos públicos o, incluso, las sociedades económicas (artículo 2º) y, si no hubiese estas instituciones en la provincia, los gobernadores civiles debían designar a personas que les mereciesen confianza por su buen gusto e ilustración, esto es, a los eruditos locales (artículo 3º). Una vez establecido el mecanismo de nombramiento de la comisión, la R.O. determinaba el primero de sus trabajos, que no sería otro que la realización del inventario de los objetos que encontrasen que, por su valor artístico, histórico o científico mereciesen salvarse de la venta en subasta pública; la comisión, en la realización de estos inventarios debía estar acompañada y supervisada tanto por el gobernador civil como por el intendente de la provincia (artículo 4º), los inventarios debían ser separados para cada categoría de bienes, y habrían de expedirse tres copias de ellos, una para el gobierno civil de la provincia, otra para la Secretaría de Estado y del Despacho y la tercera para las academias o bibliotecas de Madrid (artículo 5º); en lo que respecta a los bienes recogidos, estos habrían de depositarse por la comisión en la capital de la provincia, en lugar seguro, hasta que se les diese por la corona el destino más adecuado (artículo 6º); finalmente se abordaba el tema más espinoso, que sería objeto de constante preocupación a lo largo del siglo debido a las penurias económicas del Estado, que fueron endémicas esta centuria: el pago a los comisionados que demandasen una retribución por sus servicios –pues se dejaba abierta la puerta a que no cobrasen por ellos, ya por patriotismo, ya por amor a las artes– y la satisfacción de los gastos derivados de la recogida y depósito de las obras de arte; se encomendaba a los gobernadores civiles que hicieran un presupuesto de todos estos importes y lo remitiesen al Ministerio del Interior[57] indicando de qué fondos podrían salir esas cantidades que, en cualquier caso, serían satisfechas por ese Ministerio (artículo 7º)[58].

57. El firmante de esta norma, Juan Álvarez Guerra, fue designado Ministro del Interior, dentro del gobierno del Conde Toreno, el 13 de julio de 1835. García Madariaga, José María, *Estructura de la Administración Central (1808-1931)*, 1ª edición, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública, 1982, p. 302.

58. *Gaceta de Madrid*, 4 de Agosto de 1835. R.O. de 29 de julio de 1835, por la que se crean comisiones para la recogida de los bienes de los conventos y monasterios suprimidos y se dictan instrucciones para el ejercicio de tal función: «*Por el decreto de 25 del corriente, relativo a la supresión de algunos monasterios y casas*

religiosas, se informará Vuestra Señoría de que en su artículo 7º se exceptúan de la aplicación al pago de la deuda pública los archivos, bibliotecas, obras de escultura, pintura y enseres que haya en dichas casas, y puedan ser útiles a las ciencias y a las artes.
Su Majestad cree se podrán reunir con este motivo objetos dignos de conservarse por su antigüedad, o por la perfección y bondad de su trabajo.
En medio de las vastas y diarias ocupaciones encomendadas a Vuestra Señoría conoce Su Majestad que no podrá por sí examinar y recoger tales objetos, al mismo tiempo que esto debe hacerse con su conocimiento, por ser propio de las funciones que Vuestra Señoría ejerce en la provincia; y atendiendo a estas consideraciones, Su Majestad se ha servido disponer:
1º. Que Vuestra Señoría, al recibo de esta circular, y según la extensión de su provincia, nombre una comisión de tres a cinco individuos inteligentes y activos, los cuales tengan a su cargo examinar, inventariar y recoger cuanto contengan los archivos y bibliotecas de los monasterios y conventos suprimidos, y las pinturas, objetos de escultura u otros que deban conservarse.
2º. Para el nombramiento de los individuos de esta comisión deberá Vuestra Señoría consultar a las academias de bellas artes o letras, a los encargados de los archivos públicos, o bien a las sociedades económicas.
3º. En el caso de no haber en su provincia estos cuerpos, nombrará Vuestra Señoría directamente los comisionados, eligiéndolos entre las personas que por su ilustración y gusto acreditado le merezcan mejor opinión y más confianza.
4º. Nombrada la comisión, y puesto Vuestra Señoría de acuerdo con el intendente, acompañará aquélla a los comisionados de la dirección de amortización que pasen a hacerse cargo de los conventos, y de común inteligencia se formarán los inventarios de los objetos terminantemente excluidos en dicho artículo 7º de la adjudicación al pago de la deuda pública.
5º. Deberá Vuestra Señoría mandar se formen inventarios separados de cada clase de objetos, y tres copias autorizadas de cada uno de ellos para que pueda quedar uno en el archivo del Gobierno civil de cada provincia, otro en el de esta secretaría del Despacho, y el tercero en las academias o bibliotecas de esta corte.
6º. A proporción que se vayan recogiendo dichos objetos cuidarán Vuestra Señoría y los comisionados irlos remitiendo a la capital de cada provincia, en la que se depositarán en parage cómodo y seguro hasta que Su Majestad con conocimiento cierto y puntual de todo lo recogido, pueda darles el destino que mejor le pareciere.
7º. No siendo fácil asignar cantidad alguna fija y determinada, tanto para indemnizar a los comisionados, ya que por patriotismo y puro amor a las artes no admitan su comisión, como para satisfacer los gastos de transporte y otros, cuidará Vuestra Señoría de remitir a este ministerio el presupuesto de las cantidades que próximamente juzgue necesarias para el pago de todo, manifestando de qué fondos podrán satisfacerse, a fin de que se den oportunamente las órdenes al efecto, o las satisfaga este ministerio en otro caso por aquel medio que le pareciere más conveniente.
Su Majestad espera que penetrado Vuestra Señoría del objeto a que se dirigen las anteriores disposiciones, les dará el más puntual y eficaz cumplimiento: y de su Real orden lo comunico a Vuestra Señoría, persuadido también que en ello mostrará Vuestra Señoría su actividad e inteligencia. Dios guarde a Vuestra Señoría muchos años. Madrid, 29 de Julio de 1835.= Juan Álvarez Guerra.= Señor gobernador civil de…».

Meses después se va a concretar un poco más esta disposición del mes de julio, al establecerse por R.O. de 19 de noviembre de 1835 que los Gobernadores Civiles habrían de servirse de académicos correspondientes de la RAH para la recogida y custodia de los objetos con valor histórico artístico de los monasterios suprimidos y de los que se suprimiesen en el futuro, lo que suponía un problema añadido para esta labor, tanto en lo que se refería a la poca disponibilidad de estos individuos en las diferentes provincias del reino, como en lo que suponía de excluir a los eruditos locales de esta actividad, que sin duda hubieran desarrollado con mayor interés que desde una institución tan centralizada como la RAH. Por otro lado seguía sin dotarse de medios económicos a los Gobernadores Civiles para el ejercicio de esta tarea, lo que implicaba un obstáculo casi insalvable para llevarla a cabo de forma efectiva y, finalmente, nada se decía sobre las consecuencias del incumplimiento de esta obligación, tanto para los Gobernadores Civiles, como para los correspondientes de la RAH, lo que suponía que, como había sucedido hasta entonces, éstos podían desatender impunemente esta obligación[59].

A principios del año siguiente se promulgó un inquietante Decreto de 25 de enero de 1836, en el que Mendizábal se proponía dar un destino útil a los inmuebles pertenecientes a los conventos y monasterios suprimidos en Madrid[60]; el origen de esta norma lo en-

59. *Gaceta de Madrid*, 25 de diciembre de 1835. R.O. de 19 de noviembre de 1835, designando los individuos de que han de valerse los Gobernadores Civiles para recoger y custodiar los monumentos útiles de los monasterios y casas religiosas suprimidas: «*Su Majestad la REINA Gobernadora ha tenido a bien mandar que para recoger y custodiar los monumentos útiles de los monasterios y casas religiosas suprimidos y que se supriman, se valgan los gobernadores civiles con preferencia de los individuos correspondientes de la Academia de la Historia, si por otra parte no hallaren inconvenientes, por ser ellos el mejor conducto para que este cuerpo literario adquiera las noticias que puedan convenir al objeto de su instituto. De Real orden lo digo a Vuestra Señoría para los efectos correspondiente. Dios guarde a Vuestra Señoría muchos años. Madrid 19 de Diciembre de 1835. = Martín de los Heros. = Señor Gobernador Civil de…*».

60. *Gaceta de Madrid*, 26 de enero de 1836. R.D. de 25 de enero de 1836, relativo a dar aplicación y destino útil a los conventos y monasterios de Madrid: «*Deseando dar aplicación y destino útil a los diferentes edificios que han resultado vacantes por efecto de mis Reales decretos de 25 de julio y 11 de octubre último, con la ventaja posible de los acreedores del Estado, vengo en mandar en nombre de mi excelsa Hija Doña ISABEL II, lo siguiente:*

contramos en el lamento realizado por Mendizábal el 13 de enero de ese año por los enormes gastos de conservación y restauración de los inmuebles desamortizados, que llevó a la conclusión de que la mejor solución era su derribo como norma general[61]; lo más llamativo es que esa utilidad no se medía en términos de utilización material del edificio para usos diferentes al religioso, sino que incluía también un aprovechamiento económico derivado de su venta directa a par-

1º. Todos los edificios que en esta capital fueron monasterios y conventos, y ahora se hallan a cargo de la dirección general de Rentas y arbitrios de Amortización, y también los que en adelante estuvieren en el mismo caso, se pondrán a disposición de una junta compuesta del gobernador civil de esta provincia, del corregidor de esta corte y de tres individuos que nombraré en representación de los acreedores del Estado.

2º. Esta junta propondrá para su aprobación el destino que convenga dar a cada uno de los expresados edificios según su capacidad y situación, y las obras de reforma, demolición y construcción que sean necesarias para llegar a tener:

1º. Cuarteles cómodos y ventilados en que pueda alojarse una guarnición de 100 hombres de infantería y 29 de caballería.

2º. Hospitales y cárceles.

3º. Nuevas calles y ensanche de las actuales.

4º. Plazas y mercados de nueva planta. La misma junta meditará y propondrá también cuáles de las propiedades que resulten sin aplicación pueden enagenarse a particulares.

3º. La junta queda facultada, previa la indicada aprobación, para hacer subastas, ventas, contratos, transacciones y cuanto convenga al bien del Estado y del público, y autorizado exclusivamente Don Joaquín Vizcaíno, marqués viudo de Pontejos, actual corregidor de esta corte, para dirigir todas las obras de ornato y mejoras que han de refluir en beneficio del vecindario de esta capital.

4º. Apreciados los edificios, terrenos y materiales, y considerados los capitales a que asciendan, se dará cuenta a las Cortes para que acuerden el modo y forma de verificar el pago de la parte empleada en beneficio del Estado, y en utilidad especial de la villa de Madrid; vendiéndose por la junta los que deban enagenarse a particulares en los términos que se fije.

5º. Cuidará también la misma junta no se distraiga cantidad alguna de las que deban ser invertidas en beneficio de las citadas obras, así como de que ingrese en la caja de amortización lo que resulte de las ventas que se hagan a particulares.

Tendréislo entendido, y dispondréis lo necesario a su cumplimiento. = Está rubricado de la Real mano. = En el Pardo a 25 de enero de 1836. = Al Presidente interino del Consejo de Ministros».

61. APR. Reales Órdenes. Caja 367, Leg. 11401; estas órdenes de derribo se trasladaría por Orden del Ministerio de Hacienda de 18 de mayo de 1837, dirigida a la Junta Superior de Enajenaciones. García-Monsalve Escriña, Antonio, *Historia Jurídica del Museo del Prado (1819-1869)*, 2 vols., Tesis Doctoral, (Dir.) Gustavo Villapalos Salas, Universidad Complutense de Madrid, 1993, p. 106.

ticulares e, incluso, un beneficio intangible que se obtendría por su demolición para el ensanchamiento de calles, el trazado de nuevos viales o la restructuración urbanística de una determinada zona de la capital. En este sentido la exposición de motivos de esta norma es concluyente, al indicar Mendizábal que «*Por efecto de los Reales decretos de 25 de julio y 11 de octubre último quedaron y permanecen suprimidos en esta corte varios monasterios y conventos de que se ha reservado disponer el Gobierno de Vuestra Majestad Si estos edificios continúan como hoy se encuentran, poca utilidad puede esperarse de ellos en beneficio de los acreedores del Estado, porque las mezquinas cantidades que particulares o corporaciones ofrecen pagar por alquileres apenas bastan para satisfacer los crecidos gastos de conservación y reparos, mientras que demolidos totalmente unos y reformados otros, tendrán inmediata aplicación éstos y los terrenos que resulten de aquéllos para objeto de interés general y particular, al paso que proporcionan ensanche y mejoras a la población*». El R.D. contenía en cinco artículos la constitución de una Junta que habría de ocuparse de los edificios desamortizados por los Decretos de 1835, que estaría formada por el Gobernador Civil de Madrid, el corregidor de la Corte y otras tres personas, a ser designadas por la Corona, que habrían de representar a los acreedores del Estado (art. 1º); es muy significativo que en esta Junta fuesen mayoritarios los acreedores del Estado, lo que hace fácil imaginar que sus decisiones sobre conservación y protección de estos edificios miraría mucho más a aspectos económicos que a los históricos o artísticos, pues el objetivo básico de estos junteros habría de ser cobrar sus créditos, y no mirar por el bien de la nación. En cuanto a las competencias de la Junta, ésta estaba facultada para proponer al Gobierno el destino que considerase más a propósito para cada uno de ellos, teniendo presentes sus dimensiones y situación; estos destinos estaban tasados y pueden resumirse en los tres siguientes (art. 2º):

- El uso del edificio para fines no religiosos, como cuarteles, hospitales o cárceles; en este supuesto la Junta debía informar de las obras de reforma que se considerasen necesarias para que el edificio pudiese dedicarse al fin propuesto.
- El derribo del edificio para la mejora y saneamiento de la ciudad de Madrid, mediante el trazado de nuevas calles, el ensanchamiento de las ya existentes o el desarrollo de nuevas plazas y mercados; en este

supuesto la Junta debía informar de las obras de demolición y posterior construcción que se considerasen necesarias para que pudiesen llevarse a efecto estas mejoras urbanísticas.

- La venta directa a particulares.

Una vez aprobadas por el Gobierno las medidas propuestas por la Junta para cada edificio, para poder llevarse a efecto las mismas, la Junta quedaba expresamente autorizada para realizar subastas, suscribir contratos y cualquier clase de transacción que le permitiese cumplir con lo aprobado por el ejecutivo. En cuanto a la dirección de las obras urbanísticas en Madrid que propusiese la Junta, quedaba expresamente encomendada al Corregidor de la Corte (art. 3º). Una vez realizadas estas operaciones por la Junta, serían las Cortes quienes dispusiesen sobre el destino de los fondos recaudados, que habrían de aplicar de forma preferente en beneficio de la capital del reino (art. 4º); de la administración de dichos fondos habría de cuidar la Junta, así como de aquéllos caudales destinados a la realización de obras de restauración de los edificios que no se enajenasen o de los que habrían de aplicarse a las reformas urbanísticas de la ciudad de Madrid (art. 5º).

Pocas fechas después Mendizábal dictará su primera norma desamortizadora. El R.D. de 19 de febrero de 1836, sobre venta de los bienes de las comunidades y corporaciones religiosas extinguidas del clero regular[62]; en este Decreto, tras sentarse el principio general de la venta de todos los bienes –muebles e inmuebles– que habían pertenecido a los conventos y monasterios suprimidos (art. 1º), se

62. *Gaceta de Madrid*, 21 de febrero de 1836. R.D. de 19 de febrero de 1836, primer decreto de desamortización de Mendizábal (extracto): «*Atendiendo a la necesidad y conveniencia de disminuir la deuda pública consolidada, y de entregar al interés individual la masa de bienes raíces que han venido a ser propiedad de la nación, a fin de que la agricultura y el comercio saquen de ellos las ventajas que no podrían conseguirse por entero en su actual estado, o que se demorarían con notable detrimento de la riqueza nacional, otro tanto tiempo como se tardará en proceder a su venta; teniendo presente la ley de 16 de enero último, y conformándome con lo propuesto por el Consejo de Ministros, en nombre de mi excelsa Hija, la REINA Doña ISABEL II he venido en decretar lo siguiente:*
Art. 1º Quedan declarados en venta desde ahora todos los bienes raíces de cualquiera clase, que hubiesen pertenecido a las comunidades y corporaciones religiosas extinguidas, y los demás que hayan sido adjudicados a la nación por cualquiera título o motivo, y también todos los que en adelante lo fueren desde el acto de su adjudicación.

establece una importante excepción, pues se previene la conservación de algunos de los inmuebles por motivos histórico-artísticos, debiendo darse publicidad de los mismos (art. 2º); como ya se indica en la propia exposición de motivos: «*La confianza de los pueblos suele ser muy quebradiza, y de cierto no se capta por entero cuando no ven franqueza y sinceridad en sus gobernantes. Para que la suspicacia más ingeniosa no alimente escrúpulos donde sólo sanidad de intención, se comienza declarando que todos los bienes están en venta: esto es, que ningún respeto, ninguna influencia, ninguna pasión mezquina podrá impedir, ni detener la de cualquiera finca conocida como propiedad nacional. Hasta las que el Gobierno ha de reservarse para fines del servicio público, para homenage de las artes, o para gloria de las proezas de los españoles no han de permanecer cubiertas con el velo del misterio. Una lista impresa de todas ellas anunciará a la nación cuáles han sido las preferidas para esos objetos de utilidad, y aún de justo orgullo nacional…*». A los efectos que nos interesan en este R.D. este principio sentado en la exposición de motivos se va a desarrollar normativamente en el artículo 2º indicándose varios aspectos de interés: el carácter excepcional de esta medida que salvaba de la venta a ciertos bienes; la limitación de la misma a los bienes inmuebles, por lo que los bienes muebles no se encontraban bajo esta medida protectora; los motivos tasados para su adopción que habría de limitarse a los casos en que el gobierno diese nuevo destino a esos edificios, que su valor artístico así lo demandase o que su valor histórico los hiciese merecedores de conservación y, finalmente, la necesidad de dar publicidad a la relación de edificios que se escaparían de las ventas, a los efectos de que quedasen debidamente documentados los inmuebles en venta y los que el Estado conservaría. Como puede verse se trata de una medida protectora de gran tibieza, que no alcanzaba los objetivos, mucho más ambiciosos, de normas desamortizadoras anteriores.

Art. 2º Se exceptúan de esta medida general los edificios que el Gobierno destine para el servicio público, o para conservar monumentos de las artes, o para honrar la memoria de hazañas nacionales.

El mismo Gobierno publicará la lista de los edificios que con estos objetos deban quedar excluidos de la venta pública. (…) Tendréislo entendido y dispondréis lo necesario a su cumplimiento. = Está rubricado de la Real mano. = En el Pardo a 19 de febrero de 1836. = A Don Juan Álvarez Mendizábal».

La propuesta desamortizadora de Mendizábal fue duramente contestada por Flores Estrada, tanto dentro como fuera de las Cortes. Es más, el 28 de febrero de 1836 publicó un artículo en «El Español» muy crítico con la primera de las normas desamortizadoras de Mendizábal, titulado *Del uso que debe hacerse de los bienes nacionales*; en él contiene sensatas argumentaciones contra la desamortización proyectada por Mendizábal, pero dichas argumentaciones tenían un fondo económico y social que no alcanzaba, en ningún caso, al daño que la desamortización iba a producir en el patrimonio histórico-artístico de las órdenes religiosas desamortizadas, por lo que nos limitamos a apuntarlo y a señalar a este ilustre político decimonónico como uno de los grandes críticos con las medidas más extremistas adoptadas por los liberales contra el patrimonio eclesiástico a lo largo de sus períodos en el poder[63].

Poco tiempo después, el R.D. de 10 de marzo de 1836 va a suprimir los monasterios y conventos de religiosos varones y de las cuatro órdenes militares y San Juan de Jerusalén; esta norma va a introducir algunas variaciones en materia de protección del patrimonio de estas corporaciones suprimidas pues, pese a seguir sentándose el principio general de venta de estos bienes, se van a establecer determinadas excepciones que, por vez primera en estas normas, van a ser particulares para cada categoría de bienes; por otra parte para la adecuada gestión de las medidas contenidas en este R.D. se creaba una Junta en cada diócesis, que habría de velar, entre otras cuestiones, por que estos bienes exceptuados de la venta tuviesen el destino previsto en esta norma[64]. En este sentido el

63. *Cit.* Tomás y Valiente, Francisco, *El marco político…*, pp. 89 a 96.

64. *Gaceta de Madrid*, 10 de marzo de 1836. R.D. de 9 de marzo de 1836, de supresión de monasterios y conventos de religiosos varones y de las cuatro órdenes militares y San Juan de Jerusalén (extracto): «*EXPOSICIÓN A Su Majestad LA REINA GOBERNADORA. SEÑORA:*

(…) Desaparecidas las comunidades regulares, los bienes raíces muebles y semovientes, rentas, derechos y acciones en las de ambos sexos, así suprimidas como existentes, se trasladan a la propiedad de la nación, y se aplican a la extinción de la deuda pública, sin perjuicio de las cargas de justicia civiles y eclesiásticas que pesen sobre ellos. Todo lo perteneciente a la comisaría general de Jerusalén, y lo afecto a fines de beneficencia o de instrucción pública, queda exceptuado de esta medida. Los ordinarios, con la aprobación del Gobierno, destinarán a parroquias las iglesias de los conventos que por su disposición sean aparentes para este uso. Los vasos sagrados, los ornamentos y cualesquiera otros objetos propios del culto, podrán distribuirse entre las parroquias pobres, del mismo modo que los que pertenezcan a las ciencias y a

Real Decreto establece, en lo que se refiere a los bienes exceptuados del principio general del venta para pago de la deuda pública, establecido en el artículo 20, las siguientes prevenciones:

- Se exceptuaban de la venta los bienes, rentas, derechos y acciones que pertenecían a la comisaría general de Jerusalén, y los que se hallaban especialmente afectos a objetos de beneficencia o instrucción pública; igualmente quedaban liberados de la venta la parte de los bienes del monasterio del Escorial que correspondían al Real Patrimonio (art. 21º).
- Previa aprobación del Gobierno se podrían dedicar a parroquias las iglesias de los conventos suprimidos (art. 22º).
- Se destinaría a las iglesias pobres de cada diócesis los vasos sagrados, ornamentos y demás objetos pertenecientes al culto; se exceptuaba de esta medida aquéllos que por su rareza o mérito artístico

---

las artes se conservarán cuidadosamente en museos y academias. Cada religioso, al suprimirse su monasterio o convento, podrá llevarse consigo los muebles, ropa y libros de su uso particular.

(…) Para desempeñar en todos sus ramos cuanto concierne a la pronta ejecución y sucesiva observancia de las disposiciones del Decreto, se establece en la cabeza de cada diócesis una junta, compuesta del prelado diocesano, del gobernador civil, del intendente, de un vocal de la diputación provincial y de un individuo del cabildo catedral nombrado por la misma diputación. Además de la junta de Toledo habrá otra en esta corte, supliendo el vicario eclesiástico las veces del metropolitano, y un sacerdote, elegido por la diputación provincial, las del capitular. Un reglamento fijará las facultades de estas juntas, además de las que el decreto les asigna, a fin de que sean unos cuerpos celadores que vigilen incansables sobre el bienestar de los secularizados y exclaustrados, y de las religiosas que permanezcan en conventos. Porque si la conveniencia nacional, y también la de los individuos regulares, aconsejan y reclaman la supresión de monasterios y conventos, el Gobierno de Vuestra Majestad, cumpliendo su voluntad augusta, e imitando su purísimo celo religioso, no se ha tranquilizado con alejar la incertidumbre y la zozobra del ánimo de los exclaustrados, sino que al presentar los medios en que se libran la subsistencia decorosa, y la santa ocupación de todos lo que puedan dedicarse a alguna, ha procurado crear esas juntas protectoras, que reemplacen al Gobierno en el continuo y esmerado afán con que debe aspirarse a que los regulares de uno y otro sexo no encuentren motivos de echar de menos su antiguo estado, antes bien disfruten de todos los goces honestos que merecen como españoles sometidos al cetro benéfico de ISABEL II, tributándoseles todo el respeto que se debe a los ministros virtuosos de la religión inmaculada que profesamos.

Madrid, 7 de marzo de 1836. = Señora. = A los Reales pies de Vuestra Majestad = Álvaro Gómez».

conviniese conservar cuidadosamente, así como los de elevado valor económico (art. 23º).

- Los edificios de los conventos suprimidos que se creyesen a propósito podrían destinarse para establecimientos de utilidad pública (art. 24º).
- Como medida más importante para la protección del patrimonio artístico mueble se destinarían a las bibliotecas provinciales, museos, academias y demás establecimientos de instrucción pública los archivos, cuadros, libros y demás objetos pertenecientes a los institutos de ciencias y artes (art. 25º).
- Y finalmente, a los religiosos que se exclaustrasen y a los individuos cuyas casas se suprimían por este R.D., se les permitía llevar consigo los muebles, ropas y libros de su uso particular (art. 26º)[65].

65. R.D. de 9 de marzo de 1836, normas relativas al destino de los bienes de los conventos suprimidos: «*Considerando que la supresión de las casas de los institutos regulares es una necesidad reclamada por razones de alta conveniencia para el Estado, y para los individuos que han formado o forman las comunidades de los monasterios y conventos; que en la mejora de la suerte de los acreedores a la nación se libra el bienestar de inmenso número de familias, y en mucha parte el fomento de la riqueza pública; que la cuantía de la deuda exige medios grandes y eficaces que es forzoso buscar sin gravamen de los pueblos, y sin menoscabo de los recursos requeridos por la guerra interior; y en fin, que al disponer de los bienes, rentas y derechos de los regulares de uno y otro sexo, es de rigurosa justicia, y de suma predilección en mi Real y piadoso ánimo, el asegurar a todos una existencia honesta y decorosa, propia de los sentimientos religiosos de esta nación católica; oído mi Consejo de Ministros, y vista la Ley de 16 de enero del corriente año, en nombre de mi excelsa Hija, la REINA Doña ISABEL II, he venido en decretar lo siguiente:*
Art. 1º Quedan suprimidos todos los monasterios, conventos, colegios, congregaciones y demás casas de comunidad o de instituto religioso de varones, inclusas las de clérigos seculares, y las de las cuatro órdenes militares y San Juan de Jerusalén, existentes en la península, islas adyacentes y posesiones de España en África.
(…) Art. 20º Todos los bienes raíces, muebles y semovientes, rentas, derechos y acciones de todas las casas de comunidad de ambos sexos, así suprimidas como subsistentes, se aplican a la Real caja de amortización para la extinción de la deuda pública, quedando sujetos como hasta aquí a las cargas de justicia civiles y eclesiásticas a que estén afectos.
Art. 21º. Se exceptúan de la disposición contenida en el artículo anterior los bienes, rentas, derechos y acciones pertenecientes a la comisaría general de Jerusalén, y los que se hallen especialmente afectos a objetos de beneficencia o instrucción pública; como asimismo la parte de los bienes del monasterio del Escorial que resulten corresponder al Real Patrimonio, verificada la clasificación que se está practicando por mi Secretario de Estado y del Despacho de Hacienda.

En lo que respecta a la constitución de Junta diocesana que se establecía en esta norma, su composición habría de ser mixta civil y religiosa, pues la formarían en cada diócesis el ordinario, el Gobernador Civil, el intendente, un vocal de la Diputación Provincial y una dignidad nombrada por la Diputación, que tanto podría ser civil como eclesiástica (art. 47º); sin embargo sus facultades quedaban al albur de un futuro desarrollo reglamentario (art. 54º), por lo que de momento su función quedaba todavía condicionada a la actuación posterior del legislador[66]. Ese Reglamento vendría dado pocos días después, por R.O. de 26 de marzo de 1836, y en él no se encontraba disposición alguna relativa a la conservación del patrimonio histórico artístico salvo en lo referente a la conservación de los inmuebles en los que se mantuviese a los religiosos, pues se establecía que los prelados debían comunicar a las Juntas las necesidades de cada uno de estos edificios, quienes a su vez habrían de trasladar los avisos oportunos a los comisionados de las Cajas de Amortización de la provincia respectiva, a fin de que éstos realizasen las obras y reparaciones necesarias

---

Art. 22º Los ordinarios podrán, con la aprobación del Gobierno, dedicar a parroquias las iglesias de los conventos suprimidos que sean necesarias.
Art. 23º Del mismo modo podrán disponer en favor de las parroquias pobres de sus diócesis de los vasos sagrados, ornamentos y demás objetos pertenecientes al culto, excepto aquéllos que por su rareza o mérito artístico convenga conservar cuidadosamente, y los que por su considerable valor no corresponderían a la pobreza de las iglesias.
Art. 24º Podrán destinarse para establecimientos de utilidad pública los conventos suprimidos que se crean a propósito.
Art. 25º Asimismo se aplicarán los archivos, cuadros, libros y demás objetos pertenecientes a los institutos de ciencias y artes, a las bibliotecas provinciales, museos, academias y demás establecimientos de instrucción pública.
Art. 26º Los religiosos de ambos sexos que en virtud del permiso que se les concede en el artículo 8º se exclaustraren, podrán llevar consigo los muebles, ropas y libros de su uso particular. Igual facultad se concede a los individuos cuyas casas se supriman por el presente decreto».

66. R.D. de 9 de marzo de 1836, normas relativas al destino de los bienes de los conventos suprimidos: *«(…) Art. 47. En la cabeza de cada diócesis se formará una junta, compuesta del ordinario, del gobernador civil, del intendente, de un vocal de la diputación provincial y de una dignidad, canónigo o racionero nombrado por la misma diputación.*
(…) Art. 54. Se formará un reglamento que determine las facultades de estas juntas, para el más completo y acertado desempeño del distinguido encargo que Yo confío a su celo y amor a la religión y al Estado.
(…) Tendréislo entendido, y dispondréis lo necesario a su cumplimiento. En el Pardo, a 9 de marzo de 1836. = Está rubricado de la Real mano. = A Don Álvaro Gómez Becerra».

para que los inmuebles de los conventos de religiosos de ambos sexos que continuasen ocupados no sufriesen deterioro y pudieran ser habitados con cierta comodidad por sus ocupantes (art. 7º)[67].

Volviendo a los trabajos realizados por las omisiones civiles para la clasificación, recogida y traslado de los objetos científicos y artísticos de los conventos suprimidos, los Jefes Políticos de las provincias estaban poniendo de manifiesto una serie de obstáculos que estaban encontrando en el desempeño de su labor, lo que había provocado la

67. *Gaceta de Madrid*, 26 de marzo de 1836. R.O. de 24 de marzo de 1836, por la que se aprueba el Reglamento de funcionamiento de las juntas creadas por Real Decreto de 9 de marzo de 1836: «*Real Orden: Para que tenga el debido cumplimiento, y se ejecute con la uniformidad conveniente el Real decreto de 8* [sic] *de este mes, relativo a los regulares de ambos sexos, Su Majestad la REINA Gobernadora se ha servido mandar que se observe y lleve a efecto el reglamento siguiente:*
Art. 1º Luego que los gobernadores civiles reciban este reglamento tomarán las disposiciones convenientes para que se instalen con brevedad las juntas diocesanas, establecidas por el art. 47 del Real decreto de 8 de este mes.
Art. 2º Las juntas procederán desde luego a la supresión de todas las casas de comunidades de varones que existan en su territorio, conservando solamente abiertas las que se exceptúan en el art. 2º de dicho real decreto.
Art. 3º Igualmente procederán a la supresión de todos los beaterios cuyo instituto no sea la hospitalidad o la enseñanza primaria.
Art. 4º Las juntas distribuirán a todas las religiosas existentes en su territorio en el número de conventos que les sea absolutamente indispensable para contener a las que quisieran continuar en la vida monástica; para la distribución se observarán las prevenciones que siguen:
1ª. Las religiosas de una regla no se reunirán a las que sean de otra diferente.
2ª. Se elegirán para que queden abiertos los edificios que por su extensión y capacidad puedan contener cómodamente el número de religiosas que lo han de ocupar.
3ª. Si no llegasen al número señalado las religiosas de una orden existentes en la diócesis, pasarán a las casas de su regla que permanezcan abiertas en la diócesis más inmediata, para lo cual se entenderán y pondrán de acuerdo las respectivas juntas diocesanas.
(…) Art. 6º Las juntas propondrán al Gobierno la cuota que conceptúen conveniente para sufragar a los gastos del culto en las iglesias de los conventos de uno y otro sexo no suprimidos, para en su vista fijar la oportuna asignación que se satisfará mensualmente de los fondos aplicados a la subsistencia de los regulares.
Art. 7º Los comisionados de la Real caja de Amortización en las provincias cuidarán muy eficazmente de que se hagan en los conventos de ambos sexos que subsistan abiertos las obras y reparos necesarios, así para que los edificios no sufran deterioro, como para que puedan ser cómodamente habitados por los religiosos; a cuyo fin los prelados respectivos darán cuenta a las juntas para que pasen los avisos convenientes al efecto.
(…) De Real orden lo comunico a V. para su inteligencia y efectos consiguientes. Dios guarde a V. muchos años. Madrid 24 de marzo de 1836. = Álvaro Gómez».

adopción de soluciones normativas de carácter particular para diversas provincias como Cuenca (R.O. de 8 de abril de 1837), Barcelona (R.O. de 25 de abril de 1837) y Salamanca (R.O. de 7 de mayo de 1837) lo que provocó que hubiese de extenderse esta normativa particular al resto de provincias del reino, lo que se llevó a cabo mediante la R.O. Circular de 28 de mayo de 1837 «*en cuyo exacto cumplimiento funda Su Majestad la esperanza de ver en breve a salvo de la codicia extranjera y convertida en provecho de la ilustración nacional, la vasta riqueza que España posee en obras de literatura, ciencias y artes. Provincias hay en que el celo de las autoridades, superando todos los obstáculos, ha reunido ya en parage seguro estos objetos, y concluido sus inventarios clasificados; y las hay también en que, llevando a su complemento las miras del Gobierno, erige bibliotecas y museos, que en breve podrán abrirse al público estudioso*»[68].

68. *Gaceta de Madrid*, 28 de mayo de 1837. R.O. Circular de 27 de mayo de 1837, sobre los obstáculos que entorpecen el total cumplimiento de lo mandado, relativo a la clasificación, traslación y destino de los objetos científicos y artísticos procedentes de los conventos suprimidos: «*Las diferentes consultas elevadas últimamente al Gobierno de Su Majestad por varios gefes políticos acerca de los obstáculos que entorpecen el total cumplimiento de lo mandado en Reales órdenes de 29 de julio de 1835 y 14 de Diciembre de 1836, relativo a la clasificación, traslación y destino de objetos científicos y artísticos procedentes de los conventos suprimidos, le han persuadido de la conveniencia de hacer extensivas con uniformidad a todas las provincias de la Península e islas adyacentes las reglas dictadas ya en 8 y 25 de Abril último y 7 del corriente, respecto de las de Cuenca, Barcelona, Salamanca y otras; en cuyo exacto cumplimiento funda Su Majestad la esperanza de ver en breve a salvo de la codicia extranjera y convertida en provecho de la ilustración nacional, la vasta riqueza que España posee en obras de literatura, ciencias y artes. Provincias hay en que el celo de las autoridades, superando todos los obstáculos, ha reunido ya en parage seguro estos objetos, y concluido sus inventarios clasificados; y las hay también en que, llevando a su complemento las miras del Gobierno, erige bibliotecas y museos, que en breve podrán abrirse al público estudioso. Empero a fin de que en todas se logre igualmente el mismo resultado, se ha servido Su Majestad mandar lo siguiente:*

1º. Los gefes políticos, tomando informes de las diputaciones provinciales y ayuntamientos respectivos, nombrarán en cada uno de los pueblos a que correspondieron los suprimidos conventos, comisiones de sugetos de inteligencia, integridad y celo por el bien público, a las cuales encargarán, con las facultades suficientes, la formación de inventarios clasificados de los objetos científicos y artísticos procedentes de los indicados conventos, cuyos inventarios remitirán a la capital de la provincia.

2º. En cada capital de provincia se formará una comisión científica y artística presidida por un individuo de la diputación provincial o del ayuntamiento, y compuesta de cinco personas nombradas por el gefe político e inteligentes en literatura, ciencia y artes. Esta comisión, reuniendo los inventarios particulares, formará uno general,

El contenido de esta norma es muy importante, pues va a dar lugar a la creación de las Comisiones Científicas y Artísticas, que serán el precedente directo de las Comisiones de Monumentos que verán la luz en el año 1844[69]; la primera medida establecida por esta norma es la formación de inventarios particulares de los bienes artísticos de los conventos suprimidos en cada pueblo, tarea que debían realizar las personas que designase el Jefe Político –tras oír a la Diputación y

en el cual designará las obras que merezcan, según su juicio, ser conservadas, y las hará trasladar inmediatamente a la capital.

3º. Estas obras serán colocadas en edificio a propósito para servir a un tiempo de biblioteca y museo; pudiendo también dejarse de ellas las que parezcan convenientes, en aquellos pueblos donde por su importancia se crea útil plantear dicho establecimiento mediante la aprobación del Gobierno.

4º. Las obras desechadas por la comisión científica y artística se venderán a pública subasta, y su producto se aplicará a los gastos de formación de inventarios, traslación de efectos y establecimientos de bibliotecas.

5º. Los gefes políticos remitirán a este ministerio en el término de dos meses, contados desde el día en que reciban la presente instrucción, copia del inventario general clasificado, con separación de las obras conservadas y de las destinadas a la venta pública, proponiendo al mismo tiempo todo cuanto sea necesario para la definitiva instalación de las bibliotecas.

6º. Los ayuntamientos de los pueblos donde hayan de establecerse bibliotecas, facilitarán los medios necesarios para su colocación; y si no los tuvieren, los propondrán al Gobierno de Su Majestad por conducto de la respectiva diputación provincial y gefe político.

7º. Este gefe, a propuesta del ayuntamiento, nombrará por ahora los empleados absolutamente necesarios para el cuidado y servicio de las bibliotecas; y los sueldos o gratificaciones que les fueren asignados, se comprenderán en el presupuesto de gastos del ayuntamiento, en concepto de disposición provisional, hasta que por el Gobierno se determine lo más conveniente.

8º. No tendrán lugar las precedentes disposiciones en la capital del reino y demás puntos donde los libros y efectos artísticos de los conventos suprimidos han sido destinados a bibliotecas y museos ya existentes.

Finalmente, Su Majestad me manda reiterar a Vuestra Señoría el más exacto cumplimiento de la circular de 28 de Abril último para que con la cooperación de los funcionarios dependientes del Ministerio de Hacienda, al cual con la misma fecha se trasladó la citada orden para su circulación y observancia, cuide Vuestra Señoría con la mayor escrupulosidad no se extraiga para el extrangero ni provincias de Ultramar, libros, manuscritos, pinturas o esculturas de autores antiguos, sin expreso permiso de Su Majestad, cuidando de que se apliquen por quien corresponda a los contraventores las penas establecidas por las leyes.

Lo digo a Vuestra Señoría de Real orden para su puntual cumplimiento. Dios guarde a Vuestra Señoría muchos años. Madrid, 27 de mayo de 1837.=Pita.=Señor gefe político de…».

69. Yáñez Vega, Ana y Lavín Berdonces, Ana Carmen, *op. cit.*, p. 130.

al Ayuntamiento respectivo– que formarían una comisión encargada de la formación de estos inventarios locales que habrían de remitir a la capital de su provincia una vez completados; en cuanto a las cualidades que habían de reunir estos comisionados de cada pueblo, a quienes se debía facultar expresamente para el desempeño de su comisión, eran las de poseer inteligencia, integridad y celo por el bien público (art. 1º). Los inventarios remitidos desde los pueblos a la capital de su provincia estarían a cargo de una nueva institución que se creaba por esta norma: la Comisión Científica y Artística; esta comisión habría de estar compuesta por seis personas, un individuo de la diputación provincial o del ayuntamiento, que la presidiría, y otras cinco personas ilustradas, con conocimientos de literatura, ciencia y artes, cuya designación correspondía al Jefe Político; el primer trabajo de estas comisiones científicas y artísticas provinciales era realizar un inventario general de los bienes con valor histórico-artístico de los conventos suprimidos en su provincia, tomando como base para ello los inventarios realizados en cada localidad, y designar las obras de dicho inventario que merecerían ser conservadas, que habrían de ser trasladadas con carácter inmediato a la capital de la provincia (art. 2º). Una vez recibidas las obras en la provincia éstas habrían de ser ubicadas por la comisión en un edificio que debía servir al doble fin de biblioteca y museo provincial, si bien se permitía que la comisión crease un establecimiento similar en alguno de los pueblos de la provincia, para lo que debía obtener la previa autorización del Gobierno (art. 3º): si se establecía algún museo en un pueblo, el propio ayuntamiento era el responsable de su mantenimiento económico y, si no podía costearlo, debía indicárselo expresamente al Gobierno por medio de la Diputación Provincial y el Jefe Político (art. 6º). En lo que respecta a las obras que la comisión provincial no juzgase a propósito para su conservación en el museo provincial, serían vendidas en subasta pública y los fondos que se obtuviesen con estas ventas serían los que habrían de costear los gastos derivados de la formación de los inventarios, de traslado de los bienes a la capital de la provincia y de instalación y mantenimiento del edificio destinado a biblioteca-museo en que habrían de conservarse (art. 4º). Las bibliotecas-museos provinciales se sostendrían por el ayuntamiento de la capital de la provincia, que sería asimismo responsable de nombrar al personal necesario para su mantenimiento y de pagar sus sueldos, si bien se

establecía la posibilidad de que el Gobierno pudiese en el futuro soportar parte de estos gastos (art. 7º). Ese inventario definitivo, con la relación de obras a conservar separadas de las destinadas a la venta y las medidas propuestas para la instalación de las bibliotecas-museos provinciales, debían entregárselo las comisiones al Jefe Político a los efectos de que éste se lo remitiese al Gobierno en el perentorio plazo de dos meses desde que hubiesen recibido la R.O. Circular (art. 5º); esto suponía un término tan escaso para el desarrollo de todos los trabajos, tanto por los responsables de cada pueblo como por las comisiones, que implicaba que la norma nacería con un imposible cumplimiento. Para finalizar, debe indicarse que esta norma no sería aplicable en Madrid, por cuanto en ella la gestión de la clasificación, recogida y destino de las obras de los conventos suprimidos se había encomendado a la RABASF, que era quien estaba realizando estos trabajos con la finalidad de destinar las obras recogidas para la apertura del Museo Nacional de Pinturas (art. 8º).

Tras la experiencia de su primera norma desamortizadora y del establecimiento de las Juntas diocesanas y de las Comisiones científicas y artísticas, el Gobierno seguía precisando fondos para atender la deuda del Estado, lo que motivó la promulgación de la segunda de las normas propiamente desamortizadoras impulsadas en este período; se trata del importante R.D. de 29 de julio de 1837, de extinción de monasterios, conventos, colegios, congregaciones y demás casas de religiosos de ambos sexos[70].

70. *Gaceta de Madrid*, 4 de agosto de 1837. Decreto de 29 de julio de 1837, de extinción de monasterios, conventos, colegios, congregaciones y demás casas de religiosos de ambos sexos: «*Doña Isabel II por la gracia de Dios y por la Constitución de la monarquía española, Reina de las Españas, y durante su menor edad la Reina Viuda Doña María Cristina de Borbón, su augusta Madre, como Gobernadora del reino, a todos los que las presentes vieren y entendieren, sabed: Que las Cortes han decretado y Nos sancionamos lo siguiente:*
Las Cortes, en uso de sus facultades, han decretado lo siguiente:
Art. 1º Quedan extinguidos en la Península, islas adyacentes, y posesiones de España en África, todos los monasterios, conventos, colegios, congregaciones y demás casas de religiosos de ambos sexos.
(…) Art. 10º Las juntas creadas por el Real decreto de 8 de marzo del año próximo pasado en las cabezas de todas las diócesis y en la corte, continuarán con el encargo de reducir el número de conventos de religiosas al que crean conveniente para contener con comodidad a las que quieran permanecer en ellos, procurando en cuanto sea posible,

distribuir las de los que se cierren entre los demás de la misma orden que subsistan, y arreglándose a las bases siguientes:

1ª No se conservará abierto ningún convento o monasterio que tenga menos de 12 religiosas profesas, ni se volverán a abrir los que estén ya cerrados, aunque antes de cerrarse tuviesen aquel número.

2ª No subsistirá en una misma población mas de un solo convento de la misma orden.

3ª Si por circunstancias especiales creyesen las juntas diocesanas que es útil o necesario conservar en una población dos conventos de una misma orden, lo harán presente al Gobierno, que queda autorizado para resolver sobre ello lo que convenga.

(…) Art. 20. Todos los bienes raíces, rentas, derechos y acciones de todas las casas de comunidad de ambos sexos, inclusas las que quedan abiertas, se aplican a la caja de Amortización para la extinción de la deuda pública, quedando sujetos a las cargas a las cargas de justicia que tengan sobre sí. Los muebles de las casas que continúen abiertas, quedarán en ellas para su uso, formándose el correspondiente inventario.

Art. 21. Se exceptúan de la disposición contenida en el artículo anterior los bienes, rentas, derechos y acciones pertenecientes a los colegios de misión para las provincias de Asia, a la obra pía de los santos lugares de Jerusalén y a los que se hallen especialmente dedicados a objetos de hospitalidad, beneficencia e instrucción pública, como también la parte de los correspondientes al monasterio del Escorial, que resulte pertenecer al Real patrimonio.

Art. 22. Los ordinarios, previa aprobación del Gobierno, podrán destinar a parroquias las iglesias de los conventos suprimidos que sean necesarias.

Art. 23. Del mismo modo podrán disponer a favor de las parroquias pobres de su diócesis de los vasos sagrados, ornamentos y demás objetos pertenecientes al culto, exceptuando aquéllos que por su rareza o mérito artístico convenga conservar cuidadosamente, y los que por su considerable valor no corresponderían a la pobreza de las iglesias.

Art. 24. El Gobierno podrá destinar para establecimientos de utilidad pública los conventos suprimidos que se consideren a propósito.

Art. 25. Asimismo aplicará los archivos, cuadros, libros y demás objetos pertenecientes a las ciencias y artes a las bibliotecas provinciales, museos, academias y demás establecimientos de instrucción pública.

Art. 26. Los religiosos de ambos sexos que se exclaustraren, podrán llevar consigo los muebles, ropas y libros de su uso particular.

(…) Art. 35. Las mismas juntas formarán inmediatamente un cálculo aproximado de lo que conceptúen necesario para el culto en las iglesias de las casas religiosas que queden abiertas, y lo someterán a la aprobación del Gobierno, sin perjuicio de que mientras se obtenga esta, se pague por el tesoro público y por duodécimas partes al tiempo de satisfacer las mensualidades de las pensiones. También acordarán las juntas los reparos indispensables en los edificios, de acuerdo con los gefes de la Hacienda pública, por la cual se satisfará su importe.

(…) Las juntas diocesanas y las demás autoridades e individuos a quienes toque intervenir en la ejecución de lo prevenido en esta Ley, procederán en cuanto no se oponga a ella, conforme al reglamento de 24 de marzo de 1836 y a los que forme el Gobierno en

En lo que respecta a esta norma lo que más interesa al tema objeto de análisis es, por un lado, el mantenimiento de las Juntas diocesanas, que debían seguir encargándose de la ejecución de las disposiciones de cierre de conventos, para reducirlos a un número razonable, y cuidar de que los que permaneciesen abiertos permitiesen a sus ocupantes una digna estancia en la que poder realizar su función religiosa (art. 10º) y, por otro, lo que más interesa a este estudio, como es el destino de los bienes de los conventos que se suprimiesen, que se regulan en los artículos 20 a 26, a.i. En este sentido se dispone, de forma muy similar a la ya comentada en el primer decreto desamortizador de Mendizábal, que:

- Como principio general se destinarán a la amortización de la deuda pública todos los bienes raíces, rentas, derechos y acciones de las comunidades eclesiásticas, por supuesto de las que se cerrasen, pero también de las abiertas (art. 20º); como excepción a esta regla quedaban los bienes, rentas, derechos y acciones pertenecientes a los colegios de misión para las provincias de Asia, a la obra pía de los santos lugares de Jerusalén y a los que especialmente dedicados a objetos de hospitalidad, beneficencia e instrucción pública, así como también la parte de los mismos correspondientes al monasterio del Escorial, que resultasen pertenecer al Patrimonio Real (art. 21º).
- Por otro lado, los bienes muebles de las comunidades religiosas cerradas también se aplicarían a la amortización de la deuda pública, pero los de las que permaneciesen abiertas los conservarían éstas para su uso, si bien debían esta inventariados (art. 20º).
- Los ordinarios, siempre que el Gobierno así lo aprobase, podrían destinar las iglesias de los conventos suprimidos a parroquias (art. 22º); asimismo podrían proporcionar a las iglesias pobres de sus diócesis los vasos sagrados, ornamentos y demás objetos pertenecientes al cul-

---

lo sucesivo. Palacio de las Cortes 22 de julio de 1837. = Vicente Sancho, Presidente. = Mauricio Carlos de Onís, Diputado Secretario. = Miguel Roda, Diputado Secretario. Por tanto mandamos a todos los tribunales, justicias, jefes, gobernadores y demás autoridades, así civiles como militares y eclesiásticas, de cualquier clase y dignidad, que guarden y hagan guardar, cumplir y ejecutar la presente ley en todas sus partes. Tendreislo entendido para su cumplimiento, y dispondréis se imprima, publique y circule. = YO LA REINA GOBERNADORA. = Está rubricado de la Real mano. = En Palacio a 29 de julio de 1837. = A Don José Landero Corchado».

to, excepto aquéllos que por su rareza o mérito artístico hubieran de ser conservados cuidadosamente, así como los que por su considerable valor no correspondieran a la pobreza de las iglesias (art. 23º).

- El Gobierno, por su parte, podría dar a algunos de los inmuebles de los conventos suprimidos el destino de establecimientos de utilidad pública, si así lo tuviera por conveniente (art. 24º). Igualmente podría aplicar a las bibliotecas provinciales, museos, academias y demás establecimientos de instrucción pública, todos los archivos, cuadros, libros y demás objetos pertenecientes a las ciencias y artes (art. 25º).
- Finalmente, los religiosos de ambos sexos que se exclaustraren, podrían llevar consigo los muebles, ropas y libros de su uso particular (art. 26º).

En la misma fecha se aprobó la segunda medida impulsada directamente por Mendizábal, en la que proponía la adjudicación a la nación de todos los bienes, derechos y acciones del clero secular, además de una reforma fiscal para la dotación de fondos destinados al mantenimiento de los religiosos pertenecientes a las órdenes desamortizadas. Esta norma era el Decreto de 29 de julio de 1837, de adjudicación a la nación de todos los bienes, derechos y acciones del clero secular y mantenimiento de estos religiosos que a lo largo de sus quince artículos establecía las siguientes disposiciones[71]:

71. *Gaceta de Madrid*, 1 de agosto de 1837. Decreto de 29 de julio de 1837, de adjudicación a la nación de todos los bienes, derechos y acciones del clero secular y mantenimiento de estos religiosos: «*Doña Isabel II, por la gracia de Dios y por la Constitución de la monarquía española, Reina de las Españas, y en su nombre Doña María Cristina de Borbón, Reina Regente y Gobernadora del Reino, a todos los que las presentes vieren y entendieren, sabed: Que las Cortes Generales han decretado y Nos sancionamos lo siguiente:*
Las Cortes, en uso de sus facultades, han decretado lo siguiente:
Art. 1º Se suprimen la contribución de diezmos y primicias y todas las prestaciones emanadas de los mismos.
Art. 2º Todas las propiedades del clero secular en cualesquiera clases de predios, derechos y acciones que consistan, de cualquiera origen y nombre que sean y con cualquiera aplicación o destino con que hayan sido donadas, compradas o adquiridas, se adjudican a la nación, convirtiéndose en bienes nacionales.
Art. 3º Se exceptúan de lo dispuesto en el artículo anterior los bienes pertenecientes a prebendas, capellanías, beneficios y demás fundaciones de patronato pasivo de sangre.
Art. 4º Los edificios de las iglesias, catedrales, parroquiales, anejos o ayudas de parroquia, el palacio de cada prelado, las rectorías, casas o habitaciones de párrocos y sus

tenientes y los seminarios conciliares con sus huertos y jardines adjuntos, continuarán aplicados a sus actuales destinos.
Art. 5º Los bienes de que habla el artículo 2º serán administrados por las juntas diocesanas que se crearán previo el correspondiente estado que formarán las diputaciones provinciales de su clase, sitio en los inmuebles y de sus productos, con presencia de los libros y demás documentos necesarios que deberán entregarles a este efecto las contadurías de los cabildos eclesiásticos.
Art. 6º El producto total de estos bienes servirá en parte pago del presupuesto de la dotación del clero, y entrará en cuenta de su haber.
Art. 7º El déficit hasta el completo de la dotación del clero y los gastos del culto, se suplirá por un repartimiento que se hará en la nación con el nombre de contribución del culto, al cual estarán sujetos en proporción a sus haberes todos los contribuyentes a las demás cargas del Estado.
Art. 8º Este repartimiento le hará el Gobierno a las provincias, y las diputaciones provinciales a los pueblos de su respectiva comprensión, y el Gobierno lo someterá a la aprobación de las Cortes.
Art. 9º Cada diputación provincial nombrará a las personas que con más acierto y economía hagan efectiva la recaudación en su distrito, a las que acompañarán los eclesiásticos habilitados por el diocesano.
Art. 10. Los contribuyentes podrán pagar su cuota en dinero o en granos y legumbres secas a los precios corrientes en el mercado en los plazos que designará la respectiva diputación provincial.
Art. 12. Para que los partícipes legos puedan seguir percibiendo las partes alícuotas que les correspondan en la contribución del culto, justificarán en el término de 90 días por los medios legales la calidad de tales partícipes; y la resolución que recaiga en este juicio breve y sumario, de que conocerán los jueces de primera instancia, decidirá sólo sobre la posesión, quedando a salvo el juicio de propiedad.
Art. 13. Para cuando se halle fijado el derecho legítimo de los partícipes legos, las Cortes determinarán por una ley especial el modo de graduar e indemnizar sus capitales en la época prescrita en el art. 11, cesando desde entonces de percibir la parte alícuota de contribución del culto que hayan gozado como tales partícipes.
Art. 14. Los ayuntamientos de las cabezas de partido, hecha liquidación de lo que pertenece al clero y a los partícipes legos en la contribución del culto, lo entregarán a estos y al comisionado o comisionados de las juntas diocesanas, tomando de todos recibo por duplicado para que se custodie en su archivo un ejemplar y se mande el otro a la intendencia de la provincia con el pliego de contribuciones.
Art. 15. Los establecimientos de instrucción pública y los de beneficencia conservarán sus bienes. Las diputaciones provinciales quedan autorizadas para buscar arbitrios con que atender a los objetos de aquellos si hubiese algún déficit. Palacio de las mismas 24 de julio de 1837.
Por tanto mandamos a todos los tribunales, justicias, gefes, gobernadores y demás autoridades, así civiles como militares y eclesiásticas, de cualquiera clase y dignidad, que guarden y hagan guardar, cumplir y ejecutar la presente ley en todas sus partes. Tendreislo entendido para su cumplimiento, y dispondréis se imprima, publique y circule. = YO LA REINA GOBERNADORA. = En Palacio a 29 de julio de 1837. = A Don Juan Álvarez y Mendizábal».

- La supresión de la contribución de diezmos, primicias y demás prestaciones religiosas (art. 1º) y el establecimiento de un nuevo tributo, denominado «contribución del culto», que se percibiría por vía de repartimiento, y cuyo producto se repartiría entre el clero y los partícipes legos (arts. 7º a 14º).
- La adjudicación a la nación y conversión en bienes nacionales de predios, derechos y acciones del clero secular, con independencia de su título de adquisición (art. 2º), con excepción de los bienes pertenecientes a prebendas, capellanías, beneficios y demás fundaciones de patronato pasivo de sangre (art. 3º). Los bienes convertidos en nacionales en virtud de lo dispuesto en el artículo 2º se administrarían por unas nuevas Juntas diocesanas que se habrían de crear tras el correspondiente informe de las Diputaciones Provinciales; para esta labor de administración habrían de recibir las nuevas Juntas las cuentas de dichos bienes, que les habrían de entregar los respectivos cabildos eclesiásticos (art. 5º).
- El mantenimiento en sus actuales funciones de los siguientes inmuebles: edificios de las iglesias, catedrales, parroquiales, anejos o ayudas de parroquia, el palacio de cada prelado, las rectorías, casas o habitaciones de párrocos y sus tenientes y los seminarios conciliares con sus huertos y jardines adjuntos (art. 4º).
- La enajenación de los bienes del clero y de las fábricas que hubiesen sido declarados propiedades de la nación; estas enajenaciones se realizarían por sextas partes en los seis primeros años que se contarían desde 1840, aumentando la contribución del culto en proporción a lo que los productos disminuyan (art. 11º); el producto total de estos bienes servirá en parte pago del presupuesto de la dotación del clero, y entrará en cuenta de su haber (art. 6º).
- Y, finalmente, la conservación de sus bienes por los establecimientos de instrucción pública y los de beneficencia, cuyos fondos serían dotados por las Diputaciones Provinciales, a las que se autorizaba expresamente para buscar arbitrios con que atender a los fines de estas instituciones, si fuese necesario (art. 15º).

La alternancia en el poder de liberales y conservadores implicaba una mayor fuerza de las medidas desamortizadoras o una ralentiza-

ción o paralización de las mismas, respectivamente. Las medidas adoptadas por Mendizábal fueron paralizadas por la Ley de 16 de julio de 1840, durante el brevísimo período en que ocupó la presidencia del Gobierno Evaristo Pérez de Castro[72], los aspectos más interesantes de esta norma, junto a la ya citada derogación de la legislación desamortizadora del período de Mendizábal, se contenían en su artículo 1º, que establecía de nuevo la vinculación de los bienes de la Iglesia, indicando que continuaría en la posesión y goce de sus bienes y fincas y sin que pudiera enajenarlas, empeñarlas ni hipotecarlas salvo que mediase la expresa autorización del Gobierno[73].

Sin embargo, la llegada al poder de Espartero en septiembre de 1840 va a reactivar de nuevo los ensayos desamortizadores, que se materializarán en la Ley de 2 de septiembre de 1841, sobre enajenación de bienes nacionales (*Gaceta de Madrid*, 5 de septiembre de 1841)[74]. Esta norma supone un endurecimiento bastante radical en lo que respecta al patrimonio histórico-artístico de las entidades religiosas, que ya no va a quedar exento de su venta y, en consecuencia, se declarará afectado a la obtención de ingresos para el pago de los gastos del Estado; en esta coyuntura se explica el descontento de los religiosos que, desde el púlpito, animaban a los fieles a luchar con las medidas desamortizadoras del

72. Pérez de Castro fue Presidente durante los escasos días transcurridos entre 8 de abril de 1840 y el 20 de julio de ese mismo año, fecha en que fue sustituido por Antonio González; García Madariaga, José María, *Estructura…*, p. 306.

73. *Gaceta de Madrid*, 24 de julio de 1840. Ley de 16 de junio de 1840, que permite a las iglesias de España y su clero secular continuar en la posesión y goce de sus bienes y fincas (deja sin efecto el Decreto de 29 de julio de 1837): «*Doña Isabel II, por la gracia de Dios y por la Constitución de la monarquía española Reina de las Españas, y en su nombre Doña María Cristina de Borbón, Reina Regente y Gobernadora del reino, a todos los que la presente vieren y entendieren, sabed: que las Cortes han decretado y Nos sancionado lo siguiente:*
Art. 1º Las iglesias de España y el clero secular de las mismas continuarán en la posesión y goce de sus bienes y fincas sin poder enagenarlas, empeñarlas ni hipotecarlas a no ser con autorización del Gobierno».

74. Previamente el propio Espartero había promulgado una Ley de 14 de agosto de 1841 (*Gaceta de Madrid*, 4 de septiembre de 1841) sobre la dotación de culto y clero, con la finalidad de obtener fondos para la reparación de las iglesias parroquiales, entre otros aspectos. La Ley de 2 de septiembre encuentra en esta otra norma un complemento a algunos aspectos prácticos de la misma, que fueron aprobados con anterioridad a su promulgación, debido a la imperiosa necesidad de recaudar fondos para atender el gasto de sostenimiento de la política de extinción de compañías religiosas.

gobierno, lo que provocó que en esa norma de 2 de septiembre Espartero dispusiese «*que los prelados eclesiásticos procedan con sumaria prisión y entrega a los tribunales seculares a todos los clérigos que con sus sermones o ejercicios exciten a los feligreses a desobedecer las disposiciones del Gobierno. Y si los prelados no lo hicieran, procedan contra ellos los jueces de Primera Instancia*»[75]. La norma la analizaremos exclusivamente en lo relativo a la consideración de los bienes de las entidades suprimidas y a los exentos de venta; en este sentido se dispone expresamente que todas las propiedades, de cualquier naturaleza, derechos y acciones del clero secular pasan a ser bienes nacionales (art. 1º), así como los correspondientes a Fábricas de las Iglesias y Cofradías (art. 2º), declarándose en venta todos esos bienes, con las excepciones que a continuación se indicarán, entre las que no figura ninguna derivada del valor histórico-artístico de los mismos, sino que simplemente se atiende en ellas a un sentido utilitario o social de dichos bienes:

- Los bienes de prebendas, capellanías, beneficios y demás fundaciones de patronato de sangre, activo o pasivo (art. 6.1).
- Los bienes de cofradías y obras pías, procedentes de adquisiciones particulares para cementerios y otros usos privativos de sus miembros (art. 6.2).
- Los bienes, rentas, derechos y acciones especialmente dedicados a objetos de hospitalidad, beneficencia e instrucción pública (art. 6.3).
- Los edificios de las catedrales y sus anejos o ayuda de parroquia (art. 6.4).
- El palacio residencia de cada prelado, así como las casas habitadas por los curas párrocos y tenientes, con sus respectivos huertos y jardines (art. 6.5).

El hecho cierto es que el ensayo desamortizador de Espartero fue muy contestado en las Cortes, donde las voces de los moderados se hicieron oír con insistencia. Buena parte de las argumentaciones a favor del derecho de propiedad de la iglesia, que desde las filas de la oposición se consideraba como inalienable e ilegalmente despojado por la acción desamortizadora del Gobierno, fueron recogidas por José María Antequera en su obra sobre la desamortización eclesiástica, que fue

75. *Cit.* Martí Gilabert, Francisco, *La desamortización…*, p. 52.

publicada en 1885[76]; en este tratado el autor hacía, como católico, una encendida defensa de este derecho de propiedad, que argumentaba con razones de carácter histórico, de Derecho Canónico e incluso de Derecho Civil, pero a los efectos que más nos interesan en este momento, recogió una serie de manifestaciones de los parlamentarios moderados entre los años 1840 y 1845, que hacían diversos alegatos en favor de las tesis de la Iglesia sobre su inalienable derecho de propiedad; alguno de estos discursos utilizan el carácter histórico-artístico de los bienes desamortizados como un motivo adicional para evitar las desamortizaciones y sus efectos, como el pronunciado por Santiago Tejada en la discusión parlamentaria de la dotación de culto y clero de 19 de mayo de 1840, en la que formuló voto particular en los siguientes términos:

> «*¿dónde está, pues, el derecho para privar a la Iglesia, a la humanidad doliente, a las clases necesitadas y desvalidas, al ingenio y al talento sin fortuna, que pudieran servir e ilustrar a la nación, del patriotismo y de los auxilios que les legó el más puro patriotismo y la piedad cristiana? ¿Puede tolerarse el espectáculo de ver cerrados en España los templos del Señor, abandonados y destruyéndose poco a poco esos magníficos monumentos nuestras artes, testimonios honrosos de nuestra civilización y de las sinceras creencias de nuestros padres? ¿Por qué la Iglesia, la primera, la más trascendental, la más respetable de las asociaciones humanas, ha de ser de inferior condición que el último individuo del Estado?*
>
> *No hay, señores, en ninguna nación civilizada poder alguno para privar, sin indemnización previa, a un ciudadano o a una corporación, mientras exista, de los que forma su patrimonio particular; y aún puede añadirse que ninguna de las leyes que rigen en varias naciones de Europa sobre expropiación por causa de utilidad pública admiten tales expropiaciones en masa.*
>
> *La ciencia del derecho público enseña de una manera indubitable que la institución de todos los poderes sociales, ya estén en manos de un solo hombre o en las de muchos, tiene por objeto primordial sostener y defender el derecho de propiedad como la base fundamental del Estado, y que cuando aquellos se separan de esta senda, son incompetentes y usurpadores*»[77].

La defensa del derecho de propiedad de la Iglesia llegó a ser planteada con vehemencia en el periódico que constituía el vehículo oficial de transmisión de las ideas del partido moderado, El Correo Nacional; en este sentido en su publicación de 23 de julio de 1841 se indicaba que en

76. Antequera, José María, *La desamortización eclesiástica considerada en sus diferentes aspectos y relaciones*, 1ª edición, Madrid, Imprenta de A. Pérez Dubruli, 1885.
77. *Cit.* Antequera, José María, *op. cit.*, p. 203.

el momento en que gobernasen los moderados se revisarían y anularían las desamortizaciones de bienes del clero secular, que consideraban una usurpación y un despojo ilegítimos, si bien se aceptarían las del clero regular, advirtiendo de estas intenciones a los compradores de los bienes del clero secular, que podrían verse afectados por un reintegro de los mismos a los pocos años, aun siéndolo de buena fe:

> «*Para los que crean que el tiempo no amenaza el poder ni la obra de los hombres del día, nada deben significar nuestras palabras. Mas a los que no vivan en la confianza de que el reinado de la violencia, intolerante y dominadora minoría que amenaza a la Nación ha de ser eterno, a esos debemos advertir que el partido conservador, si llega, corriendo el tiempo, al poder, al paso que procurará hacer reconocer y legalizar por la Corte de Roma las enajenaciones de los bienes de los regulares, jamás reconocerá ni sancionará el despojo del patrimonio de las Catedrales, colegiatas y parroquias del reino: nunca mirará como un hecho consumado un acto de ira, de rencor, de venganza, como el que se va acometer; no se creerá ligado por ningún miramiento a respetar lo que ahora declara, en la forma que puede, expoliador, marcado con el sello de la más dura y evidente usurpación y despojo.*
>
> *Ténganselo, pues, por dicho, los que de buena fe, y guiados por el ejemplo de lo pasado, piensan que los intereses que comprometan en la compra de los bienes de las catedrales y demás iglesias tendrán la misma garantía que los invertidos en adquisiciones de bienes de regulares. O dejará de ser posible que un gobierno monárquico vuelva a regir en España, o la iniquidad que se intenta tendrá su debida reparación.*
>
> *…El delirio, pues, de los que hoy mandan no debe arrastrar a la masa de nuestros conciudadanos, ni hacerlos cómplices de un despojo, de que más tarde o más temprano tendrían que responder con daño de sus intereses*»[78].

Efectivamente, una vez reinstaurados en el gobierno los moderados de Narváez paralizarían las ventas de los bienes que había iniciado Espartero; esto se llevó a cabo mediante un decreto presentado a Isabel II por el entonces ministro de Hacienda, Alejandro Mon, el 15 de julio de 1844, que fue sancionado el 26 de ese mismo mes y promulgado finalmente el 8 de agosto de 1844. En este R.D., dictado de forma urgente pues los moderados apenas llevaban desde el mes de mayo en el ejecutivo, se dispone en sus tres únicos artículos la inmediata suspensión de las ventas de los bienes del clero secular y de las comunidades de religiosas, hasta que las Cortes tomasen una medida definitiva sobre el particular; poco

78. *Cit.* Antequera, José María, *op. cit.*, pp. 211 y 212.

más podía hacer de momento el Gobierno, dado que la venta se había ordenado por medio de una norma con rango de ley, mientras que esta disposición tan sólo tiene carácter reglamentario, lo que explica por qué no se limitó la petición de Mon a derogar la ley de Espartero, pero que no justifica cómo es posible que una norma del Gobierno, como es este R.D. pudiera suspender la ejecución de una ley aprobada en Cortes, como la de Espartero, en lo que consideramos una quiebra del principio de jerarquía normativa, que no hemos encontrado fuera discutido en las Cortes.

En cualquier caso debe indicarse que este R.D. de Mon vino a suspender las ventas futuras de los bienes del clero, pero en ningún caso pretendió destruir las ventas realizadas durante el gobierno progresista habida cuenta de los derechos creados que se habían generado con las enajenaciones legítimamente realizadas durante el gobierno liberal y tanto en lo que se refería a bienes del clero regular como del secular, incumpliendo lo que habían prometido en julio de 1841 en su declaración publicada en El Correo Nacional; esto es razonado por el ministro de hacienda en la exposición de motivos de la norma, al indicar que «*el Gobierno de Su Majestad está decidido, y con voluntad firme y resuelta, a respetar y hacer que todos respeten, como de todo punto inviolables, las propiedades adquiridas procedentes de los bienes del clero regular y secular que han sido enagenados en estos últimos años con arreglo a las leyes que en ellos mismos se dieron. La estabilidad es la primera necesidad de los pueblos, y por más que nos cueste decirlo a los que hemos sido testigos de tristes y deplorables acontecimientos, las reacciones no han producido jamás bien alguno a las naciones. Todo se puede corregir y mejorar por la marcha lenta del tiempo, con la conservación del orden y la imparcial administración de la justicia, sin conmover la sociedad ni lastimar los intereses creados…*»[79]. Esta idea inicial vino a desarrollarse por Mon, aún más, poco después, pues por Decreto de 3 de abril de 1845 se estableció la devolución al clero secular de todos los bienes que les habían sido desamortizados por Espartero y que aún no habían sido vendidos[80].

79. *Gaceta de Madrid*, 13 de agosto de 1844.
80. *Gaceta de Madrid*, 8 de abril de 1845. R.D. de 3 de abril de 1845: «*Doña Isabel II, por la gracia de Dios y la Constitución de la monarquía española, Reina de las Españas, a todos los que la presente vieren y entendieren, sabed: Que las Cortes han decretado y Nos sancionado lo siguiente:*
Artículo único. Los bienes del clero secular no enagenados, y cuya venta se mandó suspender por el Real decreto de 26 de julio de 1844, se devuelven al mismo clero.

La base jurídica de estos planteamientos de los moderados, frente a las sostenidas por los gobiernos que sistemáticamente practicaron la desamortización de bienes de la iglesia, la resume de forma magistral el diputado Rodríguez de Cela en la sesión de Cortes de 13 de enero de 1845, al afirmar que:

> «*El derecho de propiedad que la Iglesia tiene en sus bienes ¿no está reconocido en multitud de leyes dispersas en nuestros códigos? ¿no está reconocido el derecho de la Iglesia a adquirir y poseer bienes raíces, hasta en las leyes mismas que pusieran trabas al derecho de adquirir las llamadas manos muertas? ¿no está reconocido hasta en la misma Ley de expropiación? Luego la Iglesia tenía verdadera propiedad, verdadero dominio en los bienes que estaba poseyendo.*
>
> *Pues si la Iglesia tenía verdadero dominio en los bienes que estaba poseyendo ¿pudo el Estado apoderarse de ellos en los términos que lo hizo, sin previa indemnización? No, señores; y yo para demostrarlo así, no necesito apelar a razones canónicas… La ley de expropiación de 17 de junio de 1836, que estaba vigente cuando la expropiación, decía en su artículo 1º: "siendo inviolable el derecho de propiedad, no se puede obligar a ningún particular, corporación o establecimiento de cualquier especie, a que ceda o enajene lo que sea de su propiedad para obras de interés público, sin que precedan los requisitos siguientes". Uno de ellos es la tasación con intervención del dueño, y otro que el precio íntegro de la tasación se satisfaga al tiempo* [del] *desahucio.*
>
> *…¿Se hizo así con los bienes del clero? No, señores; el Estado se apoderó de ellos sin previa indemnización, sin previa tasación. Luego fue un despojo, luego fue una injusticia lo que se cometió; y esta no es opinión mía solamente; es de personas cuya autoridad no podemos de ningún modo rechazar*»[81].

Esta opinión la completó este mismo parlamentario en otro discurso, pronunciado en las Cortes el 24 de enero de 1845 en el que indicaba que «*el único derecho que puede admitirse en el Estado con respecto a los bienes que no posea, es obligar a los dueños a que los vendan aunque no quieran, pero pagándolos por su justo precio, y esto es lo que se llama expropiación forzosa; pero quitarlos, quedarse con ellos y no pagarlos, nadie ha dicho ni puede decir que ese sea un derecho del Estado. Ese sería un acto de despotismo, un verdadero despojo,*

Por tanto mandamos a todos los tribunales, justicias, gefes, gobernadores y demás autoridades, así civiles como militares y eclesiásticas, de cualquier clase y dignidad, que guarden y hagan guardar, cumplir y ejecutar la presente ley en todas sus partes. Palacio, a 3 de abril de 1845.=YO LA REINA.= El Ministro de Hacienda, Alejandro Mon».

81. Antequera, José María, *op. cit.*, pp. 214 y 215.

un atropellamiento igual al que comete una cuadrilla de bandoleros que despoja al infeliz que cae entre sus manos»[82].

El siguiente paso en la carrera desamortizadora se va a producir en la época en la que Madoz ocupaba la cartera de Hacienda y nuevamente Espartero la presidencia del gobierno. La ley de 1 de mayo de 1855, general de desamortización[83], también se iba a centrar en la enajenación de los bienes del clero, lo que implicó que se le opusiese una gran resistencia tanto por parte de los moderados como por la propia Isabel II, que no quería firmar la ley por motivos de conciencia; finalmente la reina cedió a las presiones de Espartero y O'Donnell, pero el triunfo de los progresistas fue efímero, pues recibieron grandes presiones a las que finalmente cedieron, suspendiéndose las ventas de los bienes del clero por R.D. de 23 de septiembre de 1856[84]

82. *Ibidem*, p. 215.
83. Nada introducía esta norma en materia de protección del patrimonio histórico-artístico de las corporaciones suprimidas, salvo lo dispuesto en el apartado primero de su artículo segundo, en el que exceptuaba de las ventas los edificios y fincas destinados por el Gobierno al servicio público, o los que destinase para dicho fin en el futuro. Igualmente podría considerarse dentro de la protección los edificios y fincas cuya venta no estimase oportuna el Gobierno por razones graves, prevista en el apartado décimo del citado artículo 2º de esta norma; en cualquier caso es evidente que en el primer caso prima el carácter utilitario del edificio que no se vendería y, en el segundo, al no concretarse esas «razones graves» tal vez resulte temerario atribuirles un carácter artístico o histórico especial a las mismas. En cualquier caso a esto se limitaban las medidas protectoras que pudieran tener una relación, siquiera tangencial, con el tema estudiado.
    En cualquier caso es necesario señalar que esta norma de Madoz fue la que tuvo una mayor dimensión, pues estaría vigente –aunque con interrupciones y reactivaciones– hasta finales del siglo XIX y fue la que terminó concretando un mayor número de remates en las subastas; Martí Gilabert, Francisco, *La desamortización…*, p. 81.
84. *Gaceta de Madrid*, 24 de septiembre de 1856: «*Tomando en consideración altas razones de Estado que me ha expuesto el Ministro de Hacienda y de acuerdo con el Consejo de Ministros, Vengo en decretar lo siguiente:*
    Art. 1º Se suspende, hasta que se resuelva lo que corresponda en la forma conveniente la venta de los bienes del clero secular devueltos al mismo conforme a la ley de 3 de abril de 1845.
    Artículo 2º El Ministro de Hacienda queda encargado de la ejecución del presente decreto, del que oportunamente dará cuenta a las Cortes.
    Dado en Palacio a 23 de septiembre de 1856.= Está rubricado de la Real mano.= El Ministro de Hacienda, Pedro Salaverría».

y, posteriormente, ya en el gobierno de Narváez, suspendiéndose completamente los efectos de la Ley de Madoz por R.D. de 14 de octubre de 1856[85], nacido de una petición efectuada a la reina por el pleno del gobierno presidido por Ramón María Narváez[86].

Una nueva alternancia devuelve al gobierno al unionista O'Donnell en 1858, pero sus medidas desamortizadoras van a tener un carácter mucho más moderado. Por R.D. de 2 de octubre de 1858 va a devolver la eficacia jurídica a la Ley de desamortización de Madoz, pero sin incluir en su ámbito de aplicación los bienes de la iglesia, pues sus efectos se limitaban a los predios rústicos y urbanos del Estado, a los procedentes del secuestro del *ex* infante Don Carlos, a los de beneficencia o instrucción pública, a los de las provincias y propios o comunes de los pueblos, así como a los pertenecientes a manos

85. *Gaceta de Madrid*, 15 de octubre de 1856: «*EXPOSICIÓN A Su Majestad SEÑORA: La Ley de desamortización de 1º de mayo de 1855 suscita graves dificultades en su planteamiento y quedan debilitados y desatendidos por ella principios tan cardinales o intereses tan respetables, que los Consejeros de Vuestra Majestad no pueden menos de considerar como uno de sus primeros deberes pedir a Vuestra Majestad que de aquí en adelante se suspenda la ejecución de aquella ley.*
En su día, cuando se hallen reunidas las Cortes del Reino, los Ministros que suscriben propondrán a las mismas, previo el asentimiento de Vuestra Majestad, la resolución definitiva que estimen propia a realizar las miras que tienen al aconsejara a Vuestra Majestad la aprobación del adjunto proyecto de decreto.
Madrid, 14 de octubre de 1856.= SEÑORA.= A los Reales pies de Vuestra Majestad.= El Presidente del Consejo de Ministros, Duque de Valencia.= El Ministro de Estado y Ultramar, el Marqués de Pidal.= El Ministro de Gracia y Justicia, Manuel de Seijas Lozano.= El Ministro de Marina, interino de la Guerra, Francisco de Lersundi.= El Ministro de Hacienda, Manuel García Barzanallana.= El Ministro de la Gobernación, Cándido Nocedal.= El Ministro de Fomento, Claudio Moyano Samaniego.
REAL DECRETO. Conformándome con lo propuesto por mi Consejo de Ministros, vengo en decretar lo siguiente:
Art. 1º Se suspende, desde hoy en adelante, la ejecución de la ley de desamortización de 1º de mayo de 1855.
Art. 2º En su consecuencia no se sacará a pública subasta finca alguna de las que dicha ley ordenaba poner en venta, ni serán aprobadas las que se hallen pendientes.
Art. 3º El Gobierno propondrá a las Cortes la resolución definitiva sobre la observancia de dicha ley.
Dado en Palacio a 14 de octubre de 1836.= Está rubricado de la Real mano.= Refrendado.= El Presidente del Consejo de Ministros, Duque de Valencia».

86. Tomás y Valiente, Francisco, *El marco político…*, pp. 106 y 107.

muertas de carácter civil, pero no a las manos muertas religiosas[87]; la impresión de moderación de las medidas de O'Donnell mereció la siguiente reflexión de Benito Pérez Galdós en su obra «O'Donnell», sobre las ideas de los partidarios de la Unión Liberal, partido al que pertenecía el Presidente del Gobierno: «*desamorticemos y repartamos, pero no con violencia revolucionaria, sino con parsimonia y suavidad conservadoras, coordinando con el Papa la forma y modo de conciliar los intereses de la iglesia con los de la sociedad civil*»[88]; ello va a dar lugar a la suscripción de un convenio con la Santa Sede el 25 de agosto de 1859[89], por el que se intercambiarían los bienes de la iglesia por títulos de deuda pública que, tras las respectivas ratificaciones, se convertiría en la Ley de 4 de abril de 1860. Las notas principales de esta importante norma eran[90]:

87. *Gaceta de Madrid*, 3 de octubre de 1858. R.D. de 2 de octubre de 1858: «*Art. 1º Los predios rústicos y urbanos de propiedad del Estado, los del secuestro del ex-infante Don Carlos, los de Beneficencia o Instrucción pública, los de las provincias y propios y comunes de los pueblos, y los pertenecientes a manos muertas de carácter civil, declarados en estado de venta por la Ley de 1º de mayo de 1855, continuarán enajenándose con arreglo a la misma ley y a la de 11 de julio de 1856.*
…Art. 3º Se observarán los reglamentos, instrucciones y órdenes anteriormente dictadas para la ejecución de las mencionadas leyes de 1º de mayo de 1855 y 11 de julio de 1856 en lo que se refieren a la venta de las fincas expresadas en el art. 1º».

88. *Cit.* Tomás y Valiente, Francisco, *El marco político…*, p. 108. Sobre la infectividad de la contribución de culto y clero y la necesidad de dotar al clero de medios para su auto subsistencia: López Puerta, Luis, *La desamortización eclesiástica de Mendizábal en la provincia de Guadalajara,* 1ª edición, Guadalajara, Diputación Provincial de Guadalajara, 1989, pp. 242-245.

89. *Gaceta de Madrid*, 14 de enero de 1860. El convenio lo ratificó la reina el 7 de noviembre de 1859, y el Papa el 24 de ese mismo mes, canjeándose las ratificaciones el día siguiente, 25 de noviembre.

90. Ley de 4 de abril de 1860, mandando se publique y observe como ley del Estado el convenio celebrado con la Santa Sede, para conmutar los bienes de la Iglesia por inscripciones intransferibles de la deuda del 3 por 100: «*Art. 1º El Gobierno de Su Magestad Católica, habida consideración a las lamentables vicisitudes por que han pasado los bienes eclesiásticos en diversas épocas, y deseando asegurar a la Iglesia perpetuamente la pacífica posesión de sus bienes y derechos y prevenir todo motivo de que sea violado el solemne Concordato, celebrado en 16 de marzo de 1851, promete a la Santa Sede que en adelante no se hará ninguna venta, conmutación ni otra especie de enagenación de los dichos bienes sin la necesaria autorización de la misma Santa Sede.*
…Art. 3º Primeramente el Gobierno de Su Magestad reconoce de nuevo formalmente el libre y pleno derecho de la iglesia para adquirir, retener y usufructuar en propiedad y sin limitación ni reserva toda especie de bienes y valores, quedando en consecuencia, de-

- No serían admisibles las decisiones unilaterales por parte del Estado español sobre disposición de bienes eclesiásticos (art. 1º).
- Derogación de la ley general de desamortización de 1855, en lo que se opusiese al convenio (art. 3º, párrafo 1º).

---

rogada por este Convenio cualquiera disposición que le sea contraria, y señaladamente y en cuanto se le oponga, la ley de 1º de mayo de 1855.
Los bienes que en virtud de este derecho adquiera y posea en adelante la Iglesia no se computarán en la dotación que le está asignada por el Concordato.
Art. 4º En virtud del mismo derecho, el Gobierno de Su Magestad reconoce a la Iglesia como propietaria absoluta de todos y cada uno de los bienes que le fueron devueltos por el Concordato. Pero habida consideración del estado de deterioro de la mayor parte de los que aún no han sido enagenados, a su difícil administración y a los varios, contradictorios e inexactos cómputos de su valor en renta, circunstancias todas que han hecho hasta ahora la dotación del clero incierta y aún incongrua, el Gobierno de Su Magestad ha propuesto a la Santa Sede una permutación, dándose a los Obispos la facultad de determinar, de acuerdo con sus Cabildos, el precio de los bienes de la Iglesia situados en sus respectivas diócesis, y ofreciendo aquél, en cambio de todos ellos y mediante su cesión hecha al Estado, tantas inscripciones intransferibles del papel del 3 por 100 de la Deuda Pública consolidada de España, cuantas sean necesarias para cubrir el total valor de dichos bienes.
…Art. 6º Serán eximidos de la permutación y quedarán en propiedad de la Iglesia en cada diócesis todos los bienes enumerados en los artículos 31 y 33 del Concordato de 1851, a saber: los huertos, jardines, palacios y otros edificios que en cualquier lugar de la diócesis estén destinados al uso y esparcimiento de los obispos. También se le reservarán las casas destinadas a la habitación de los párrocos, con sus huertos y campos anejos, conocidos bajo las denominaciones de Iglesarios, Mansos y otras. Además retendrá la Iglesia en propiedad los edificios de los seminarios conciliares con sus anejos y las Bibliotecas y casas de corrección o cárceles eclesiásticas y, en general todos los edificios que sirven en el día para el culto, y los que se hallan destinados al uso y habitación del clero regular de ambos sexos, así como los que en adelante se destinen a tales objetos.
Ninguno de los bienes enumerados en el artículo podrá imputarse en la dotación prescrita para el culto y clero en el Concordato.
En fin, siendo la utilidad de la Iglesia el motivo que induce a la Santa Sede a admitir la espresada permutación de valores, si en alguna diócesis estimare el obispo que por particulares circunstancias conviene a la Iglesia retener alguna finca, sita en ella, aquella finca podrá eximirse de la permutación, imputándose el importe de su renta en la dotación del clero.
…Art. 20º En vista de las ventajas que de este nuevo convenio resultan a la Iglesia, Su Santidad, acogiendo las repetidas instancias de Su Magestad Católica, ha acordado estender, como de hecho estiende, el benigno saneamiento contenido en el artículo 42 del Concordato a los bienes eclesiásticos enagenados; consecuencia de la referida ley de 1º de mayo de 1855». Fuente: Ramón Fernández, Tomás y Alfonso Santamaría, Juan, *Legislación administrativa española del siglo XIX*, 1ª edición, Madrid, Instituto de Estudios Administrativos, 1977, pp. 1.257-1.260.

- Reconocimiento de la capacidad de la iglesia para adquirir bienes libremente (art. 3º, párrafo 2º).
- Admisión de las desamortizaciones de bienes de la iglesia realizadas antes de 1860, a cambio de títulos de deuda pública (art. 4º)[91].
- No aplicación de ninguna norma desamortizadora a bienes adquiridos por la iglesia desde 1860 o para los bienes exceptuados de permuta por títulos de deuda pública en el concordato de 1851 y en el artículo 6º del convenio de 1860 (art. 20º). Conviene señalar que en ningún caso estos bienes exceptuados de permuta lo era por su valor histórico-artístico, sino por su valor utilitario para la iglesia.

Por otra parte, para proteger a los compradores de los bienes eclesiásticos desamortizados, legítimos propietarios por título de compraventa, hubo de arbitrarse un sistema que permitiese que su derecho de propiedad no se viese perjudicado por posibles reclamaciones por parte los eclesiásticos que alegasen un título jurídico anterior, lo que se vino a realizar por medio del artículo 34 de la Ley Hipotecaria de 8 de febrero de 1861, que creó el Registro de la Propiedad, aplicando a los inmuebles matriculados en el mismo el principio registral de «*prior tempore, potior iure*», esto es, que los títulos de propiedad inscritos en primer lugar tendrían una presunción de mejor derecho frente a reclamaciones basadas en títulos anteriores en fecha, pero no inscritos; en virtud de este principio si una vez practicado el asiento de inscripción del título de propiedad en el Registro la venta realizada por el Estado era anulada, esto no afectaba al derecho de propiedad del titular inscrito en el Registro, lo que constituía una poderosa garantía civil para los adquirentes de los bienes eclesiásticos desamortizados; esta garantía se consolidó por el artículo 307 del Reglamento de ejecución de la Ley Hipotecaria, aprobado por R.D. de 21 de junio de 1861, que extendía los efectos de los asientos practicados en el Registro de la Propiedad a los asientos de las extinguidas Contadurías de Hipotecas, cerrando así el círculo de protección para los propietarios con título inscrito[92].

---

91. Este aspecto sería desarrollado por la Ley de 7 de abril de 1861 (*Gaceta de Madrid*, 12 de abril de 1861) de muy larga vigencia.
92. Fiestas Loza, Alicia, «La protección por la Ley de 8 de febrero de 1861, de los compradores de bienes eclesiásticos desamortizados», en: *Desamortización y Hacienda Pública, Tomo II*, Madrid, Secretaría General Técnica del Ministerio

Indicar simplemente, para finalizar el análisis de las normas desamortizadoras, que esta situación de relativa tranquilidad para la pacífica posesión por la iglesia de sus bienes se mantendría durante toda la segunda mitad del siglo XIX, con algunas excepciones que se producirían en los momentos en los que los liberales más exaltados alcanzaron el poder, como en el período comprendido desde la Gloriosa hasta el final de la primera República, en las que se dictaron normas sobre la supresión de los Jesuitas, así como de conventos y monasterios, produciéndose nuevamente perjuicios al patrimonio-histórico artístico de enorme consideración[93]. Como normas principales de estas medidas tardías pueden citarse el Decreto de 15 de octubre de 1868, que volvía a impedir a las comunidades religiosas la adquisición y posesión de bienes, el Decreto de 18 de octubre de 1868, de supresión de monasterios y conventos de ambos sexos fundados desde el 19 de julio de 1857[94] y, en lo que a nosotros más nos interesa, el Decreto de 1 de enero de 1869, norma dictada en pleno período revolucionario durante el gobierno provisional de Francisco Serrano por el Ministro de Fomento, Manuel Ruiz Zorrilla, en la que la cuestión artística va ser abanderada del proceso de despojo de sus bienes a la iglesia, como ya se indica en la propia exposición de motivos, que reproducimos íntegramente por su interés:

> «*La desamortización decretada por los Gobiernos liberales en las épocas revolucionarias de nuestra historia se ha referido únicamente a la riqueza material, a los bienes temporales que, en cantidad inmensa, poseían las corporaciones, y especialmente el clero, con grave daño del fomento y desarrollo de la vida pública. La brevedad del tiempo que la libertad ha influido en el Gobierno de España no ha permitido a nuestros grandes reformadores pasar más allá en la secularización de la riqueza atesorada por el clero, por otra parte, el estado lastimoso en que siempre han dejado al país los Gobiernos reaccionarios ha sido causa de que se atendiera principal y casi exclusivamente a los medios de atajar la miseria pública y el decaimiento de las fuerzas de la nación, trayendo al mercado la riqueza inmueble, excitando el interés particular y sacando a la plaza los capitales ocultos ante la desconfianza que precede a los grandes trastornos políticos.*

---

de Agricultura Pesca y Alimentación e Instituto de Estudios Fiscales, 1986, pp. 653-667.

93. Tomás y Valiente, Francisco, *El marco político…*, pp. 111-113.
94. Mutiloa Poza, José María, *La desamortización eclesiástica en Navarra,* 1ª edición, Pamplona, Universidad de Navarra, 1972, p. 563.

La revolución de Septiembre, más radical, más grande, más poderosa que todas las anteriores, porque ha derribado el tradicional obstáculo de nuestras libertades, y pretende variar el modo de ser de esta infortunada y magnánima nación, debe mirar con la serenidad que presta la fuerza y la elevación de pensamientos que dan las más profundas convicciones, aquéllas reformas que han de preparar el renacimiento intelectual de nuestra patria. Para conseguir este gran objeto es preciso que a la desamortización territorial y la libertad de enseñanza siga inmediatamente la secularización de la riqueza científica, literaria y artística, sin la cual quedarían defraudados los generosos intentos de una revolución exigida por el progreso y reclamada en nombre de los fueros de la ciencia moderna.

La posesión nacional y el uso público de los objetos de arte y de las preciosidades de todo género que yacen hoy ocultas, cubiertas de polvo, envueltas en telarañas y comidas por el tiempo es una necesidad revolucionaria imprescindible.

Pero además de esta razón, que es todo poderosa para el Ministerio que suscribe [el Ministerio de Fomento] *hay otras muchas e incontestables que en todos tiempos han aconsejado y aconsejarán la secularización de estos objetos.*

En antiguos y derruidos monasterios, alejados de todo centro de actividad y aún de toda población, en ciudades de escaso vecindario, en las iglesias y catedrales existen en España riquezas materiales de enseñanza y estudio, obras de la inteligencia de todos los siglos, valores cuantiosos representados por los libros, los códices y los instrumentos científicos; obras de destreza y de consumada experiencia representadas por la infinita variedad de objetos labrados para las necesidades de la vida humana, alguno de los cuales protestan por su uso del sitio en que se conservan estérilmente, del mismo modo que el avaro conserva su riqueza ocultándola a toda mirada y apartándola de todo útil movimiento. Allí está expuesta a todos los peligros y contingencias del aislamiento; al fuego del cielo y al robo a mano armada; a las inundaciones y a la estafa; a la destructora obra del tiempo y del abandono, tal vez el más temible.

Estos peligros han aconsejado en todas las naciones cultas la concentración de toda la riqueza literaria y artística en los grandes centros de vida, donde además de ser útil al país existen poderosos medios de vigilancia, de conservación y de defensa, así contra los elementos como contra los hombres. Los hechos demuestran la verdad de estas palabras. En honra de nuestras bibliotecas públicas puede decirse que nunca ha faltado de ellas un libro, en tanto que los más ricos códices vendidos por arrobas en el extranjero; las causas formadas en Madrid por sustracción de libros antiguos, las riquezas bibliográficas encontradas por individuos del cuerpo de Bibliotecarios en los comercios para envolver objetos de tráfico, y otros escándalos que sólo puede referir un español con la frente cubierta de rubor, demuestran el poco aprecio en que tienen tan inestimables joyas sus descuidados guardadores.

En el Ministerio de Fomento existen expedientes en que constan estos y otros hechos escandalosos: por 1.000 reales se han salvado del fuego de una fábrica varias arrobas de riquísimos pergaminos de las Bibliotecas y Archivos eclesiásticos de Aragón; los códices que sirvieron a Cisneros para la Biblia Complutense se han empleado en hacer petardos y cohetes para una función de fuegos artificiales; un empleado en Bibliotecas rescató de una fábrica de cartones y regaló al Estado buena parte de los papeles de la Inquisición de Valencia; por un reloj de plata y una escopeta se ha canjeado en otro punto un libro, adquirido poco después por el Museo Británico en 45.000 reales; la Biblioteca Nacional ha gastado algunos miles en comprar manuscritos extraídos fraudulentamente de las Bibliotecas de las Órdenes Militares. Por último, un erudito alemán ha publicado un catálogo en que da minuciosas noticias de las arrobas de códices y documentos españoles adquiridos en el extranjero, cuya exactitud es una vergüenza para todo amante de España.

Algún espíritu apocado podría suscitar la cuestión de una propiedad negable en la mayor parte de los casos y dudosa en muy pocos; pero ¿quién duda que los archivos, los libros impresos, las vitelas y las encuadernaciones, que pueden por si solas dar a conocer una época no deben permanecer ocultos y en manos de ignorantes que se distinguen por su recelo de toda ilustración y por su confianza en toda inocencia de cultura? ¿quién duda que hay en la nación un perfecto derecho para conocer y usar de esa riqueza que está hoy escondida a toda vista humana, siendo el emblema de la avaricia atesorada, protestando contra la ilustración, y viviendo expuesta a que se abran las puertas que la guardan a la seducción del oro, en tanto que se cierran a los permisos y órdenes del Gobierno?

La prudencia humana no dudará un momento en resolver esta cuestión, ajena a toda idea religiosa, a toda jurisdicción eclesiástica, a toda práctica piadosa, puesto que debe respetarse la posesión de aquellos objetos que, aunque sean de arte, se usen en el culto.

Los documentos a que se refiere este decreto no son propiedad de ninguna persona ni corporación: son del pueblo, son de la Nación, son de todos, porque son glorias nacionales o monumentos en que debe estudiarse la historia patria y la verdad de los hechos pasados. El Ministro que suscribe [Manuel Ruiz Zorrilla] *no puede menos de censurar, como lo hará seguramente toda persona ilustrada, el criminal egoísmo de las corporaciones religiosas que han ocultado, tapiando una habitación, riquísimos códices, cuyo hallazgo se debe a las incansables investigaciones de la Academia de la Historia».*

Llama poderosamente la atención algún aspecto reflejado en la exposición de motivos de esta norma, especialmente el referido a las argumentaciones jurídicas para la justificación del despojo, que son inexistentes, pues éste se basa únicamente en negar el legítimo derecho

de propiedad, plenamente reconocido en virtud de la Ley de 4 de abril de 1860, basándose en argumentaciones de tan escaso peso jurídico como que los bienes objeto de despojo permanecían en manos de una minoría inculta que privaba de acceso a los mismos al público y que existía un derecho de carácter universal a conocer y usar de esa riqueza cultural ante el que debían ceder otros derechos, y especialmente el de propiedad, por supuesto sin previa declaración de utilidad pública de esos bienes y sin tasación y pago del justiprecio, como hubiese sido de rigor en aplicación de la normativa vigente sobre expropiación forzosa; una segunda razón argüida para justificar el despojo era la propia naturaleza de los bienes dado que constituían una gloria nacional y tenían un valor especial para el conocimiento de la historia patria; todo ello, a juicio del Ministro Ruiz Zorrilla, justificaba plenamente que la propiedad de estos bienes era pública, su pertenencia a la nación por naturaleza, sin que fuera necesario, insistimos, ningún procedimiento especial para privar de los mismos a sus propietarios. Por otro lado, para evitar los argumentos canónicos contrarios a este despojo e incluso los basados en motivos puramente religiosos, así como para evitar conflictos entre la jurisdicción civil y la eclesiástica, la exposición de motivos de esta norma establecía, poniéndose la venda antes de sufrir la herida, que quedaban expresamente exceptuados del despojo todos aquéllos bienes utilizados en el culto, incluso aunque tuviesen un elevado valor artístico.

Por todo ello en esta norma se establecía que el Estado se incautaría de todos los archivos, bibliotecas, gabinetes y colecciones de objetos de ciencia, literatura o arte que poseyeran catedrales, cabildos, monasterios y órdenes militares (art. 1º), que pasarían a considerarse bienes nacionales y sería clasificada y puesta a disposición del público en bibliotecas, archivos y museos nacionales (art. 2º), todo ello con la excepción de las bibliotecas de los seminarios, que continuarían en poder del clero, pero sin que nada se dijese en el cuerpo de la norma –como se anunciaba en la exposición de motivos– sobre la aplicación de la misma excepción a los bienes dedicados al culto que, de esta forma, podrían quedar afectados por la incautación (art. 3º)[95].

95. *Gaceta de Madrid*, 26 de enero de 1869. Decreto de 1 de enero de 1869: «…*Por estas razones, en uso de las facultades que me competen como individuo del Gobierno Provisional y Ministro de Fomento, vengo en decretar lo siguiente:*

El evidente abuso que supuso la aplicación del Decreto de 1 de enero de 1869 vino a corregirse por el Gobierno presidido por Antonio Cánovas del Castillo, pocos días después de que Alfonso XII lo hubiera confirmado, lo que prueba que esta medida era una de las principales cuestiones a reformar por nuevo gabinete ministerial[96]. En este sentido, por Real Decreto de 23 de enero de 1875 se viene a dejar sin efecto la norma de 1869, y se ordena la devolución al clero de los objetos de los que se les despojó. Las razones esgrimidas por el nuevo Gobierno para la adopción de esta medida son esencialmente de justicia, de equidad y de reparación, por cuanto se consideraba la norma derogada como inspirada por principios ajenos a la justicia, que no se concretan en la exposición de motivos de este R.D. de 23 de enero de 1875; asimismo se viene a insistir en esta exposición de motivos en los escasos efectos prácticos que la norma ahora derogada había producido, pues «*en casi todas las provincias limitose la ejecución a cerrar y sellar los Archivos, que han permanecido desde entonces faltos de la necesaria custodia, experimentando los perjuicios consiguientes, sin utilidad alguna para los que a ellos hubieran accedido durante ese período*», siendo únicamente en Toledo y Madrid, donde se habían creado con los documentos incautados el Archivo Histórico Provincial y el aumento de los fondos del Archivo Histórico Nacional, respectivamente; en conclusión, y siempre de acuerdo con la exposición de motivos de este R.D., la medida decretada en 1869 «*ha contribuido a disminuir el caudal bibliográfico y artístico de la Nación, en vez de aumentarlo*».

Si a todo ello se le sumaba que el Decreto del Ministerio de Hacienda, de 9 de enero de ese mismo año, ordenaba la devolución al clero de las propiedades exceptuadas de la permuta que se había pactado con la

---

Art. 1º El Estado, y en su nombre el Ministro de Fomento se incautará de todos los Archivos, Bibliotecas, gabinetes y demás colecciones de objetos de ciencia, arte o literatura que con cualquier nombre estén hoy a cargo de las Catedrales, Cabildos, Monasterios u Órdenes militares.
Art. 2º Esta riqueza será considerada como nacional, y puesta al servicio público, en cuanto se clasifique, en las Bibliotecas, Archivos y Museos nacionales.
Art. 3º Continuarán en poder del clero las Bibliotecas de los Seminarios.
Madrid, primero de Enero de mil ochocientos sesenta y nueve. El Ministro de Fomento. Manuel Ruiz Zorrilla».

96. *Gaceta de Madrid,* de 10 de enero de 1875. El llamado «Ministerio de la Regencia», que Cánovas formó el último día de 1874, fue confirmado por el monarca el 9 de enero de 1875.

Santa Sede en 1860[97], el argumento jurídico para sustentar la devolución al clero de los bienes incautados por el Decreto de 1 de enero de 1869 estaba servida. Sin embargo resulta muy llamativo un llamamiento contenido en el último párrafo de la exposición de motivos, pues en él se viene a solicitar a la iglesia que libremente permita que el Estado conserve y ponga a disposición de la instrucción pública los bienes con un valor histórico, artístico, científico o literario, reconociéndose expresamente la propiedad de la iglesia sobre los mismos; esta interesante súplica a los prelados eclesiásticos se argumentaba en los siguientes términos: «*…recordando que la Iglesia nunca guardó avara sus riquezas de aquel género cuando se trataba de contribuir con ellas a la pública instrucción, confía en que tampoco rehusará ahora su consentimiento a que tan preciosos objetos se ostenten debidamente ordenados y custodiados, allí donde puedan ser de mayor utilidad para el adelanto y florecimiento de las ciencias o de las artes*».

Por todo ello este R.D. de 23 de enero de 1875 venía a disponer la devolución por los Gobernadores Civiles de cada provincia, a cabildos y corporaciones religiosas de todos los objetos incautados por el Estado en

97. *Gaceta de Madrid,* de 10 de enero de 1875. Decreto de 9 de enero de 1875: «*Cuando en 1860 se concordó con la Santa Sede la permutación de los bienes del clero, sólo se exceptuaron de ella los que por su naturaleza y condiciones no podían entrar en el comercio ni satisfacer ninguna necesidad económica; quedando por consiguiente y desde entonces realizada por completo la desamortización de toda la propiedad inmueble. Con posterioridad y por diferentes autoridades se adoptaron diversas disposiciones, en cuya virtud muchos de los bienes no comprendidos en la permutación volvieron a poder del Estado, habiéndose demolido unos, destinándose a servicios públicos otros y subsistiendo los demás en poder del Estado.*
El Ministerio-Regencia desea remediar en lo posible los efectos de aquellas disposiciones, porque de no hacerlo, monumentos que a su carácter piadoso agregan el mérito histórico y artístico desaparecerán como tantos otros, en desdoro de la nación.
Por estas consideraciones ha decretado lo siguiente:
Art. 1º Los Jefes económicos, de acuerdo con los Muy Reverendos Arzobispos y Reverendos Obispos, pondrán a disposición de los mismos aquellas propiedades del clero que, exceptuadas de la permutación concordada con la Santa Sede en 1860, existan hoy en poder del Estado por consecuencia de disposiciones posteriores y no se hallen aplicados a servicios públicos.
Art. 2º Si se hubiese emprendido la demolición de algunos de los edificios de dicha procedencia, los Jefes económicos dispondrán la suspensión de los trabajos, dando cuenta al Ministerio de Hacienda. Asimismo la darán de los que se hallen destinados a servicios públicos.
Art. 3º Por el Ministerio de Hacienda se adoptarán las disposiciones convenientes para la ejecución de este Decreto.
Madrid, 9 de enero de mil ochocientos setenta y cinco. El Presidente del Ministerio-Regencia, Antonio Cánovas del Castillo».

ejecución del Decreto de 1 de enero de 1869, y que básicamente consistían en archivos, bibliotecas, gabinetes y demás objetos de ciencia, arte o literatura (art. 1º); el Gobernador Civil no debía realizar directamente la devolución, sino previa delegación en miembros del cuerpo de Archiveros-Bibliotecarios, previa valoración de los inventarios que existiesen; por su parte los encargados de recibir estos bienes debían ser personas delegadas por el prelado o corporación eclesiástica correspondiente, debiéndose levantar acta de la devolución, que se remitiría al Gobierno (art. 2º); el Gobernador, previo aviso por sus delegados del especial valor histórico, artístico, científico o literario de algún objeto, podría solicitar al prelado o corporación a quien perteneciera el permiso para permanecer en posesión del Estado y su ubicación en el lugar más adecuado, permiso que podría ser libremente concedido por su propietario (art. 3º); en cuanto a los archivos de las desaparecidas órdenes militares, se conservarían en su actual emplazamiento, hasta que se determinase la autoridad o corporación a quien habría de entregarse, previo acuerdo con la Santa Sede (art. 4º); finalmente se establecía un procedimiento de resolución de controversias, pues éstas se solventarían por el Gobierno, previo informe de Instrucción Pública (art. 5º)[98].

98. *Gaceta de Madrid*, 25 de enero de 1875. Decreto de 23 de enero de 1875: «…*El Rey, y en su nombre el Ministerio-Regencia del Reino, ha acordado lo siguiente:*
Art. 1º Los Gobernadores Civiles de las provincias devolverán a los Cabildos y Corporaciones religiosas a quienes pertenecían, los Archivos, Bibliotecas, gabinetes y demás objetos de Ciencia, Arte o Literatura de que el estado se hubiere incautado en virtud del Decreto de 1º de enero de 1869.
Art. 2º Para esta devolución delegará el Gobernador, siempre que sea posible, a uno o más individuos del Cuerpo de Archiveros-Bibliotecarios, los cuales, con presencia de los catálogos, índice o relaciones que existieren, harán la entrega a la persona delegada por el Prelado o corporación a quien corresponda hacerla, y levantará un acta de ella que se remitirá al Gobierno.
Art. 3º Si entre los objetos que deban ser devueltos hubiere alguno de carácter profano y de tan señalado interés histórico, literario o artístico que importe mucho su conservación en los Museos, Archivos o Bibliotecas, el Gobernador dará cuenta al Gobierno a fin de que, si lo juzga conveniente, solicite del Prelado o de la corporación a quien dicho objeto pertenezca el consentimiento o el acuerdo necesarios para colocarlo en el lugar en que pueda ser más útil.
Art. 4º Los Archivos de las Órdenes militares permanecerán en el lugar en que hoy se encuentran hasta que, reorganizada la jurisdicción maestral de acuerdo con la Santa Sede, se determine la Autoridad o corporación a cuyo cargo han de ponerse.
Art. 5º Las incidencias que promueva la ejecución de este decreto se resolverán por el Gobierno, oyendo a la Dirección de Instrucción Pública.

Los efectos de las desamortizaciones en el patrimonio artístico, especialmente en el religioso, fueron enormes[99]. En este sentido hacemos nuestras las palabras del historiador de la economía, Francisco Simón Segura, cuando afirma que «*el clero regular, tan rico propietario de un inapreciable tesoro artístico, abandonaría los conventos y sus riquezas y, en consecuencia, desde un punto de vista artístico, los destrozos que causó la desamortización fueron enormes: ruina y demolición de muchos edificios de valiosos estilo arquitectónico, pérdida y destrucción de numerosas obras artísticas –retablos, cuadros, esculturas, tallas, etc.–, abandonos, destrozos, ventas de innumerables fondos de los ricos archivos y bibliotecas… Los edificios del clero secular, al no tener que abandonar sus moradores las residencias y al permanecer las iglesias abiertas al culto, prácticamente no se vieron afectados en relación a los del clero regular, aunque su ornato y mejora sufrieron las consecuencias de la notable pérdida de ingresos*»[100]. Una característica especial de este proceso es, en lo que concierne al arte mueble y sobre todo a la pintura, que bue-

Dado en Madrid a veintitrés de enero de mil ochocientos setenta y cinco. El Presidente del Ministerio-Regencia, Antonio Cánovas del Castillo. El Ministro de Estado, interino de Fomento, Alejandro de Castro».

99. El tema ha sido estudiado en numerosas ocasiones con carácter local; podemos indicar algunas referencias sobre los efectos de los distintos procesos desamortizadores en el patrimonio artístico de diversas provincias: Sánchez García, Jesús Ángel, «Una década trágica para el patrimonio gallego. De la desamortización a las Comisiones de Monumentos (1835-1844)», *Quintana*, nº 3, 2004, pp. 123-151; Lana Berasain, José Miguel, «La desamortización foral (1834-1861)», *Iura Vasconiae*, nº 1, 2004, pp. 437-452; Rodríguez Domingo, José Manuel, «El patrimonio mueble de los conventos suprimidos por la desamortización de Mendizábal en Guadix (1835-1838)», *Cuadernos de Arte de la Universidad de Granada*, nº 26, 1995, pp. 423-437; Delicado Martínez, Francisco Javier y Alejos Andreu, Mónica, «La cartuja de Valldecrist tras las desamortizaciones del siglo XIX. La dispersión y pérdida de su legado artístico y cultural, y la destrucción de su patrimonio arquitectónico», *Archivo de Arte Valenciano*, nº 84, 2003, pp. 97-115; Martínez Carretero, Ismael, «Expolio del patrimonio artístico y cultural de la Iglesia en España», en: *La desamortización: el expolio del patrimonio artístico y cultural de la Iglesia en España*, Sevilla, Actas del Simposio, pp. 139-166; Vallejo Bozal, Javier, «Las consecuencias de la desamortización de 1820 en la conservación del patrimonio histórico. El caso zamorano», *Anuario del Instituto de Estudios Zamoranos Florián de Ocampo*, nº 19, 2002, pp. 353-361 o Martín Martín, Teodoro, «El expolio del monasterio de Yuste (Cáceres)», en: *La desamortización: el expolio del patrimonio artístico y cultural de la Iglesia en España*, Sevilla, actas del simposio, pp. 681-698.

100. Simón Segura, Francisco, *La desamortización española en el siglo XIX*, 1ª edición, Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, 1973, pp. 274-275.

na parte de las pérdidas se producían por movimientos especulativos que pretendían la salida de dichas obras al extranjero, especialmente a Francia e Inglaterra; en este sentido no podemos ignorar el alto valor de las pinturas de Murillo o que en el año 1838 se inaugurara la galería española del Museo del Louvre, nada menos que con cuatrocientos cincuenta y tres cuadros de pintores españoles[101]. En lo que respecta al arte inmueble, a la arquitectura, pese a las medidas que hemos indicado en las páginas anteriores (creación de las comisiones científicas y artísticas, normas varias sobre el destino de servicio público de los conventos que los librasen de la piqueta o de mantenimiento de los mismos por su valor histórico-artístico) el hecho cierto es que el derribo de los edificios de los religiosos fue constante durante todo el siglo, normalmente por motivos puramente especulativos y en otras ocasiones por cuestiones de carácter urbanístico; en este sentido José María Antequera hace una espectacular relación de los conventos destruidos por la acción de la piqueta a lo largo y ancho de la geografía nacional, que cifra en más de seiscientos cincuenta, lo que pone de manifiesto el enorme daño al patrimonio artístico inmueble sufrido como consecuencia de la ejecución de las medidas desamortizadoras decimonónicas[102].

IV. LA PROTECCIÓN DEL ARTE INMUEBLE

Por otro lado, va a continuar el papel de la RABASF en materia de protección arquitectónica, algo de gran trascendencia cuando estamos en el siglo en el que, además de las funestas consecuencias de las desamortizaciones sobre los edificios conventuales, se va a imponer un nuevo urbanismo que va tratar de ensanchar las ciudades a costa de sus murallas y a dar una nueva configuración a sus centros histori-

101. Martí Gilabert, Francisco, *La desamortización…*, pp. 104-109. El autor reproduce en estas páginas una cita formulada por Menéndez Pelayo en «Heterodoxos», sobre las Cortes de 1837: «*enajenación de lo poco que quedaba de los bienes de los conventos: alhajas, ornamentos, preseas, libros, cuadros y hasta las campanas. Una horda de bárbaros penetrando en una ciudad sitiada no hubieran hecho en menos tiempo mayor estrago ¡Gran día para esos bibliófilos y arqueólogos cosmopolitas, capaces de vender al extranjero hasta las tapas de los libros de coro, y hasta los clavos de las puertas de las iglesias de su patria!… uno no puede menos de recordar involuntariamente a aquellos indios de la conquista, que trocaban sus perlas y su oro por cortezuelas de vidrio*», p. 108.

102. Antequera, José María*, op. cit.*, pp. 437-454.

cos, en la que la acción de la piqueta será esencial para crear espacios en los que trazar las nuevas calles.

En cualquier caso la primera norma que vamos a encontrarnos en esta centuria sobre protección arquitectónica va a incidir en una importante dialéctica que tendrá lugar durante los años siguiente: la diferenciación técnica entre arquitectos y maestros de obras, establecida por Real Provisión del Consejo por la cual se manda guardar las Reales Órdenes dictadas el siglo XVIII sobre el particular, y especialmente la de 23 de noviembre de 1777, sobre consulta previa a la RABASF ante la intención de acometer obras públicas, que sería reiterada por R.O. de 29 de diciembre de 1798, que fue debidamente comunicada a los municipios mediante circular; 11 de octubre de 1779, sobre que no se admitiesen recursos en los pueblos que solicitasen caudales para realización de obras públicas si los planos y dibujos de dicha obra no hubieran sido aprobados por la RABASF; 28 de febrero de 1787 sobre concesión de títulos de arquitecto únicamente por la RABASF, o las normas sobre medición, tasación y dirección de fábricas únicamente por arquitectos aprobados por la RABASF y la Academia de San Carlos. En virtud de esta Real Provisión se declaran nulos y sin efecto todos los títulos de arquitecto y maestros de obras o incluso de albañilería concedidos por prelados, cabildos, ayuntamientos y gremios, advirtiendo a quienes estuvieran en posesión de los mismos, que habían de consignarlos en el lugar donde lo hubieran obtenido, debiendo los jueces, magistrados o prelados del lugar en que se hubiesen consignado dichos títulos dar parte al Consejo, «*para cortar de raíz este abuso en los muchos pueblos de estos nuestros Reynos que están incurriendo en él*», reiterando que siempre que en los pueblos del reino se pretendiese realizar alguna obra pública debería obtenerse obligatoriamente la aprobación de los planos de la misma por la RABASF, mediante certificación puesta al pie del propio documento y sin que se pudiese aprobar por tribunal alguno los planos de los proyectos que no cumpliesen este requisito[103].

Obviamente esta medida había de ir acompañada del establecimiento de los requisitos que habían de concurrir en los arquitectos titulados por la RABASF, por lo que la propia Academia propuso al monarca las pruebas de delineación y el examen que sus titulados habrían de supe-

103. AHN. Fondos Contemporáneos. Ministerio de Hacienda, Lib. 6103, nº 7. También en Novísima Recopilación: VIII.XXII.VIII.

rar para la obtención de tal título, que fueron aprobadas por R.O. de 29 de julio de 1801. En dichas pruebas los candidatos que las realizasen debían dibujar los planos de un edificio de su invención, con las plantas, fachadas y cortes del mismos, al que debían añadir los costes detallados de su construcción, teniendo para ello en cuenta el lugar proyectado para levantarlo, así como el método de construcción; estos planos serían revisados por la Junta ordinaria de la RABASF que, de aprobarlos, se lo indicaría al candidato para que realizase una prueba «de repente», a la que debía acompañar un certificado de haber asistido a alguna obra bajo la dirección de un arquitecto titulado; la prueba «de repente» se realizaría en un día entero, desde las siete de la mañana hasta las diez de la noche, sin salir de la Academia, y en ella el candidato debía «*dejar asegurados los perfiles, y manchados general mente los esbatimientos o sombras de tinta china en fachada y corte*». Posteriormente la Junta, con presencia del candidato, observaría ambas pruebas y determinaría su idoneidad para la obtención del título de arquitecto[104].

En cualquier caso, pese a estas disposiciones, es evidente que continuaron realizándose obras arquitectónicas no aprobadas previamente por la RABASF, pues por R.O. de 11 de enero de 1808, sancionada el 29 de ese mismo mes, se reiteró que debían presentarse en la RABASF o en las demás Academias artísticas del reino las obras públicas de arquitectura. Tal vez lo más señalado de esta norma es que esta medida, por vez primera, se amplió a los diseños o modelos de pinturas o esculturas que se tratasen de construir o colocar de nuevo en dichas obras, es decir, a los aspectos decorativos u ornamentales de las mismas[105]. Estas medidas, ante la falta de cumplimiento, fueron reiteradas por R.O. de 3 de agosto de 1814; R.Céd. de 2 de octubre de 1814 y Circular de 30 de marzo de 1816.

Años después, ante la avalancha de quejas y reclamaciones de las Academias de San Carlos de Valencia y de San Luis de Zaragoza, por la inexistencia de un título de maestros de obras que completase la actividad del arquitecto, la RABASF pidió al monarca el restablecimiento de este oficio, que se dedicaría no a la obra pública, sino a la restauración o edificación de edificios de particulares, lo que se aprobó por R.O. de

104. Fuente: Colección de Reales Órdenes comunicadas a la Real Academia de San Carlos desde el año 1770 hasta el de 1828, Valencia, Imprenta de Benito Monfort, 1828, pp. 78-81.
105. AHN. Fondos Contemporáneos. Ministerio de Hacienda, Lib. 4822, nº 1750.

11 de octubre de 1817, en la que se contenía, asimismo, el examen que debían superar quienes aspirasen a este título que, por supuesto, tenía que ser concedido por una de las Academias de arte oficiales y nunca por ninguna otra institución distinta[106]. En dicho ejercicio no se exigiría al candidato la superación de pruebas en las que demostrase un talento artístico especial, pero sí se le obligaría a demostrar que conocía los principios científicos y técnicos de la arquitectura; el pretendiente al título debía acreditar sus estudios técnicos, así como el haber realizado prácticas durante dos años al lado de un arquitecto titulado por la Academia o, si era imposible por la escasez de éstos en las provincias, el haber realizado obras de segundo orden y, cumplidos estos requisitos, se le examinaría mediante la presentación a la Academia correspondiente de unos planos de un edificio civil de su invención, con el diseño de la planta, fachadas y cortes, «*manchados con exactitud los esbatimientos*» y al que acompañaría el informe facultativo y el cálculo detallado de su coste, de acuerdo con el emplazamiento en que dicho edificio se ubicaría. Aprobados estos planos por la Junta de la Academia, se le convocaría para una prueba «de repente», que sería igual a la prevista para los arquitectos por la citada R.O. de 29 de julio de 1801, pero cuyo contenido se centraría en verificar los conocimientos del candidato en aritmética, geometría elemental y práctica y restantes principios fundamentales de la profesión, así como en la medida y tasación de edificios. En cuanto a las facultades conferidas por la obtención de este título, serían las siguientes:

- Medir, tasar, proyectar y dirigir toda clase de edificios comunes y particulares en lo civil y en lo hidráulico, en todo el reino. Tenía, sin embargo, expresamente prohibida la realización de estas actividades en los edificios y obras públicas, iglesias, templos, parroquias o comunidades religiosas, salvo que actuase como segundo director de las mismas, pues las obras y edificaciones de las mismas estaba reservada a los arquitectos.
- En las ciudades y villas pequeñas, en el supuesto de carecieran de Maestro Mayor, por la escasez de arquitectos titulados, se habilitaba

106. Fuente: *Colección de Reales Órdenes comunicadas a la Real Academia de San Carlos desde el año 1770 hasta el de 1828*, Valencia, Imprenta de Benito Monfort, 1828, pp. 97-102.

a los maestros de obras para el ejercicio de este cargo, siempre previo conocimiento e informe favorable de la Academia.

- Si el maestro de obras ocupaba ese cargo de Maestro Mayor de una villa o pequeña ciudad, podría realizar las obras públicas de territorio municipal, pero no fuera de dichos límites. Por otro lado, si la obra pública fuera de nueva planta y de importancia, debería obtener previamente el visto bueno del Maestro Mayor de la capital de provincia y del intendente.

La siguiente norma relacionada con la protección arquitectónica la encontramos en la Real Cédula de 11 de abril de 1828, que restablecía las reglas que habían de regir en el reino para el ejercicio de las bellas artes y el nombramiento de arquitectos. Hemos hablado del sistemático incumplimiento de la R.O. de 11 de enero de 1808, que establecía no sólo que las obras públicas debían realizarse por arquitectos titulados por la RABASF, sino que los aspectos ornamentales de las mismas también debían ser previamente autorizados por ésta; pues bien, la RABASF comunicó al monarca el 5 de noviembre de 1826 que esto no se estaba realizando y que, incluso, las obras realizadas en los pueblos y ciudades de las provincias seguían sin hacerse por arquitecto o maestro de obras titulado, pues hasta esa fecha sólo una ciudad había provisto el destino de maestro mayor de su ayuntamiento y que la práctica habitual de los ayuntamientos era simplemente ejecutar las obras por medio de meros prácticos, sin titulación oficial. Ello llevó a la promulgación de esta R. Céd. en la que se venían a refundir las norma anteriores sobre la cuestión, en los siguientes términos[107]:

- Los únicos facultados para la realización de obras públicas eran los arquitectos y maestros de obras titulados por las Academias de arte; los restantes títulos carecían de validez, y debían ser consignados por sus propietarios (art. 1º).
- Que la concesión de estos títulos debía estar limitada a las Reales Academias, que debían realizar los exámenes correspondientes según lo dispuestos en las normas al efecto, que han sido analizadas anteriormente (art. 2º).

107. *Gaceta de Madrid*, 3 de junio de 1828.

- Que los cargos de Maestros Mayores de las capitales de provincia y de los cabildos debían ser ocupados por académicos de mérito de las Academias de arte, debiendo comunicarse a las mismas las vacantes que hubiera, para que ellas cubriesen la plaza con la persona conveniente (art. 3º). Al efecto, estos organismos debían comunicar de forma inmediata a dichas Academias quiénes desempeñaban ese cargo en la actualidad, así como su graduación y procedencia de su título, a fin de poder anular los títulos que no cumpliesen con el requisito de la oficialidad (art. 4º).
- Que se mantenía en vigor expresamente la R.O. circular de 25 de noviembre de 1777, sobre autorización previa por la RABASF de las obras a acometerse en edificios religiosos (art. 5º).
- Que la Academia debía aprobar cualquier ornamento destinado a las obras públicas y templos, así como de cualquier imagen que hubiera de grabarse de efigies sagradas, del monarca o de cualquier otro miembro de su familia (art. 6º).
- Y, finalmente, una agradable novedad en lo que a estas normas se refiere, que mejora claramente su calidad técnica, pues se establecen medidas sancionadoras de carácter pecuniario para los contraventores de la norma que, sin fijarse económicamente en ella su cuantía, sería establecida por la RABASF y ejecutada por los Alcaldes la Real Casa y Corte, los tenientes de corregidor y demás autoridades del reino que al efecto requiriese, mediante exhorto, el Vice-Protector de la Academia; el importe de estas sanciones lo recibiría íntegramente la propia RABASF (art. 7º).

Trasladándonos en el tiempo unos años, llegamos a los dramáticos años de las desamortizaciones de la década de los treinta de este siglo. Hemos ya analizado el Decreto de 25 de enero de 1836, sobre aplicación y destino útil de los conventos y monasterios de Madrid, norma que se ampliaría al resto del país por la también analizada R.O. de 2 de abril de 1844, que requería a los jefes políticos de las provincias un listado de los edificios, monumentos y objetos artísticos que por su belleza, antigüedad, origen, destino o los recuerdos históricos que ofrecieran, merecieran ser conservados. El incumplimiento de esta norma por los responsables políticos de las provincias provocó que se creasen las Co-

misiones de Monumentos para la defensa del patrimonio inmueble, por R.O. de 13 de junio de 1844.

Por otro lado en este dramático período se produjo alguna ingeniosa forma de salvar el patrimonio inmueble desamortizado, en la que la iniciativa fue privada y basada en la voluntad popular de conservar a toda costa sus tesoros patrimoniales, como fue en el caso de Alcalá de Henares en el momento de la venta de los edificios de la manzana universitaria que, adquiridos inicialmente por el conde de Quinto[108], fueron objeto de recuperación por una Sociedad de Condueños, formada por vecinos de la ciudad alcalaína que se propusieron recuperar esos inmuebles del conde de Quinto para asegurar así su conservación, pues en el tiempo que éste fue propietario de los bienes su conservación fue lamentable y las pérdidas patrimoniales cuantiosas; esta Sociedad de Condueños, de forma altruista y sin ningún ánimo de lucro, adquirió los bienes el 12 de diciembre de 1850. Lo más destacable es que en esta iniciativa participaron numerosos vecinos de Alcalá, como indica Llull Peñalba: «*entre los compradores hubo gentes de todo tipo: excatedráticos realistas de la extinguida Universidad, burgueses liberales, concejales del ayuntamiento, abogados, terratenientes, labradores, comerciantes, carpinteros, albañiles, artesanos, presbíteros y hasta hombres de campo analfabetos que firmaron el documento fundacional con una simple marca*», siempre actuando bajo el principio de que las suscripciones de compra estuviesen muy repartidas y no concentradas en una o varias personas, de forma que pudiesen actuar como dueños mayoritarios del inmueble; de esta forma podría

108. Según se indicaba en la escritura de compraventa otorgada 14 de abril de 1847 por Joaquín Cortés, un socio del infame conde Quinto, del que hablaremos más adelante, que adquirían esta manzana universitaria con la intención de dividir los edificios y destinarlos a viviendas en alquiler, ésta ocupaba: «*el edificio que fue Universidad en la Ciudad de Alcalá de henares, el contiguo Colegio denominado de San pedro y San Pablo, con el trozo de edificio que media entre la Universidad y la Capilla de la misma, el Corral o sea patio llamado de continuos, el Colegio de la Concepción, la Cárcel de Estudiantes y las casas que hacen frente a la Plaza Mayor hasta el arco de la Universidad y capilla de la misma, que todo forma la manzana comprendida entre la plaza de San Diego, Plaza Mayor, Callejón de Santa María, Calle de Roma, Callejón de San pedro y San Pablo de dicha ciudad*». Llull Peñalba, Josué, *La destrucción del patrimonio arquitectónico de Alcalá de Henares (1808-1939)*, 1ª edición, Alcalá de Henares, Universidad de Alcalá, 2006, p. 78.

actuarse para evitar futuras enajenaciones y efectuar una efectiva conservación de los inmuebles[109].

Pero volviendo a los aspectos normativos de la protección arquitectónica durante este siglo XIX, volvemos a encontrarnos con normas que vienen a exigir el previo control de organismos externos a las obras de remodelación de inmuebles públicos; si antes había sido la RABASF quien asumía directamente esta competencia ahora serían las Comisiones de Monumentos quienes ostentarían el poder de dictaminar sobre la calidad de dichas obras, como se establecía en la R.O. de 4 de mayo de 1850 que establecía que «*antes de demoler, revocar o hacer obras en los edificios públicos, se consulte en cada caso a la Comisión de Monumentos Históricos y Artísticos, a fin de que ésta manifieste su dictamen, oyendo previamente a la Academia de Bellas Artes de esa provincia o, en su defecto, a la Real de San Fernando*». Debe observarse que esta norma no afectaba a las obras de nueva planta, por lo que ha de entenderse que continuaban vigente para ellas las competencias de que hasta entonces había disfrutado la RABASF; el hecho cierto es que esta técnica legislativa inducía claramente a confusión, al no derogarse expresamente las disposiciones anteriores máxime, como en este caso, cuando determinadas competencias establecidas por una normativa anterior no se incluían en la nueva norma[110].

Enlazadas con esta norma encontramos las Reales Órdenes de 14 de septiembre y 10 de octubre de ese mismo año 1850, en las que se establecía que en los edificios públicos de reconocido mérito artístico que se cediesen a corporaciones o particulares no podían realizarse variaciones en su planta ni en su ornamentación (art. 1º), debiendo obtenerse previamente el informe favorable de la Comisión Central de Monumentos en el supuesto de que hubieran de realizarse obras en su interior (art. 2º), en cualquier caso, estas obras nunca podrían consistir en el derribo de elementos arquitectónicos como claustros, portadas, galerías y elementos ornamentales de conocido mérito artístico (art. 3º) y, además, nunca podrían modificarse las formas del edificio ni alterar en lo más mínimo sus fachadas (art. 4º) que, en el supuesto de precisar una restauración, debía realizarse respetando «*el pensamiento primitivo, acomodando las renovaciones al carácter de la fábrica y procurando que las partes antiguas*

109. Llull Peñalba, Josué, *La destrucción…*, pp. 76-83.
110. Fuente: *Legislación sobre el tesoro…*, pp. 56-57.

y las modernas se asemejen y parezcan de una misma época» (art. 5º), todo los cual quedaba bajo la escrupulosa vigilancia de los gobernadores de las provincias, que debía controlar e inspeccionar dichas obras, auxiliado por un arquitecto, teniendo la facultad de suspender las mismas ante el incumplimiento de estas disposiciones debiendo, en tal caso, formar el correspondiente sumario, que habría de remitir urgentemente al Gobierno (art. 7º)[111].

Por otro lado, se iban a extender a los particulares los efectos de la comentada R.O. de 11 de enero de 1808 sobre la necesidad de obtener la previa autorización de la RABASF a la hora de realizar obras o construcciones públicas, así como para sus aspectos decorativos u ornamentales. Esta extensión a los particulares no se refería a las obras interiores en sus propiedades, que eran libres de realizarlas a su criterio, sino en lo que se refería a las de las fachadas, capillas, y demás espacios abiertos al público «*en los cuales los abusos contra las reglas del buen gusto redundan, más que en perjuicio de sus autores, en descrédito de la nación que los consiente*»[112]. Produce una cierta inseguridad esta norma, pues manifiesta expresamente la vigencia de la R.O. de 11 de enero de 1808, que parece incompatible con lo dispuesto en la comentada R.O. de 4 de mayo de 1850, pues en ambas se establecen unos mismos supuesto de hecho para los que debe pedirse autorización a organismo diferentes, lo que claramente produce una inseguridad jurídica a la corporación que pretendiese realizar una obra pública en su territorio.

Volviendo a la espinosa cuestión de las obras en las diferentes ciudades y villas de las provincias, algunas diputaciones provinciales plantearon al Gobierno la necesidad de disponer de fondos para crear la plaza de un Arquitecto titular que estudiase y dirigiese las obras que se acometían en los diferentes municipios de su demarcación, evitándose así la práctica de los ayuntamientos de encomendar dichas obras a meros maestros prácticos «*que sin el conjunto de conocimientos que forman la carrera del Arquitecto, no pueden llenar en sus trabajos las condiciones que se requieren y que por otra parte reclama la altura a que se encuentra el arte en España*» o que, aunque obtengan el visto bueno de la Academia para realizar sus proyectos, al ejecutarlos «*con-*

111. Fuente: *Legislación sobre el tesoro…*, pp. 57-58.
112. *Gaceta de Madrid*, 6 de octubre de 1850.

servan las obras el marcado sello de la impericia de sus autores, mui capaces tal vez de su material egecución bajo una dirección mas ilustrada»[113]. Ante este planteamiento se dictó la R.O. Circular de 5 de noviembre de 1852, por la que se pide a los Gobernadores civiles de las provincias que, previa consulta a la Diputación contestasen el siguiente cuestionario: «*1º si sería conveniente la creación de una plaza de Arquitecto de la provincia, provista por oposición; 2º Cuales deberían ser en este caso los deberes y atribuciones, tanto en lo relativo a los proyectos y ejecución de las obras provinciales, como en las municipales; 3º y finalmente, que dotación seria proporcionada, para retribuir su servicio, teniendo presente los gastos que le ocasionarían los viages por la provincia*»[114].

Otra cuestión que quedaba pendiente de clarificar era la de las competencias de los maestros de obras, especialmente en lo que se refería a su actividad cuando actuase en municipios donde no estu-

113. Un ejemplo de estas prácticas lo encontramos en la R.O. de 27 de diciembre de 1853: «*Ministerio de Fomento – Escuelas Especiales – Excelentísimo Señor – Al Gobernador de la Provincia de Barcelona digo con esta fecha lo siguiente: – "Excelentísimo Señor – He dado cuenta a la Reina (que Dios guarde) de una comunicación de la Academia de Bellas Artes de esa Capital, en la que se traslada el dictamen emitido por una Comisión de la misma, relativo a las infracciones cometidas en la construcción de la Torre Campanario de Calafell. En su vista y apareciendo patentemente de dicho informe, que el Ayuntamiento de aquel pueblo ha contravenido a las Reales disposiciones vigentes se ha servido Su Majestad resolver que Vuestra Excelencia imponga al mismo y al albañil constructor las penas a que se han hecho acreedores, teniendo en cuenta el dictamen de la Academia, de cuya Corporación podía Vuestra Excelencia enterarse muy detenidamente acerca de la seguridad que ofrece la espresada Torre. Al propio tiempo ha tenido a bien disponer haga presente a Vuestra Excelencia, como de su Real Orden lo ejecuto, la necesidad y conveniencia de que en la Provincia de su mando haya un especial cuidado y vigilancia en que se lleve a efecto el cumplimiento de las Reales órdenes vigentes sobre construcciones, no permitiendo que se repitan en lo sucesivo casos tan punibles como el presente, reencargando para lograrlo a los Ayuntamientos de los pueblos que se abstengan de confiar la dirección de cualquier obra a otras personas que a los Profesores autorizados por la ley, los cuales a su vez no podrán emprender edificación alguna antes de haber obtenido de la Academia provincial de Barcelona, la aprobación de los planos de la obra que se intenta ejecutar, según esta terminantemente prevenido". – De orden de Su Majestad lo traslado a Vuestra Excelencia para su conocimiento y efectos consiguientes. Dios guarde a Vuestra Excelencia muchos años. Madrid 27 de Diciembre de 1853 – Esteban Collantes – Señor Presidente de la Academia de Bellas Artes de San Fernando – Es copia – El Secretario Genera. Marcial Antonio López (rúbrica)*». A-RABASF. Leg 1-19-29.

114. A-RABASF. Leg 1-19-29.

viese cubierto por arquitecto el cargo de Maestro Mayor. Al respecto, y previo informe de la RABASF, se dictó la R.O. circular de 31 de diciembre de 1853, en la que se establecía que podían proyectar y dirigir, por sí solos, edificios particulares en los pueblos que no llegasen a 2.000 vecinos, así como en todos los demás en los que no hubiese arquitecto, siempre que estuviesen domiciliados en dicha localidad; en caso contrario no debían encargarse de obra alguna, salvo bajo los planos y dirección de un arquitecto, a excepción de que éste no pudiera trasladarse al lugar de la construcción, en cuyo caso podría llevarla a cabo el maestro de obras[115]. Evidentemente estaba gestado un problema de competencias entre los arquitectos y los maestros de obras, a cuyo efecto se iba crea una comisión que deslindase las atribuciones de unos y otros, por R.O. de 14 de septiembre de 1855, que trataría de dar respuesta a las quejas de los arquitectos por el intrusismo tanto de los maestros de obras como, incluso de los ingenieros; el fruto de los trabajos de esta comisión sería la creación del cargo de Arquitecto Provincial en el año 1858[116].

Efectivamente, el R.D. de 1 de diciembre de 1858 va a crear y establecer las funciones de este cuerpo de arquitectos provinciales[117]; como se indica en la exposición de motivos de esta norma, era tiempo ya de crear esta figura, pues «*dotadas algunas provincias y municipios*

115. A-RABASF. Leg 1-19-29. R.O. de 31 de diciembre de 1853: «*Ministerio de Fomento – Bellas Artes. He dado cuenta a la Reina (que Dios guarde) de una comunicación de la Academia de Bellas Artes de Barcelona, consultando varias dudas sobre la verdadera inteligencia de la Real orden de 28 de setiembre de 1845, en lo relativo a las facultades de los maestros de obras modernos. Enterada Su Majestad de los antecedentes de este asunto, se ha servido resolver, oído el dictamen de la Real Academia de San Fernando, que los maestros de obras pueden proyectar y dirigir por si solos edificios particulares en los pueblos que no lleguen a 2.000 vecinos, y en los demás en que no hubiere arquitecto, siempre que tuviesen en ellos su domicilio; sujetándose de lo contrario a lo prevenido en el artículo primero de la precitada Real orden, y no debiendo por tanto encargarse de obra alguna sino bajo los planos y dirección de un arquitecto, sobre todo si le hubiere titular de la localidad a de la provincia, a menos que no fuese fácil la traslación de este al punto de la construcción, en cuyo caso podrán aquellos llevarla a cabo no obstante lo prevenido.*
De Real orden lo digo a V. para su inteligencia y efectos correspondientes. Dios guarde a V. Muchos años. Madrid 31 de Diciembre de 1853 – Esteban Collantes – Señor Gobernador de la provincia de…».
116. Ordieres Díez, Isabel, *Historia de la restauración…*, p. 42.
117. A-RABASF. Leg 1-19-29.

de Arquitectos titulares, costeados por sus respectivos presupuestos, están ya atendidas en su territorio aquellas necesidades, pero de una manera incompleta por falta de la organización conveniente y de instrucciones que fijen las verdaderas relaciones que deben existir entre la autoridad y los arquitectos, si los importantes servicios de estos han de utilizarse, cual conviene, en favor de las obras públicas y cual corresponde a los sacrificios que su institución impone a los pueblos; al paso que otras muchas provincias y municipios, que sienten las mismas necesidades, careciendo de profesores titulares de quien valerse, a tienen que sufragar en ocasiones dados los gastos consiguientes al empleo de Arquitectos que ejercen con independencia su profesión, y cuyos honorarios en comisiones aisladas resultan siempre costosos[118], *o tienen que valerse de Ingenieros del cuerpo de Caminos y Canales y aun del de Minas, distrayéndoles de los importantes trabajos de su natural competencia*». En este R.D. se establecía el cargo de arquitecto provincial, disponiéndose que habría uno por provincia, así como que tendría las siguientes competencias[119]:

118. A-RABASF. Leg. 1-19-29, doc. de 31 de mayo de 1858: existe en este mismo legajo una R.O de 31 de mayo de 1858 ordenando la publicación de la tarifa de honorarios de los arquitectos, que ya había sido aprobada previamente por R.O. de 24 de marzo de 1854. La razón de que se haga pública esta tarifa es la dificultad que encontraban los arquitectos para el cobro íntegro de sus honorarios al incumplirse sistemáticamente la citada R.O. de 1854 «*rebajándose arbitraria y discrecionalmente las cuentas que presentan* [los arquitectos], *y lastimando con ello a la vez los intereses y el decoro de tan honrosa profesión, cuyos servicios artístico-científicos nunca pueden apreciarse por el tiempo que invierten*».

119. R.D. de 1 de diciembre de 1858: «*Tomando en consideración las razones que Me ha expuesto el Ministro de la Gobernación, de acuerdo con el Consejo de Ministros, Vengo en decretar lo siguiente:*
Art. 1º Habrá en cada provincia un Arquitecto con el cual deberá asesorarse el Gobernador siempre que haya de tomar disposiciones acerca de la construcción de edificios del Estado, de la provincia y de los Ayuntamientos, así como en todos los asuntos de policía urbana.
Art. 2º Estos Arquitectos dirigirán también todas las obras de su competencia que les encarguen los Gobernadores de las provincias, cualquiera que sea su naturaleza.
Art. 3º Donde no baste el Arquitecto de la provincia para ocurrir a todas las atenciones del servicio deberán los Gobernadores proponer a las Diputaciones provinciales la creación del número de plazas de Arquitectos de distrito que sean necesarios.
Art. 4º Corresponde a los Arquitectos de provincia, y en su caso a los de distrito: primero, hacer los planos, proyectos, presupuestos y pliegos de condiciones de las obras del Estado, provinciales y municipales; levantar y rectificar los planos de las poblaciones, y ejecutar las tasaciones, reconocimientos y demás trabajos facultativos que les encarguen los Gobernadores; segundo, evacuar los informes que estas

- Dictar disposiciones en la construcción de edificios públicos dentro de su territorio (art. 1º).
- Dirigir cualquier clase de obras arquitectónicas dentro de su provincia, por encargo del gobernador (art. 2º).
- Hacer los planos, proyectos, presupuestos y pliegos de condiciones de las obras del Estado, provinciales y municipales; levantar y rectificar los planos de las poblaciones, y ejecutar las tasaciones, reconocimientos y demás trabajos facultativos que les encarguen los Gobernadores (art. 4º).
- Evacuar los informes que estas Autoridades les pidan en lo relativo a su actividad profesional (art. 4º).
- Vigilar por la observancia de las reglas que se refieren a su profesión, proponiendo a los Gobernadores lo que en este sentido estimen, y especialmente las mejoras que crean convenientes respecto a los edificios públicos y a la salubridad, recreo y ornato de las poblaciones (art. 4º).

En cuanto la estructura orgánica de este cuerpo de arquitectos, si el arquitecto provincial no era capaz de desempeñar todas las atenciones del servicio, podría procederse por la Diputación, a propuesta del gobernador, a crear las plazas de Arquitectos de distrito que fuesen necesarias (art. 3º); igualmente los ayuntamientos podían disponer de arquitectos propios, que pagarían de sus propios fondos (art. 5º); en cualquier caso tanto los arquitectos de los ayuntamientos como los de distrito quedarían bajo la dependencia directa del arquitecto de la provincia (art. 6º). Tanto los arquitectos provinciales como los de distrito serían miembros natos de la Comisión de Monumentos de la provincia en la que desempeñen su cargo, facultad que no se extendía a los arquitectos de los ayuntamientos (art. 9º)[120]. Esta relación entre los arquitectos provinciales y las Comisiones de Monumentos se iba a completar por el reglamento de

Autoridades les pidan en lo relativo a su arte; tercero, vigilar por la observancia de las reglas que se refieren a su profesión, proponiendo a los Gobernadores lo que en este sentido estimen, y especialmente las mejoras que crean convenientes respecto a los edificios públicos y a la salubridad, recreo y ornato de las poblaciones».

120. *«Art. 5º Los Ayuntamientos de las poblaciones que por su importancia y la extensión de sus necesidades quieran tener Arquitectos propios podrán tenerlos pagados de su presupuesto.*

Art. 6º Tanto los Arquitectos de distrito como los municipales reconocerán por Jefe común al Arquitecto de provincia en la forma que determinen los reglamentos.
Art. 7º Las Autoridades y Corporaciones que necesiten del auxilio oficial de los Arquitectos de provincia a de distrito deberán solicitarlo de los Gobernadores.
Art. 8º Los Ayuntamientos conservarán la dirección que les concede la ley vigente y la que puedan concederles las posteriores en las obras costeadas por los fondos municipales, y las ejecutarán por medio de sus propios Arquitectos, cuando los tuvieren, a por los provinciales a de distrito que a petición suya les señale el Gobernador.
Art. 9º Así los Arquitectos provinciales como los de distrito serán individuos natos de las Comisiones de monumentos artísticos é históricos de las provincias en que sirvan.
Art. 10º La dotación anual de los Arquitectos provinciales será en las provincias de primera y segunda clase de 15.000 reales a lo menos, y no bajará de 12.000 en las de tercera. La de los Arquitectos de distrito será, cuando menos, de 10.000 reales en las provincias de primera y segunda clase y de 8.000 en las de tercera.
Art. 11º Disfrutarán además dichos arquitectos, en las salidas que verifiquen de su domicilio oficial para asuntos y trabajos del servicio, de una indemnización diaria de 40 reales de vellón.
Art. 12º Los sueldos de que trata el art. 10 se incluirán en los presupuestos provinciales, y figurarán en ellos como gastos necesarios. La indemnización por las salidas de su domicilio se satisfará con cargo al capítulo de imprevistos de los mismos presupuestos.
Art. 13. Así los Arquitectos de provincia como los de distrito serán nombrados por mi Gobierno a propuesta en terna de las respectivas Diputaciones provinciales, anunciándose siempre las vacantes con un mes de anticipación en el Boletín oficial de la provincia y Gazeta de Madrid, a fin de que puedan solicitarlas cuantos lo estimen conveniente.
Los Arquitectos de distrito y municipales con tres años de servicios ocuparán precisamente el primer lugar en las ternas; y cuando haya más de uno que se encuentre en tal caso, ocupará este lugar el mas antiguo.
Art. 14º Los Gobernadores, oyendo a las Diputaciones provinciales, señalarán a los Arquitectos de distrito el que deba ocupar cada uno, procurando que abrace un numero de partidos judiciales completo. Los Arquitectos de provincia tendrán su residencia oficial en las capitales.
Art. 15º Las relaciones de los Arquitectos de provincia con los municipales serán, respecto de las obras y trabajos ejecutados por estos, las que puedan delegarles los Gobernadores por la acción que en cada caso les competa con arreglo a las leyes.
Art. 16º Los Arquitectos de provincia serán reemplazados en sus ausencias y enfermedades por el mas antiguo de los de distrito, donde los haya; a falta de estos, por los municipales, y cuando esto no pueda ejecutarse sin daño el servicios, propondrá el Gobernador a mi Gobierno, oyendo a la Diputación provincial, el nombramiento interino de otro Arquitecto y el sueldo que deba dársele, el cual será satisfecho de los fondos provinciales con cargo al capítulo de imprevistos.
Art. 17º Sólo podrán los Arquitectos de provincia y los de distrito dirigir las obras de particulares y ocuparse de otros trabajos de su profesión mientras que los Gobernadores de las provincias no estimen indispensable que se dediquen exclusivamente al desempeño de sus destinos.
Art. 18º A las órdenes inmediatas de cada Arquitecto provincial y de distrito habrá un delineante, que residirá en la misma población. Su dotación será en las pro-

estos arquitectos provinciales, aprobado por Decreto de 14 de marzo de 1860 en el que se establecía que entre sus funciones se encontraba la de procurar la conservación y reparación de los monumentos artísticos e históricos, trabajando conjuntamente con la Comisión Provincial de Monumentos de la que, como se ha indicado, era miembro nato (art. 7º9) y si tenía que procederse a la reparación o conservación de un monumento histórico-artístico sería el arquitecto provincial quien propusiese a la Comisión Provincial lo que estimase conveniente al respecto, solicitando la cooperación en estos trabajos de la RAH o de la RABASF, según correspondiese (art. 15); no se limitaban a éstas sus funciones de acuerdo con el reglamento, pues también debían tomar noticia en sus viajes por la provincia de los edificios públicos y monumentos con valor histórico-artístico que encontrasen, tanto civiles como religiosos, debiendo reflejar su destino primitivo y el actual, su estado de conservación, su mérito artístico, el género al que perteneciese, época de su construcción, datos históricos de importancia e, incluso, dibujos de los mismos, esto es, se les encomendaba la realización de un verdadero catálogo monumental de su provincia, que las Comisiones Provinciales no habían sabido hacer desde su constitución en 1844 (art. 19º). En atinadas palabras de Isabel Ordieres: «*se consideraba, pues, al arquitecto provincial, como responsable, vinculado a las Comisiones de Monumentos, de la inspección y conservación de los monumentos de su circunscripción, pero sin otorgársele retribución alguna por ello y basándose en el acendrado voluntarismo característico de la normativa decimonónica*»[121]. Poco duraría, sin embargo, esta clase de arquitectos provinciales, pues por Decreto de 18 de septiembre de 1869 se estableció que no sería el Ministerio de la Go-

vincias de primera y segunda clase de 8.000 reales anuales y de 6.000 en las de tercera. Disfrutarán además en las salidas que verifiquen de su domicilio oficial para asuntos y trabajos del servicio de una indemnización diaria de 24 reales vellón. Los sueldos é indemnizaciones de estos delineantes se pagaran también de los fondos provinciales, en la misma forma que se establece respecto de los Arquitectos, y para el nombramiento de cada uno propondrá la Diputación una terna, siempre que sea posible, a la elección del Gobernador, que resolverá oyendo precisamente al Arquitecto de provincia.

Art. 19º Los Arquitectos provinciales y municipales de Madrid continuarán en los términos que hasta aquí, ínterin no sean objeto de una resolución especial.

Dado en Palacio a primero de Diciembre de mil ochocientos cincuenta y ocho – Está rubricado de la Real mano – El Ministro de la Gobernación, José De Posada Herrera».

121. Ordieres Díez, Isabel, *Historia de la restauración…*, p. 43.

bernación quien los nombrase, sino que serían las Diputaciones Provinciales quienes lo hicieran y las que en lo sucesivo entenderían de sus competencias, funciones y demás aspectos de su nombramiento y actividad, en lo que constituye una medida descentralizadora muy lógica habida cuenta de que se produjo en pleno período revolucionario; en lo que más afecta al tema objeto de estudio, en esta norma no se establecían medidas para que los arquitectos de este cuerpo procurasen la conservación y reparación de los monumentos de la provincia[122].

Dejando definitivamente de lado la cuestión de los arquitectos provinciales y centrándonos nuevamente en la vieja problemática suscitada entre arquitectos y maestros de obras, por Real Decreto de 22 de julio de 1864, tras delimitarse la formación que en una y otra categoría se requería, se establecieron las funciones respectivas de uno y otro cuerpo:

- Los arquitectos podían proyectar y dirigir toda clase de edificios, públicos y particulares, ejercer mediciones, tasaciones y reparaciones en todos ellos y ejercer todos los actos que fueran convenientes en relación con su profesión (art. 5º).
- Los maestros de obras antiguos, esto es lo que habían obtenido el título con anterioridad a 28 de septiembre de 1845, podían proyectar y dirigir toda clase de edificios de particulares, pero no los públicos ni los de las corporaciones religiosas; tampoco los de particulares destinados al uso público, como capillas, hospitales o teatros; al igual que los arquitectos, podían ejercer mediciones, tasaciones y reparaciones en todos ellos, pero no en los que les estaban expresamente vedados por este precepto (art. 6º).
- Los maestros de obras modernos, es decir, los aprobados por las Academias de Arte podían ejercer libremente su profesión en pueblos y ciudades con menos de dos mil vecinos, salvo si eran capitales de provincia, pudiendo en ellos realizar los proyectos y la construcción de edificios particulares destinados a un uso particular, quedándoles vedados el resto (art. 7º).

122. *Gaceta de Madrid*, 24 de septiembre de 1869. Ordieres Díez, Isabel, *Historia de la restauración…*, p. 43.

- Se establecía que el título superior comprendía las facultades de los inferiores, por lo que nunca se consideraría intrusismo que un arquitecto realizase funciones en las que tenía competencia un maestro de obras (art. 9º).

Finalmente, en lo que respecta a la provisión de las plazas de Arquitectos o Maestros Mayores de Catedrales, Colegiatas, Ayuntamientos, tribunales y resto de corporaciones, éstas debían recaer en arquitectos, pero a falta de éstos podían ser desempeñadas por maestros de obras en poblaciones inferiores a dos mil vecinos, con la excepción de los edificios de carácter monumental o histórico (art. 11º)[123].

Estas atribuciones de los maestros de obras se modificarían por Decreto de 8 de enero de 1870, que derogaba el R.D. de 22 de julio de 1864 en lo referente a las atribuciones de los maestros de obras y les fijaba unas nuevas facultades más amplias. En primer lugar, desaparece la distinción entre maestros de obras antiguos y modernos, de tal forma que, con independencia de la fecha de obtención de sus títulos, todos ellos podían ejercer en todas las partes libremente su profesión, y quedaban autorizados para proyectar, dirigir, medir, tasar y reparar las casas y construcciones de propiedad particular (art. 2º). Sin embargo a los maestros de obras se les impedía intervenir, salvo en condición de segundos o auxiliares de los arquitectos, en los proyectos y construcción de toda obra o edificio que, bien por la procedencia de los fondos de que se costease, bien por el uso a que se destinase, aunque fuera de propiedad particular, tuviese carácter de público (art. 3º). Por otro lado, las plazas de Arquitectos o Maestros mayores de las Catedrales o Colegiatas, Diputaciones, Ayuntamientos, Tribunales y demás corporaciones se habían de cubrir con arquitectos, cualquiera que fuera el número de vecinos de la localidad (art. 4º), pero si los Ayuntamientos necesitasen proyectar, construir o reparar edificios públicos y no tuviesen arquitecto titular ni pudiesen encomendar las obras a arquitectos libres, podrían reclamar de la Diputación el auxilio de los provinciales; y solamente en casos urgentes de ruina, incendio u otro de análoga naturaleza quedarán dispensados de esta condición (art. 5º)[124].

123. *Gaceta de Madrid*, 26 de julio de 1864.
124. *Gaceta de Madrid*, 21 de enero de 1870.

Finalmente la Ley de presupuestos de 1869-70 suprimió la enseñanza oficial de maestros de obras y, con ello, dejó libre estos estudios para que los impartiesen las corporaciones populares. Tras ello se publicó el R.D. de 5 de mayo de 1871, que declaraba libre el ejercicio de los maestros de obras (art. 1º); esto implicó la inexistencia de maestros de obras profesionales, con las prerrogativas que hemos ido analizando a lo largo de las páginas anteriores, salvo los que aún continuaban ejerciendo con un título legítimamente obtenido antes de esa fecha, al que no se le negaban sus facultades pretéritas (art. 2º). En este sentido la exposición de motivos de este R.D. exponía que el maestro de obras tan solo debía ser un mero ayudante del arquitecto, un mero ejecutor en las construcciones del pensamiento y de los planes del arquitecto, del artista, y siempre bajo sus instrucciones e indicaciones[125].

En otro orden de cosas tras el estallido de la Gloriosa en septiembre de 1868, en medio de un ambiente anticlerical muy marcado, se produjeron incontables derribos de edificios religiosos, sobre todo conventos, por las juntas revolucionarias; ello llevó a que el Gobierno dictase la circular de 14 de noviembre 1868, dirigida a los gobernadores provinciales, a fin de que manifestasen qué templos, conventos y demás monumentos y edificios religiosos se habían demolido o estaba decretada su próxima demolición, por los ayuntamientos y juntas revolucionarias, sin resultado práctico[126]. Aún durante la Primera República continuaba el penoso espectáculo de derribo de edificios por la dramática acción de la piqueta, que llevó al Gobierno de Emilio Castelar a promulgar el importante Decreto de 16 de diciembre de 1873, cuyas intenciones se reflejan de forma muy clara en su exposición de motivos, que reproducimos literalmente por su innegable interés para el tema que estamos analizando:

---

125. *Gaceta de Madrid*, 27 de mayo de 1871. R.D. de 5 de mayo de 1871: «*Art. 1º Se declara libre el ejercicio de la profesión de Maestro de Obras y Aparejador.*
Art. 2º Se reserva su derecho a los que actualmente poseen título oficial de esta carrera a ocupar los destinos retribuidos de fondos generales, provinciales o municipales correspondientes a su clase, declarar en juicio y proyectar y dirigir obras con arreglo a las prescripciones actualmente vigentes.
Dado en palacio a cinco de mayo de mil ochocientos setenta y uno».

126. Fernández Pardo, Francisco, *El museo desaparecido. Dispersión y destrucción del patrimonio artístico español. Tomo III (1868-1900) Gloriosa/Fin de Siglo*, 1ª edición, Madrid, Fundación Universitaria Española, 2007, p. 17.

«El Gobierno de la República ha visto con escándalo en estos últimos tiempos los numerosos derribos de monumentos artísticos notabilísimos, dignos de respeto, no sólo por su belleza intrínseca sino también por los gloriosos recuerdos históricos que encierran. Un ciego espíritu de devastación parece haberse apoderado de algunas autoridades populares que, movidas por un mal entendido celo, e impulsadas por un inexplicable fanatismo político, no vacilan en sembrar de ruinas el suelo de la patria, con mengua de la honra nacional. Précianse todos los pueblos civilizados de conservar con religioso respeto los monumentos que atestiguan las glorias de su pasado y pregonan la inspiración de sus preclaros hijos: prescinden al hacerlo de la significación que el monumento tuvo; y atentos únicamente a su belleza no reparan si es obra de la tiranía o engendro de la superstición; y no es bien que nosotros, ricos en glorias artísticas y en venerandas tradiciones como pocos pueblos europeos, veamos con indiferencia la destrucción de todo cuanto recuerda nuestra pasada grandeza, de todo cuanto acredita el antiguo esplendor de nuestra raza.

Y sería doblemente doloroso que tales atentados se cometieran en pleno régimen republicano. La República no puede ser la destrucción, la República no puede representar el vandalismo. La República, que mira hacia el porvenir, sin renegar en absoluto del pasado; que ha de enlazar en armónica fórmula la tradición con el progreso; que ha de conceder protección decidida a todas las grandes manifestaciones de la actividad humana, no puede hacerse cómplice de esos actos vandálicos que, o revelan supina ignorancia en sus autores, o son el triste fruto de una fatal tendencia, tan criminal como insensata, que aspira a levantar el edificio del progreso sobre las ruinas de la sociedad entera; confunde la santa igualdad del derecho con la monstruosa nivelación de la barbarie y entiende por República y democracia, no el gobierno del pueblo por el pueblo mismo, sino el sangriento caudillaje de las turbas».

Por ello el Gobierno de Castelar, decidido a atajar estos desmanes y a evitar que en el futuro se repitieran hechos similares, decretó que en el caso de que los ayuntamientos o las diputaciones provinciales pretendiesen derribar un edificio público con valor histórico o artístico, los gobernadores provinciales debían suspender de forma inmediata el derribo e informar de ello al Gobierno y, si no lo hiciera, las Comisiones de Monumentos, la Academias de Bellas Artes, los Rectores de las Universidades, e incluso los Directores de los Institutos, estarían facultados para informar al Gobierno del proyecto de derribo (art. 1º); una vez recibida esta información, el Gobierno consultaría a la RABASF sobre el mérito artístico de ese edificio o monumento afectado y, si merecía ser conservado se revocaría la orden de demo-

lición dictada por el ayuntamiento o la Diputación (art. 2º); como medida punitiva se establecía que si se producía un derribo por las corporaciones locales infringiendo lo dispuesto por este Decreto, si podía ser reedificado, se haría a expensas de quien hubiese ordenado el derribo (art. 3º); finalmente se responsabilizaba del cumplimiento de esta norma a los gobernadores provinciales, las Comisiones de Monumentos, las Academias de Bellas Artes de las provincias, los Rectores de las Universidades y los Directores de los Institutos (art. 4º)[127].

Desgraciadamente los efectos de esta norma fueron prácticamente inexistentes, por cuanto fue promulgada excesivamente tarde y para entonces la mayoría de las demoliciones ya habían tenido lugar y, además, no se frenaron como consecuencia de la promulgación de esta norma[128]. Un ejemplo de esta situación, que podríamos extender al resto del país, lo encontramos en el caso de Sevilla, donde la junta revolucionaria inició en 1868 una política activa de supresión de templos y conventos, que eran demolidos para crear nuevos espacios urbanos, provocando una gran degradación de la ciudad al eliminar edificios con un amplio valor artístico; la situación de las iglesias en el casco urbano hacía muy apetecibles los solares donde se ubicaban, lo que produjo un movimiento especulador importante que impulsó nuevas demoliciones, entre las que podemos citar las del Colegio de la Concepción, el Convento del Carmen, el de las Dominicas, el de la Pasión, la Capilla del Cristo de los Caídos, San Felipe Neri, el Colegio de los Basilios y el Monasterio de las Dueñas, todos ellos en 1868, y la Iglesia gótica de San Miguel, en 1869. Esta circunstancia provocó la reacción de la Comisión Provincial de Monumentos, sin que el ayuntamiento revolucionario actuase deteniendo los daños que se estaban causando a los inmuebles religiosos; es más, las actuaciones especulativas comenzaron a afectar al patrimonio civil y el ayuntamiento de capital hispalense demolió la muralla ese mismo año, así como varias puertas como las de Triana y San Fernando, en 1868; de la Barqueta y Córdoba, en 1872 y la del Sol, en 1873; asimismo proyectó la subasta y derribo de la antigua judería y de la Torre del Oro para construir calles y casas, esto es, una labor destructora de enormes

127. *Gaceta de Madrid*, 18 de diciembre de 1873.
128. Fernández Pardo, Francisco, *El museo desaparecido… Tomo III (1868-1900) Gloriosa/Fin de Siglo*, pp. 20-21.

dimensiones en aras de un progreso no bien medido e impulsado por intereses especulativos, tutelados por el propio ayuntamiento[129].

Continuando con este apartado relativo a la arquitectura, simplemente apuntar dos normas tendentes a importante tarea de formar unos inventarios completos sobre edificios del Estado, tarea que no se había realizado hasta la fecha por las Comisiones de Monumentos y que no se terminaría de llevar a efecto hasta el siglo XX. Se trata de la Ley de 21 de diciembre de 1876, que pretendía la realización de un inventario general de los inmuebles públicos del reino que, pertenecientes al Estado, éste conservase su posesión[130]; esta norma se desarrollaría por una instrucción de 5 de febrero de 1877, aprobada por R.O. de la misma fecha, para la formación de dichos inventarios[131]. El fracaso de estas normas fue evidente y no sería hasta principios del siglo XX cuando se acometiese de forma efectiva esta tarea de inventariar la riqueza artística nacional, no sólo los edificios públicos.

Y para finalizar, indicar que una medida eficaz de protección de estos bienes inmuebles era su declaración de bienes nacionales, lo que venía produciéndose desde el año 1844. La declaración como nacional de un bien tenía la particularidad de dotarle de una especial tutela, dado que su protección, a partir de tal momento, pasaba a depender directamente del Estado. En el período 1844 y 1870 sólo se habían producido nueve declaraciones de bienes nacionales y en 1877, fecha en la que comenzaron a publicarse en la *Gaceta de Madrid*, tan sólo se habían declarado como nacionales dieciséis edificios, lo que prueba bien a las claras el escaso interés de nuestros políticos e instituciones por la protección del patrimonio monumental[132].

---

129. *Ibidem*, pp. 501-508; Ordieres Díez, Isabel, *Historia de la restauración…*, p. 33.
130. *Gaceta de Madrid*, 23 de diciembre de 1876.
131. *Gaceta de Madrid*, 8 de febrero de 1877.
132. Almagro-Gorbea, Martín, «La protección del patrimonio cultural en la historia de España», en: *La protección jurídica del patrimonio inmobiliario histórico*, 1ª edición, Madrid, Fundación beneficentia et peritia iuris, 2005, p. 25; Ordieres Díez, Isabel, *Historia de la restauración…*, p. 35. No se detallan los monumentos declarados como históricos, por cuanto existe una amplia bibliografía al respecto: Azcárate, José Mª., *Monumentos españoles. Catálogo de los declarados históricos-artísticos*, 3 tomos, 2ª edición, Madrid, Instituto Diego Velázquez «Fichero de Arte Antiguo», 1953-54 o Moreno,

V. LA PROTECCIÓN DEL ARTE MUEBLE

Asimismo, se van a incrementar –con escaso éxito– las medidas para la protección del arte mueble, especialmente la pintura, muy perjudicado por destrucciones, desatención y, sobre todo, por la especulación, como consecuencia de las guerras y las desamortizaciones sufridas en este siglo.

Un primer ejemplo lo encontramos en las escandalosas acciones de saqueos y expolio de iglesias y conventos realizadas por militares y civiles durante la Guerra de la Independencia, supusieron la perdida de numerosas obras artísticas, e igualmente los actos de rapiña de muchos generales franceses que incautaban como botín de guerra múltiples obras de arte españolas para su traslado a Francia. Sorprendentemente las posiciones españolas en el Congreso de Viena no abogaron con la debida determinación por la recuperación del arte robado por el ejército francés y como ejemplo puede citarse el «equipaje del rey José», abarrotado de pinturas de los sitios reales y que terminó en manos de Wellington tras la batalla de Vitoria, que mantuvo éste en su poder por la inacción de un indolente Fernando VII y que sólo pudo recuperarse parcialmente gracias a la acción de particulares; no hubo promulgaciones normativas para recuperar estos bienes, lo que da una idea del desinterés de nuestros gobernantes por el patrimonio artístico una vez finalizada la guerra[133].

Al igual que había venido sucediendo durante el siglo anterior, durante el reinado de Fernando VII también se prodigaron los marchantes de arte europeos, especialmente ingleses y franceses, ansiosos por hacerse con buenos lotes de pintura española para los museos y colecciones extranjeras; ello llevó a que se reiterase la ya comentada R.O. de 5 de octubre de 1779 sobre prohibición de exportación de pinturas y de autores españoles fallecidos, mediante Real Cédula de 2 de octubre de 1818 y, posteriormente, por Real Cédula de 13 de septiembre de 1827[134], lo que prueba el sistemático incumplimiento

Juan, *Monumentos históricos nacionales*, 1ª edición, Madrid, Instituto del Patrimonio Cultural, 1998.

133. Urrea, Jesús, «La desamortización y la conservación de los bienes artísticos muebles», en: *Historia de la Propiedad: patrimonio cultural*, 1ª edición, Madrid, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2003, p. 159.
134. Previamente se había reproducido por R.O. de 14 de octubre de 1801.

de estas normas, que llevaba a que fuesen reformuladas cada cierto número de años, pero sin modificarlas en lo menester para dotarlas de eficacia práctica[135].

Justo antes de comenzar el proceso desamortizador una R.O. de 17 de junio de 1834 exigía licencia previa para la venta de los bienes de la iglesia, pero su efecto fue tan escaso que por el ya analizado R.D. de 14 de diciembre de 1836 se exigió la vigilancia de los cuadros de las comunidades religiosas para la formación de museos en las provincias y, posteriormente, por R.O. de 18 de agosto de 1837 se ofrecía una recompensa a quienes denunciasen estas prácticas de venta subrepticia de sus obras artísticas por el clero, que ascendía nada menos que al diez por ciento del valor que tuvieran dichos bienes[136]; es curioso comprobar que desde las disposiciones contenidas en el Fuero Real, en las Partidas y en el Ordenamiento de Alcalá no se había encontrado ninguna nueva disposición de protección del patrimonio religioso, si bien en esta ocasión con un propósito radicalmente diferente[137].

Un hecho significativo se vino a producir ya durante la desamortización, pues ante las primeras noticias del propósito desamortizador por el ejecutivo del conde de Toreno muchos religiosos, conscientes del valor económico del tesoro artístico mueble que conservaban en sus establecimientos, decidieron ocultar dichas obras y venderlas, aunque fuera a un precio irrisorio comparado con su valor real, práctica que desarrollaron de forma masiva. El hecho cierto es que la responsable de la custodia de esas obras de arte, bajo depósito, fue la propia jerarquía eclesiástica, lo que no favoreció

135. Urrea, Jesús, *La desamortización…*, p. 160.

136. Fernández Pardo, Francisco, *Dispersión y destrucción…, Tomo II (1815-1868): Desamortizaciones*, p. 55.

137. Urrea, Jesús, *La desamortización…*, p. 161, R.O. de 17 de junio de 1834: «*Para facilitar a la Junta eclesiástica creada por Real Decreto de 22 de abril último los medios de preparar las importantes reformas confiadas a su celo y de adquirir los conocimientos necesarios acerca de los bienes del clero secular y regular, cuya suficiente y decorosa dotación es uno de los objetos de la formación de dicha Junta, ha tenido a bien mandar Su Majestad la Reina Gobernadora que las corporaciones del clero secular y regular, antes de proceder a la venta de bienes inmuebles, alhajas o muebles preciosos de su respectiva pertenencia, acudan a Su Majestad en solicitud de licencia; en cuyo caso, con conocimiento de causa, resolverá Su Majestad lo que estime más conveniente al bien de la Iglesia y del Estado*».

precisamente su control por el Estado pues tampoco fueron inventariados; Francisco Fernández Pardo expone de forma precisa las razones que favorecieron los ocultamientos y ventas fraudulentas de las obras de arte de los religiosos[138]:

- La actuación del ejecutivo no fue por sorpresa, sino previamente anunciada.
- No se utilizó a la fuerza pública para proteger el patrimonio artístico de los conventos.
- Se hicieron públicas las decisiones en las sesiones de Cortes.
- Se ejecutaron las medidas con extrema lentitud.

El hecho cierto es que las ventas de cuadros al extranjero seguían produciéndose de forma descontrolada, lo que motivó la publicación de sendas Reales Órdenes de 2 y 4 septiembre de 1836 por las que se recordaba a las autoridades portuarias y fronterizas el cumplimiento exacto de las normas sobre prohibición de extracción del reino de pinturas de autores fallecidos. Estas normas fueron reiteradas nuevamente por otra R.Céd. de 28 de abril de 1837, tan grande era la especulación y el tráfico ilícito de estas obras en España, en aquéllos infelices tiempos[139]; esta norma se reiteraría por R.O. de 20 de agosto

138. Fernández Pardo, Francisco, *Dispersión y destrucción…, Tomo II (1815-1868): Desamortizaciones*, p. 57. Indica asimismo este autor, en descargo de los gobiernos bajo cuyo mandato se cometieron las ocultaciones, que no pudo disponerse del ejército para la custodia de las obras de arte por estar en pleno desarrollo, en esos momentos, las Guerras Carlistas y que, además, la propia contienda bélica mermaba las arcas públicas, por lo que el Estado carecía de medios económicos y humanos para realizar el inventario y control de esos bienes nacionalizados.

139. Fernández Pardo, Francisco, *Dispersión y destrucción…, Tomo II (1815-1868): Desamortizaciones…*, p. 162. R.Céd. de 28 de abril de 1837: «*Entre los horrores que las guerras, y más las intestinas, arrastran tras sí, no es el menor el estrago que causan a la ilustración barbarizando los pueblos con la destrucción de los objetos científicos, literarios y artísticos. Las dos pertinaces y sangrientas guerras entrañadas en el reino por los aspirantes al cetro a principios del pasado y del presente siglo, no menos que la que cinco años ha nos tiene encendida el nuevo Pretendiente, han devastado tanto estos preciosos artículos, que apenas nos quedan ya en esta línea modelos que imitar. A esta devastación se agrega la extracción que la industria extrangera, calculando fríamente sus medios sobre nuestras propias ruinas, hace de tales curiosidades, aprovechándose de nuestras disensiones domésticas para despojarnos de cuanto ha sido siempre cebo de su envidia, Por tanto*

de 1838 debido a su continuada inobservancia. Pese a todo el problema continuó y cuando se crean las Comisiones de Monumentos, una de las instrucciones que se les dan a las provinciales por R.O de 24 de julio de 1844, es que no debían permitir se despachase guía alguna de cuadros que se pretendiesen exportar, por los administradores de aduanas, sin que antes dichas pinturas se hubiesen reconocido por tres profesores, y sin que se presentasen por el exportador testimonios acreditativos de su legítima procedencia[140]. El fracaso de todas estas medidas para la protección de la pintura se atestigua claramente viendo los diversos catálogos de subastas en el extranjero a lo largo de toda la centuria[141].

Tras la constitución de las Comisiones de Monumentos se dejaría en manos de esta institución la protección del arte mueble, dictándose en lo sucesivo tan solo disposiciones parciales ante acontecimientos concretos, como:

- La R.O. de 14 de octubre de 1849, declarando sospechosas las enajenaciones realizadas por los regulares en las misiones en Asia, sin obtener la previa licencia del monarca. Esta R.O. es comunicada al gobernador y vice-patrono de las iglesias de Filipinas indicándole que todas las ventas realizadas por los regulares con posterioridad a la R.O. de 17 de julio de 1834, que exigía la previa licencia de la corona para poder enajenar bienes y alhajas propiedad del clero, eran sospechosas de ser fraudulentas y, en consecuencia, se le requería estudiase los expedientes de cada una de ellas, informando al Gobierno de lo que creyera oportu-

---

Su Majestad la Reina Gobernadora (…) se ha servido mandar que bajo ningún pretexto permita Vuestra Excelencia extraer de la Península para el extranjero ni provincias de Ultramar pinturas, libros ni manuscritos antiguos de autores españoles sin expresa Real Orden que lo autorice».

140. Real Orden de 24 de julio de 1844, con las instrucciones que deben observarse por las Comisiones Provinciales de Monumentos: «*Art. 18. Para evitar que los usurpadores de cuadros u otros objetos puedan enagenarlos llevándolos al extrangero, cuidarán las comisiones por medio de la sección segunda de que no se despache guía alguna de este género de mercaduría por los administradores de aduanas sin que antes haya sido reconocida por tres profesores, y sin que se presenten testimonios en que se acredite su procedencia*».

141. Urrea, Jesús, *La desamortización…*, p. 169; Fernández Pardo, Francisco, *Dispersión y destrucción…, Tomo II (1815-1868): Desamortizaciones…*, p. 130.

no[142]. Esta R.O. fue derogada por otra R.O. de 4 de diciembre de 1890, que establecía la libertad de los monjes ultramarinos para proceder a la libre disposición de sus bienes, basándose para ello, como argumento jurídico principal, en lo dispuesto por el Código Civil de 1889, que establecía el pleno derecho de propiedad a la iglesia y a las corporaciones eclesiásticas, de tal forma que se permitía a estas instituciones «*disponer de los bienes que tienen en esas provincias, con arreglo a los Cánones y a la legislación anterior de Indias*»[143].

- La interesante R.O. de 10 de abril de 1866, por la que se establecía que el clero no podía disponer de los objetos artísticos o arqueológicos existentes o que fueran descubiertos en las iglesias sin que previamente diese su autorización a la operación la RABASF, su Academia provincial de Bellas Artes o la respectiva Comisión provincial[144].

142. R.O. de 14 de octubre de 1849: «*Conformándose la reina nuestra señora con el parecer emitido por el Consejo Real acerca de la comunicación de Vuestra Excelencia de 13 de octubre último, relativa a la necesidad de que el Gobierno adopte una resolución que estorbe a los regulares de estas misiones enajenar sus bienes, se han dignado disponer que se traslade a Vuestra Excelencia la R.O. de 17 de julio de 1834, cuya copia se adjunta, y en la cual se manda que el clero regular y secular pidan licencia a Su Majestad para enajenar las alhajas y bienes de su pertenencia; y en consideración a que, pudiendo como pudo el Capitán general antecesor de Vuestra Excelencia dictar en calidad de Vicepatrono Regio la resolución general de 18 de marzo de 1840, son sospechosas de fraude todas las enajenaciones que con posterioridad hayan hecho los regulares de sus bienes; que reclame Vuestra Excelencia los expedientes de todas las ventas que se hallen en este caso, y previo el voto consultivo del acuerdo, proponga a este Ministerio lo que estime oportuno. De Real Orden lo digo a Vuestra Excelencia para los efectos correspondientes. Dios guarde a Vuestra Excelencia muchos años. Madrid, 14 de octubre de 1849. Arrazola. Señor Gobernador Vice-Patrono de las iglesias de Filipinas*». Reproducido en *Legislación sobre el tesoro Artístico de España*, p. 56.

143. *Gaceta de Madrid*, 9 de diciembre de 1890.

144. R.O. de 10 de abril de 1866: «*El R.D. de 20 de abril de 1864 confiere a la Real Academia de San Fernando la facultad de velar por la conservación y restauración de los monumentos artísticos, pero tan laudable como patriótico fin se realizará más cumplidamente con el concurso de todos los que, por su posición oficial o por su ilustración o por otras especiales circunstancias, están en actitud de poder apreciar el mérito de cualquier objeto notable, bajo el punto de vista histórico o de arte. En consecuencia, la Reina, deseando que se conserven cuidadosamente cuantas bellezas artísticas encierran los monumentos religiosos de España, se ha servido mandar se dirija Vd…, como de R.O. lo ejecuto, a fin de que se sirva adoptar las medidas para que el clero de esta*

- O, finalmente, las ya analizadas al hablar de las desamortizaciones, del despojo de bienes de los conventos por el Decreto de 1 de enero de 1869 o el posterior R.D. de 23 de enero de 1875 deshaciendo los efectos del anterior.

VI. EL MUSEO DEL PRADO COMO INSTRUMENTO PROTECTOR DEL PATRIMONIO PICTÓRICO

Es importante señalar que este siglo será en el que se creen los primeros Museos destinados a albergar el arte mueble, así como el patrimonio arqueológico y científico, en lo que constituye una medida de protección, conservación y acrecentamiento del patrimonio de primer orden[145]. En lo que interese a la protección del patrimonio artístico en este siglo se creará, tras diversos ensayos previos, el Museo del Prado que, aun pasando por serios problemas de supervivencia a lo largo del siglo, constituye en la actualidad una de las grandes pinacotecas del mundo.

La historia jurídica del Museo del Prado está magníficamente escrita por Antonio García-Monsalve y poco o nada podemos aportar a ella, pero la necesidad de resaltar algunos aspectos de la protección jurídica de este riquísimo patrimonio pictórico, envidia del mundo, nos obliga a abordar la cuestión, siquiera en unas breves pinceladas, siguiendo algunos de los puntos más destacados estudiados por el citado autor[146].

Diócesis contribuya por su parte a la realización de dicho proyecto, no disponiendo de los objetos artísticos o arqueológicos que existan o sean descubiertos en las iglesias y sus dependencias, sin previo conocimiento de las Academias de Bellas Artes o de las Comisiones Provinciales de Monumentos.
Madrid, 10 de abril de 1866. Calderón y Collantes». Reproducido en *Legislación sobre el tesoro Artístico de España*, pp. 80-81.

145. Tussell Gómez, Javier, «Introducción», en: *Los museos y la conservación del patrimonio,* 1ª edición, Madrid, Fundación Argentaria, 2001, pp. 9 y 10.
146. García-Monsalve Escriña, Antonio, *Historia Jurídica del Museo del Prado (1819-1869)*, 2 vols., Tesis Doctoral, (Dir.) Gustavo Villapalos Salas, Universidad Complutense de Madrid, 1993.

6.1. LOS ANTECEDENTES: EL COLECCIONISMO DE LA CORONA

El origen del Museo del Prado va a estar en las colecciones que habían atesorado los monarcas de la Casa de Austria, sobre todo Felipe II y Felipe IV y, posteriormente los Borbones, especialmente Carlos IV. Estas colecciones realizadas durante la edad moderna sirvieron de decoración a la extensa red de palacios y sitios reales que, durante esta época se fueron creando; en la elaboración de estas magníficas colecciones uno de los grandes motores lo constituyó la actividad de mecenazgo de artistas realizada por estos monarcas y del que sus mayores representantes fueron Velázquez y Goya, cuyas obras nutren felizmente el museo; el Museo del Prado tendrá inicialmente, en consecuencia, el carácter de centro recopilador de las obras propiedad de la corona, en contraposición a otras iniciativas a las que se les dio el carácter de nacionales, esto es realizadas con obras artísticas propiedad del Estado, como fue el Museo Nacional de Pinturas de la Trinidad, que se creó en la segunda mitad de la década de los treinta de este siglo XIX[147].

6.2. EL PROYECTO DE MUSEO JOSEFINO

Realmente la idea de crear Museos en los que exhibir las obras artísticas en España fue anterior al proyecto del Museo Josefino, pues Mengs ya la había formulado en 1774 al afirmar que «*desearía yo que en este Real Palacio se hallasen recogidas todas las pinturas que hay repartidas en los demás Sitios Reales y que estuviesen puestas en una galería digna de tan gran Monarca*»[148]. De hecho la Academia de San Fernando había comenzado a exhibir su colección de cuadros, idea que se materializó desde 1815[149], pero que ya antes se había forjado, pues en la Gaceta de 4 de julio del año 1800 se incluía el siguiente anuncio:

> «*La real academia de las tres nobles arte, denominada de San Fernando, para que el público pueda ver la numerosa y selecta colección de estatuas y bustos sacados del antiguo y demás preciosidades que posee, tendrá abiertas las*

147. *Ibidem*, p. 44.
148. *Ibidem*, p. 147.
149. Al respecto: Navarrete Martínez, Esperanza, *La Academia de Bellas Artes de San Fernando y la pintura en la primera mitad del siglo XIX*, 1ª edición, Madrid, Fundación Universitaria Española, 1999.

salas del quarto principal de su casa sita en la calle de Alcalá desde el martes 8 del corriente hasta el sábado 19, por la mañana, de 10 a 12, y por la tarde de 5 a 7. Los profesores y aficionados a las mismas artes que quieran exponer alguna obra en la academia, podrán enviarla al Conserge, que vive en la propia casa, acudiendo después a recogerla»[150].

En el extranjero se habían producido mayores avances, que fueron un modelo a imitar; la creación del Museo del Louvre por Decreto de la Asamblea Nacional Constituyente francesa de 28 de mayo de 1791 fue el detonante que llevó a Mariano Luis de Urquijo a tratar de enviar a Madrid, el 18 de julio de 1800, una serie de obras artísticas desde Sevilla para la formación de un Museo en la Corte, iniciativa que fue paralizada por Godoy. En este marco ideológico se iban a ensayar los primeros intentos de formación de un gran museo de arte en España, siendo el primero de ellos la fracasada creación del Museo Josefino[151].

Este museo fue proyectado por el citado Urquijo, un afrancesado que incluso llegó a desempeñar un cargo ministerial, el de Hacienda, con José I. La idea manejada por Urquijo era la de crear este museo con las obras recogidas de los conventos desamortizados por el ya analizado Decreto de 20 de agosto de 1809, que se habían guardado en varios depósitos madrileños entre los que destacaba el ex convento de San Francisco el Grande; para formar el Museo se promulgó el Decreto de 20 de diciembre de 1809 en el que se establecía la fundación de dicho establecimiento en Madrid, con obras de las diversas escuelas, que se tomarían de todos los establecimientos públicos (incluidos los conventos desamortizados) e incluso de los palacios de la corona (art. 1º), planteándose la formación de una colección de pintura española que José I quería regalar a Napoleón, para su instalación en el Louvre (art. 2º)[152]

150. *Gaceta de Madrid*, 4 de julio de 1800, García-Monsalve Escriña, Antonio, *Historia Jurídica…*, p. 148.

151. García-Monsalve Escriña, Antonio, *Historia Jurídica…*, p. 149; Bolaños Atienza, María, *Historia de los Museos en España,* 1ª edición, Gijón, Ediciones Trea, 1997, pp. 143 y ss. y Géal, Pierre, «La creación de los museos en España», *Anuario del Departamento de Historia y Teoría del Arte-Universidad Autónoma de Madrid*, nº 14, 2002, pp. 289-298.

152. Esta idea, de dramáticas consecuencias, se concretó mediante la selección de cincuenta cuadros de autores españoles, de los que se habían recogido en Madrid tras la desamortización de agosto de 1809. La elección de esas obras se realizó por una comisión formada por tres pintores como José Nápoli,

y determinándose, además, que algunos de los cuadros que se recaudasen para formar el Museo se ubicarían en los palacios en los que se instalarían las cortes y el senado (art. 3º)[153]. Este Museo se estableció su ubicación en el Palacio de Buenavista, por Decreto de 22 de agosto de 1810[154] pero la evolución de la Guerra de la Independencia y la posterior salida del país de José I y de numerosos afrancesados dieron al traste con esta idea de formar el Museo Josefino[155].

Mariano Salvador Maella y Francisco de Goya, quienes la finalizaron el 25 de octubre de 1810; los cuadros fueron enviados a Francia el 26 de mayo de 1813, si bien ha de indicarse que fueron recuperados a la caída de Napoleón del poder. García-Monsalve Escriña, Antonio, *Historia Jurídica…*, p. 153.

153. *Gaceta de Madrid*, 21 de diciembre de 1809. Decreto de 20 de diciembre de 1809: «*En nuestro palacio de Madrid, a 20 de diciembre de 1809. Don Josef Napoleón por la gracia de Dios y por la constitución del Estado, REI de las Españas y de las Indias.*
Queriendo, en beneficio de las bellas artes, disponer de la multitud de quadros, que separados de la vista de los conocedores se hallabas hasta aquí encerrados en los claustros; que estas muestras de las obras antiguas más perfectas sirvan como de primeros modelos y guía a los talentos; que brille el mérito de los célebres pintores españoles, poco conocidos de las naciones vecinas; procurándoles al propio tiempo la gloria inmortal que merecen tan justamente los nombres de Velázquez, Ribera, Murillo, Rivalta, Navarrete, San Juan Vicente, y otros;
Visto el informe de nuestro Ministro de los Interior y oído nuestro Consejo de Estado, Hemos decretado y decretamos lo siguiente:
Art. 1º Se fundará en Madrid un museo de pintura, que contendrá las colecciones de las diversas escuelas, y a este efecto se tomarán de todos los establecimientos públicos, y aún de nuestros palacios, los quadros que sean necesarios para completar la reunión que hemos decretado.
Art. 2º Se formará una colección general de los pintores célebres de la escuela española, la que ofreceremos a nuestro augusto hermano el Emperador de los franceses, manifestándole al propio tempo nuestros deseos de verla colocada en una de las salas del museo Napoleón, en donde, siendo un monumento de la gloria de los artistas españoles, servirá como prenda de la unión más sincera de las dos naciones.
Art. 3º Se escogerán entre todos los quadros, de que podemos disponer, los que se juzgaren necesarios para adornar los palacios que se destinen a las cortes y al senado.
Art. 4º Nuestros ministros de lo Interior y de Hacienda, y el superintendente general de la real casa, tomarán de acuerdo las providencias convenientes para la ejecución de este decreto.
Firmado.= YO EL REI.= Por Su Majestad su ministro secretario de Estado, Mariano Luis de Urquijo».
154. *Gaceta de Madrid*, 24 de agosto de 1810.
155. García-Monsalve Escriña, Antonio, *Historia Jurídica…*, p. 56.

6.3. EL PROYECTO DE MUSEO FERNANDINO

Una vez instaurado en el trono Fernando VII, el monarca creó una junta para devolver las obras artísticas incautadas tras la desamortización de 1809; esta junta tuvo la idea de formar un museo de pinturas y demás objetos artísticos que tendría, inicialmente, la consideración de «ensanche» de la RABASF y que se ubicaría, tras descartarse otras opciones, en el Palacio de Buenavista, como establecía la R.O. de 4 de julio de 1814[156].

Sin embargo este proyecto fracasó, siendo una de las causas principales del mismo la dudosa situación jurídica de las obras llamadas a formar la colección del museo que, al provenir de la desamortización de 1809, podían ser reclamadas por sus propietarios; otro motivo de que fallase el intento fue que las malas condiciones de conservación del Palacio de Buenavista obligaban a realizar un enorme desembolso para su restauración, lo que motivó que el Consejo de Castilla se opusiese a la transmisión del edificio a la RABASF; igualmente se oponía a esta transmisión el Consejo de Castilla por la propia situación jurídica de ese edificio, pues provenía de los bienes secuestrados a Godoy, pero no tendrían el definitivo carácter de confiscados hasta que recayera la correspondiente sentencia firme en el proceso judicial que se estaba desarrollando contra éste por lo que, a juicio del Consejo, el monarca no podía disponer del edificio hasta la conclusión del procedimiento. Las conclusiones de este informe eran tan demoledoras que la RABASF renunció al inmueble el 12 de agosto de 1814, lo que supuso la muerte efectiva del proyecto de fundación del Museo Fernandino[157].

156. Gaceta de 9 de julio de 1814. Como bibliografía general sobre este museo podemos indicar la siguiente: Sambricio, Valentín, «El Museo Fernandino: su creación», *Archivo español de arte*, nº 51, 1942, pp. 132-146; Sambricio, Valentín, «El Museo Fernandino: causa de su fracaso», *Archivo español de arte*, nº 53, 1942 y Bolaños Atienza, María, *Historia de los Museos…*, pp. 150 y ss.

157. García-Monsalve Escriña, Antonio, *Historia Jurídica…*, pp. 159, 167-168.

6.4. LA CREACIÓN DEL MUSEO DEL PRADO Y SUS AVATARES DURANTE EL SIGLO XIX

«El estado a que ha venido, a consecuencia de una guerra destructora que todo lo ataca, el magnífico edificio del Museo de ciencia, empresa digna de la memoria del Señor Don Carlos III, en cuyo reinado se comenzó, ha herido continuamente la vista del Rey nuestro Señor, y excitado en su real ánimo la gloriosa idea de perfeccionar una obra, que además de la grandeza de su objeto, concluida sería uno de los mayores ornatos de Madrid. Bien convencido de esto, Su Majestad, y de que las ciencias y las artes recibirían un nuevo ser reunidas en este hermoso monumento de la arquitectura; y no menos cierto de que no pudiendo llevarse a efecto esta idea de los fondos públicos destinados a llenar otras atenciones de preferencia, llegaría por fin a arruinarse si su mano benéfica y protectora no le sostiene particularmente; para evitar tan doloroso término, y erigir en éste Alcázar el trono de la ilustración española de las bellezas de las artes y de los prodigios de la naturaleza, y fomentar en él el germen del poderío de la industria y del comercio, se ha decidido Su Majestad a tomar bajo de su peculiar cuidado la conclusión de tan importante establecimiento, añadiendo al placer de hacerlo el de que la Reina, nuestra señora, émula fiel de sus paternales desvelos por el bien de sus vasallos, se haya ofrecido generosamente a coadyuvar a ello. En este concepto, y haciendo Su Majestad el alto aprecio que merece el tierno homenage del amor de su augusta Esposa que, efectivamente, ha realizado, se ha dignado mandar Su Majestad que a la corta dotación señalada a este edificio últimamente para impedir que las aguas precipitasen su ruina, y a la que la libertad de la Reina nuestra señora, ha consignado, se contribuya con otra de su mismo Real patrimonio, capaz de llevar a cabo sus deseos, disponiendo que se concluya con preferencia la parte destinada a galería de las nobles artes, con la mira, según benignamente ha insinuado Su Majestad, de colocar en ella para su conservación, para estudio de los profesores y recreo del público muchas de las preciosas pinturas que adornan sus palacios Reales»[158].

Esta que hemos transcrito es la primera noticia sobre la intención del monarca de crear un Museo donde exhibir sus propias obras de arte, que se desarrollaría en el edificio que Juan de Villanueva había construido en el Paseo del Prado de Madrid y que, en principio, se había proyectado albergaría el Museo de Ciencias Naturales. Una cuestión importante a señalar es la necesidad de darle un uso efectivo al edificio que obligase a su restauración, pues se encontraba bastante dañado tras la Guerra de la Independencia, hasta el punto de que ame-

158. *Gaceta de Madrid*, 3 de marzo de 1818.

nazaba ruina por las filtraciones de agua por sus cubiertas y habían de acometerse obras de recuperación del edificio que habían de ser sufragadas por el Monarca, habida cuenta de la falta de fondos públicos para llevarla a cabo[159]. En cuanto a los fondos del Museo, como hemos indicado, estarían formados por obras de las colecciones reales de pintura, con lo que se evitaban los riesgos que afectaban a la integridad de las colecciones del frustrado Museo Fernandino. Año y medio más tarde, se anunció el desarrollo de los trabajos que se estaban llevado a efecto para la apertura del Museo, así como las cantidades que había satisfecho el monarca para atender los mismos, que ascendían a la nada despreciable suma de ochocientos treinta y tres mil reales de vellón[160]. Pocos días después, el 18 de noviembre de 1819, se anunciaba la solemne apertura del Museo el día siguiente[161].

---

159. Villanueva, Juan y Chueca Goitia, Fernando, *El edificio del Museo del Prado,* 1ª edición, Madrid, Fundación Universitaria Española, 2003; De la Hoz Arderíus, Rafael, «Informe sobre la recién encontrada "descripción del edificio del Real Museo por su autor Don Juan de Villanueva"», *Academia*, nº 82, 1996, pp. 133-145.

160. *Gaceta de Madrid*, 28 de septiembre de 1819: «*El hermoso edificio del Real Museo, cuyas cubiertas quedaron por resultas de las ocurrencias de la pasada guerra sin el plomo y el empizarrado que las defendía, ha sido necesario irlo reparando para evitar el hundimiento de las bóvedas, y al efecto se ha empezado a cubrir por los dos salones que a la izquierda de su entrada principal dan frente al paseo y prado de San Gerónimo, los cuales se hallan enteramente habilitados con el pórtico e ingreso de columnas para su entrada. Se están construyendo además las habitaciones de los dependientes que han de custodiar la galería de pinturas, objeto a que está destinado este edificio; y al mismo tiempo se continúa cubriendo el magnífico salón del centro, reparándose provisionalmente las demás cubiertas para precaver el recalamiento de las aguas y los hundimientos, en cuyas obras se han empleado 833.429 reales vellón que ha facilitado la munificencia del REY nuestro Señor*».

161. *Gaceta de Madrid*, 28 de septiembre de 1819: «*Entre otros pensamientos de utilidad común que ha inspirado el REY nuestro Señor el ardiente deseo que le anima del bien de sus vasallos, y de propagar el buen gusto en materia de bellas artes, fue el de formar y franquear al público una copiosa colección de cuadros nacionales y extrangeros por el orden de las diferentes escuelas: establecimiento que al mismo tiempo que hermoseaba la capital del reino, y contribuía al lustre y esplendor de la nación, suministraba a los aficionados ocasión del más honesto placer, y a los alumnos de las artes del dibujo los medios más eficaces de hacer rápidos adelantamientos. Destinó Su Majestad para tan digna empresa la gran copia de preciosas pinturas que estaban repartidas por sus Reales palacios y casas de campo, y señaló fondos para habilitar los salones y galerías del magnífico edificio del Museo del prado, donde la colección había de colocarse. Su augusta Esposa, la Señora. Doña Maria Isabel de Braganza, que de Dios goce, movida de los mismos deseos que Su Majestad se dignó también proteger y adelantar este importante proyecto; y al cabo de año y medio que*

No se trata de analizar la historia del Museo, sino simplemente la de brindar un apunte de las cuestiones que pudieron afectar al patrimonio artístico que este establecimiento contenía[162]:

- La principal vicisitud por la que pasó el Museo del Prado, en este sentido, fue la que afectó a su posible integridad, al intentar ejecutarse el testamento de Fernando VII, aspecto que analizaremos con más detenimiento en el siguiente apartado.
- Por otro lado otras cuestiones afectaban a la seguridad de las obras, como los daños y robos que podían producirse sobre las mismas, a cuyo efecto se estableció desde el año 1828 que los días de apertura al público habrían de adoptarse medidas como apostar a empleados del Museo y soldados realizando labores de vigilancia, obligar a los espectadores a dejar en la entrada objetos que pudieran causar daños como palos bastones y paraguas o la permanente presencia en las salas de uno de los conserjes del museo[163]; años más tarde, en 1840, se declararía la responsabilidad

---

se ha trabajado en su egecución está ya concluida una gran parte de la obra, donde se han ordenado después de bien limpios y restaurados los cuadros de la escuela española, que tanto se distingue aún entre las de otras naciones que han cultivado con gloria las nobles artes; y se continua la obra para habilitar sucesivamente los salones que deben contener las pinturas de las escuelas italiana, flamenca, holandesa, alemana y francesa; pero no queriendo Su Majestad dilatar a sus amados vasallos el gusto y la utilidad que puede resultarles de tener reunidas a su vista las más sobresalientes producciones de los pintores que han honrado con ellas a la nación, se ha dignado resolver que desde luego se franquee la entrada al público, y que desde el día 19 del corriente mes de Noviembre esté abierto el Museo por ocho días consecutivos, excepto los lluviosos y en que haya lodos, y en lo restante del año todos los miércoles de cada semana desde las nueve de la mañana hasta las dos de la tarde». García-Monsalve Escriña, Antonio, *Historia Jurídica…*, p. 185.

162. Para una visión global de la historia del Museo del Prado existen múltiples obras, entre las que hemos manejado destacaremos las siguientes: García-Monsalve Escriña, Antonio, *Historia Jurídica…*; Gaya Nuño, Juan Antonio, *Historia y guía de los museos en España*, 2ª edición, Madrid, Espasa-Calpe, 1968; Gaya Nuño, Juan Antonio, *Historia del Museo del Prado: 1819-1976*, 2ª edición, Madrid, Editorial Everest, 1976; Rumeu de Armas, Antonio, *Origen y fundación del Museo del Prado,* Madrid, Instituto de España, 1980; Alcolea Blanch, Santiago, *Museo del Prado*, 3ª edición, Barcelona, Polígrafa, 2008 y De la Hoz Arderíus, Rafael, «El Prado, Sinfonía Incompleta», *Academia. Boletín de la Real Academia de Bellas Artes de San Fernando*, nº 85, segundo semestre de 1997, pp. 72-100.

163. García-Monsalve Escriña, Antonio, *Historia Jurídica…*, p. 469.

del director del Museo sobre la custodia de las obras, a cuyo efecto se le exigía la adopción de las medidas necesarias para evitar su sustracción o deterioro y, finalmente, en 1842 se amplían las medidas para evitar atentados sobre las obras, como mantener cuatro porteros de guardia cuando el museo estuviera cerrado que acompañarían a las visitas ilustres, cuando accediesen a ver las colecciones fuera del horario de apertura, o la necesaria inspección de las salas del museo por el conserje y los porteros, tanto antes de la apertura como después del cierre[164].

- Otra importante cuestión que podía afectar a las obras depositadas en el Museo fueron los incendios, a cuyo efecto se fueron adoptando desde la mitad del siglo una serie de disposiciones para la prevención de los mismos; en este sentido la primera medida fue una R.O. de 23 de diciembre de 1853 que prohibía el uso de unas estufas de gran potencia, denominadas «caloríferos», que habían sido instaladas en 1851 para calentar las salas; la preocupación por esos «caloríferos» era evidente, pues desde la intendencia se pidió un dictamen técnico el 28 de octubre de 1854, tras cuya emisión se dictó una R.O. de 17 de diciembre de 1854 con reglas para el uso de los «caloríferos» que obligaba a su revisión mensual, a la permanente limpieza y deshollinación de sus chimeneas, a la protección de las salidas de calor mediante rejillas metálicas que evitasen la salida de las brasas, y a la separación de las pinturas de las salidas de calor, realizada mediante conducciones que, en consecuencia, debían desembocar en el centro de las salas[165]. El hecho cierto es que todas estas medidas no fueron suficientes para frenar la inquietud de que se provocase un incendio y buena prueba de ello fue el famoso artículo publicado por Mariano de Cavia en el periódico «El Liberal» el 25 de noviembre de 1891, que causó una enorme conmoción en Madrid, pues narraba un ficticio incendio sufrido por el Museo como si fuera una noticia real y criticaba la falta de medidas eficaces para prevenir una contingencia como esta; para muestra basta con transcribir unas breves líneas del artículo: «*Parece ser que el fuego se inició en uno de los desvanes del edificio, ocupados, como es sabido, a ciencia y paciencia de quien debía*

164. *Ibidem*, pp. 477-478.
165. *Ibidem*, pp. 500-501.

evitarlo, por un enjambre de empleados y dependientes de la casa. Allí se guisaba, allí se encendía fuego para toda clase de menesteres caseros, allí se olvidaba, en fin, que una sola chispa podía bastar para la destrucción de riquezas incalculables… Los suelos y la techumbre eran, por otra parte, inmejorables agentes para el elemento destructor, gracias a la endeblez y combustibilidad de sus tablones y cañizos, poco menos que desnudos. Un brasero mal apagado, un fogón mal extinguido, un caldo que hubo que hacer a media noche, una colilla indiscreta… y ¡adiós, Pasmo de Sicilia! ¡adiós, cuadro de las Lanzas! ¡adiós, Sacra Familia del Pajarito!, ¡adiós, Testamento de Isabel la Católica!, ¡adiós, Vírgenes y Cristos, Apolos y Venus, héroes y borrachos, reyes y bufones, diosas de Tiziano y anacoretas de Ribera, visiones de Fra-Angelico y desahogos de Teniers!

Inmensa debiera ser la responsabilidad para los que no han querido cortar abusos a tiempo, y conjurar peligros oportunamente; pero, ¿qué es en España la responsabilidad? Una palabra hueca»[166].

VII. DEL PATRIMONIO DE LA CORONA AL PATRIMONIO NACIONAL

Una importante cuestión, al hilo de la creación del Museo del Prado, es que éste fue dotado en su origen con obras propiedad de la corona. Uno de los grandes debates de este siglo fue la diferenciación entre patrimonio real y patrimonio nacional, muy significativo en lo que interesa al objeto de este trabajo, pues la propiedad sobre la obra de arte determinaría su permanencia o no de forma definitiva dentro del Museo del Prado y la capacidad de disponer de la misma de su propietario, cuestión esencial que puso en serio peligro nuestra gran pinacoteca durante muchos años a lo largo del siglo XIX; una obra decimonónica del político Fernando Cos Gayón, que llegó a ser Secretario de la Intendencia de la Real Casa y Patrimonio, abordó esta importante cuestión del régimen jurídico histórico del patrimonio de la corona sin que hasta la fecha su estudio haya podido superarse; igualmente el asunto fue analizado extensamente en la tesis doctoral del citado Antonio García-Monsalve, referido a exclusivamente a las colecciones pictóricas del Museo del Prado[167].

166. Biblioteca Nacional, Hemeroteca.
167. Cos Gayón, Fernando, *Historia Jurídica del Patrimonio Real,* 1ª edición, Madrid, Imprenta de Enrique de la Riva, 1881.

De los citados estudios se desprenden las vicisitudes sufridas por el rico patrimonio de este Museo desde su fundación debido al debate sobre la naturaleza jurídica de las colecciones que albergaba. En este sentido, estos bienes artísticos, especialmente desde el testamento de Felipe IV, formaban parte del patrimonio real, lo que implicaba que estaban afectos al uso público y, en consecuencia, no eran privativos del monarca, lo que les confería el carácter de inalienables e inembargables, estando vinculados férreamente a la corona y, por lo tanto, impidiéndose a sus sucesores la libre disposición de los mismos por causa alguna[168]. Pese a ello, el propio Carlos II, en su testamento, reconocía que, de hecho, las necesidades económicas obligaban en ocasiones a la enajenación de algunas obras del patrimonio real[169], pero establecía

168. Testamento de Felipe IV, cláusula 67º: «*Asimismo que anden unidas, incorporadas a las Coronas de estos Reinos, todas las pinturas, bufetes y vasos de pórfido y de diferentes piedras que el día de mi muerte quedaren colgadas y puestas en mis cuartos de este Real Palacio de Madrid, sin que se puedan enajenar ni separar de ella en toda ni en la pequeña y mínima parte. Y usando de la potestad que como Rey y Señor tengo, las incorporo y vinculo en esta Corona, para que, por ninguna causa mayor ni menor se puedan separar de ella por ninguno de los Reyes, mis sucesores, y para que en todo tiempo se sepa las pinturas y bufetes que son, en muriendo yo hará un inventario de todo, y sacando copia de estas Cláusulas se formará de ellas y de dicho inventario un libro aparte con duplicado, y queda en mi guarda-joyas para que haya la buena cuenta y razón y noticia que conviniere*». *Cit.* García-Monsalve Escriña, Antonio, *Historia Jurídica…*, pp. 51-52.

169. Testamento de Carlos II, cláusula 52º: «*Y porque, por las grandes ocupaciones de paz y guerra y negocios graves y arduos que me han ocurrido en tiempo de mi reynado, no lo he podido executar por ende, porque los dichos grandes y otras personas, a causa de la dicha tolerancia y disimulación que havemos tenido y tuviéremos de aquí en adelante, en cualquier manera, no pueden decir ni alegar que tienen uso y costumbre, ni que se haya seguido ni causado prescripción alguna que pueda perjudicar al derecho de la Corona y Patrimonio Real, ni a los Reyes que después me sucedieron en los dichos mis Reynos; de mi propio motu, cierta ciencia y poderío Real absoluto que en esta parte quiero usar y uso, como Rey y Soberano Señor, no reconociendo en lo temporal superior en la tierra: revoco, anulo, caso y doy por de ninguno y de ningún valor la dicha tolerancia y qualquiera disimulación, permiso o licencia que haya concedido y concediese de palabra y por escripto y qualquiera transcurso de tiempo, aunque fuese luengo, luenguíssimo y aunque sea de cien años y tal que no huviesse memoria de hombres en contrario para que no les pueda aprovechar, y siempre quede el derecho de la corona ileso y pueda Yo y los Reyes que después me subcedieren en dichos mis Reynos reyncorporar a la Corona y Patrimonio Real de ellos las dichas alcavalas, tercios, pechos y derechos como quiera a ellos pertenecientes como cosa ajena a la dicha Corona, y que de ella no ha podido, ni puede, ni podrá apartarse por alguna tolerancia, permiso o disimulación o trans-*

también la vinculación futura a la corona del patrimonio artístico[170]. Estas cláusulas de inalienabilidad e inembargabilidad que afectaba a este patrimonio de la corona siguió declarándose expresamente en tiempos de los Borbones en los siglos XVIII y XIX, como en el caso del testamento de Felipe V, unido al acta de su renuncia y abdicación de 10 de enero de 1724, el de Fernando VI de 10 de diciembre de 1758 o el de Carlos III, de 13 de diciembre de 1788[171].

Esta consideración de las obras artísticas de las colecciones reales como bienes públicos, pertenecientes a la Corona y no al monarca, así como su carácter indivisible, permitió en buena medida el que las mismas crecieran, incrementándose en cada reinado, así como que tuvieran una protección mayor que si hubieran sido bienes privativos de cada rey; esta conservación de las colecciones se realizó sin que peligrase su integridad, tanto en las particiones y adjudicaciones de la herencia de cada monarca, como en vida de éstos por actos inter-vivos[172]. La situación, sin embargo, iba a cambiar con motivo de la ejecución del testamento de Fernando VII, otorgado en junio de 1830, afectando al recién creado Museo del Prado y poniendo en serio peligro de dispersión las colecciones que albergaba; en concreto el testamento disponía, en su cláusula 17ª, que «*instituyo y nombro por mis únicos y universales herederos a los hijos o hijas que tuviere al tiempo de mi fallecimiento, menos la quinte parte de todos mis bienes, la cual lego a mi muy amada esposa Dª María Cristina de Borbón, que deberá sacarse del cuerpo de bienes de mi herencia y por el orden y preferencia que prescriben las leyes de*

curso del tiempo, ni por expresa licencia o concesión que huviere de Nos, y de los Reyes nuestros predecesores en fuerza y observancia de lo que dejaron dispuesto, la Reyña doña Ysabel, el Señor Emperador, mi rebisabuelo y los demás señores Reyes, sus subcesores hasta el Rey, mi señor y mi padre». Cit. García-Monsalve Escriña, Antonio, *Historia Jurídica…*, p. 56.

170. Testamento de Carlos II, cláusula 42º: «*En el dicho Palacio que tengo en esta Corte, como en los demás Alcázares Reales, que están dentro y fuera de ella, y en otras ciudades, villas y lugares, mando que todas las pinturas, tapicerías, espejos y demás menaje con que están adornados, quede todo vinculado, como desde luego lo vinculo, con todas las fuerzas y firmezas que dispone el Derecho, y de que para ello uso, para mi sucesor y sucesores en esta Corona; y desde luego y para siempre los privo de que puedan dar ni enajenar en manera alguna los dichos Alcázares y Casas Reales, ni ninguna de las cosas que quedaren en ellos…». Cit.* Cos Gayón, Fernando, *Historia Jurídica…*, p. 63.
171. García-Monsalve Escriña, Antonio, *Historia Jurídica…*, p. 56.
172. *Ibidem*, p. 65.

estos mis reinos, así como el dote que aportó al matrimonio y cuantos bienes se le constituyen bajos este título en los capítulos matrimoniales celebrados solemnemente y firmados en Madrid a 5 de noviembre de 1829», y al hacerse las operaciones testamentarias relativas al inventario se declararon los bienes propios de la Corona, siendo los muebles de libre disposición; la Junta Suprema Patrimonial aprobó la testamentaría por auto de 21 de noviembre de 1834, pero se suspendió su ejecución hasta la mayoría de edad de la futura reina Isabel iniciándose desde este momento un proceso de enormes dimensiones, en el que participaron juristas, funcionarios de la casa real, diputados de cortes, políticos, etc., sobre si los bienes inventariados como consecuencia del testamento se habían clasificado o no correctamente en las categorías de bienes libres o bienes de la corona y, en consecuencia, vinculados; el riesgo era máximo, pues si las obras de arte muebles se consideraban libres se habrían de adjudicar a los herederos y legatarios, lo que provocaría su división y su salida de las colecciones albergadas en el Museo del Prado[173]. La situación no se solventaría hasta la promulgación de la Ley de 12 de mayo de 1865, aprobada por las cortes durante el gobierno de Narváez, al incluirse en el patrimonio de la corona el Museo del Prado (art. 1º3) y las colecciones que albergaba (art. 2º), declararse dicho patrimonio como indivisible, inembargable e imprescriptible y no poder sujetarse a gramen o carga de ninguna clase (art. 5º) y establecerse que dicho patrimonio de la corona sería heredado en lo sucesivo por el hijo primogénito de cada monarca (art. 14º), lo que impedía que el Museo del Prado, como parte de dicho patrimonio real, fuera objeto de una situación similar en el futuro[174].

Posteriormente, tras la Gloriosa, se promulgó durante la Regencia de Serrano la Ley de 18 de diciembre de 1869 que declaraba ex-

173. Cos Gayón, Fernando, *Historia Jurídica…*, pp. 204-231.

174. *Gaceta de Madrid*, 18 de mayo de 1865. Ley de 12 de mayo de 1865: «*Art. 1º Formarán el patrimonio de la Corona:… 3º El Real Museo de pinturas y escultura. Art. 2º Se comprenderán también en el Patrimonio de la Corona todos los muebles y semovientes contenidos en los Palacios y otros edificios y predios enumerados en el art. 1.º …Art. 5º El patrimonio de la Corona será indivisible. Los bienes que lo constituyen serán inalienables e imprescriptibles y no podrán sujetarse a ningún gravamen ni carga pública. …Art. 14º A su advenimiento al trono, heredarán el patrimonio de la Corona el príncipe de Asturias, hijo primogénito de la Reina Doña Isabel II y sucesivamente los demás Reyes de las Españas, conforme al orden establecido en el título VII de la Constitución de la Monarquía*».

tinguido el Patrimonio de la Corona, y revertía sus bienes y derechos en pleno dominio al Estado (art. 1º), ordenando su venta en pública subasta, con la excepción de los que merecieran ser conservados por su carácter histórico o artístico (art. 2º2) o los que conviniese conservar para servicio del Estado (art. 2º3); estando incluido el Museo del Prado entre los que se destinaban a servicios del Estado, con esta ley se había llevado a efecto la nacionalización del Museo del Prado y sus colecciones[175].

VIII. UNA INSTITUCIÓN PARA LA DEFENSA Y CONSERVACIÓN DEL PATRIMONIO: LAS COMISIONES DE MONUMENTOS

En este siglo, se va a crear una institución específica para la tutela del Patrimonio histórico-artístico: las Comisiones de Monumentos, organismo cuya Comisión Central radicaba en Madrid, bajo la dependencia conjunta de la RAH y de la RABASF y organizado con una estructura de diversas Comisiones Provinciales, una en cada provincia, que tendría –sobre el papel– una función fundamental en la protección, conservación y acrecentamiento de ese patrimonio[176]. La dependencia conjunta de las dos Academias indica un acercamiento, por vez primera, a una concepción unitaria del patrimonio histórico-artístico, hasta la fecha inexistente. En este sentido, el papel desempeñado en esta actividad por la RAH es el de centralizar todas las actuaciones de carácter histórico o relativas a antigüedades y gracias a su emprendimiento se desarrollarán diversos trabajos a lo largo

175. *Gaceta de Madrid*, 18 de diciembre de 1869. Ley de 18 de diciembre de 1869: «*Art. 1º Se declara extinguido el Patrimonio de la Corona, fundado por la Ley de 12 de mayo de 1865.*
Los bienes y derechos comprendidos bajo la anterior denominación y la de Real Casa revierten en pleno dominio al Estado.
Art. 2º Todos los bienes que bajo el expresado concepto se incorporan al Estado, así como los detentados que éste reivindique en adelante, serán enajenados, a excepción de los siguientes:… 2º Los que por su carácter histórico o artístico deban conservarse.
3º. Los que convenga destinar para servicio del Estado». Cos Gayón, Fernando, *Historia Jurídica…*, p. 330.

176. El precedente más directo de estas Comisiones de Monumentos fueron las Comisiones Científicas y Artísticas, creadas por R.O. de 27 de mayo de 1837, y sobre las que ya hemos hablado al analizar las normas desamortizadoras y su impacto en el patrimonio artístico. Yáñez Vega, Ana y Lavín Berdonces, Ana Carmen, *La legislación española…*, p. 130.

del siglo de gran importancia para el despegue de la arqueología en España y el de la RABASF el de realizar la misma función en lo concerniente al patrimonio artístico[177].

Es inabarcable la labor historiográfica dedicada a estas Comisiones de Monumentos, especialmente enfocada desde un punto de vista provincial; su actividad y resultados han despertado siempre el interés de historiadores e historiadores del arte preocupados por la protección del patrimonio de sus respectivas provincias, por lo que no haremos aquí un análisis de los resultados locales de los trabajos de estas Comisiones de Monumentos, sino que analizaremos sus bases jurídicas y expondremos con mayor detenimiento dos aspectos relacionados con su actividad, en concreto el primer encargo que recibieron en el momento de su constitución, que fue realizar un inventario de la riqueza histórico-artística de la provincia, tomando para ello como ejemplo la documentación contenida al respecto en el archivo histórico-provincial de Guadalajara, y algunas actuaciones concretas de una de estas comisiones provinciales, concretamente la de Soria, empleando los fondos documentales conservados tanto en su archivo histórico-provincial como en el archivo del Museo Numantino, que se creó con bienes rescatados por esta comisión; finalizaremos este apartado realizando un sumario repaso de los Museos Provinciales creados como resultado de los trabajos de estas Comisiones de Monumentos a lo largo de la geografía nacional[178].

177. Díaz-Andreu, Margarita y Mora, Gloria, *op. cit.*, p. 27.

178. Como ejemplo de alguna bibliografía relativa a estas Comisiones Provinciales de Monumentos y su actividad en el siglo XIX pueden citarse, entre muchas otras: García Martín, Francisco, *La comisión de monumentos de Toledo (1875-1931)*, 1ª edición, Toledo, Ledoira, 2010; VV.AA. *Gracias a… La Comisión de Monumentos (1835-1970)*, 1ª edición, Soria, Junta de Castilla y León, 2005; Adán Álvarez, Gema Elvira, «La comisión de monumentos históricos y artísticos de Asturias y su imbricación en los Museos Asturianos durante el siglo XIX y principios del XX (1844-1919): El Museo Arqueológico Provincial», *Boletín de la ANABAD*, tomo 49, nº 2, 1999, pp. 175-204; Nicolás Martínez, María del Mar y Torres Fernández, María del Rosario, «La Comisión de Monumentos de la provincia de Almería (1844-1847)», *Anales del Colegio Universitario de Almería*, nº 7, 1988, pp. 205-243; García Pérez, Noelia, «La Comisión Provincial de Monumentos Históricos y Artísticos de Murcia (1890-1900)», *Imafronte*, nº 15, 2000, pp. 71-84; Merino Urrutia, José, «Labor de la Comisión de Monumentos de La Rioja desde que fueron creadas el año 1845 hasta nuestros días», *Berceo*, nº 14, 1950, pp. 25-52; Merino Urrutia, José, «Labor

8.1. LA NORMATIVA REGULADORA DE LAS COMISIONES DE MONUMENTOS EN EL SIGLO XIX

Centrándonos ya en la cuestión, las Comisiones de Monumentos van a nacer formalmente tras la R.O. Circular de 2 de abril de 1844, dictada para que los jefes políticos remitiesen al Ministerio de la Gobernación una nota de los edificios y monumentos que se conservasen en su provincia que hubieron sido desamortizados o que, por la belleza de su construcción, por su antigüedad, por su origen, por el destino que tuvieron o por los recuerdos históricos que ofreciesen, merecieran ser conservados, para la adopción de las medidas que procedieran para ello[179].

El incumplimiento de lo dispuesto en esta Real Orden por los jefes políticos fue lo que motivó que se buscase una solución efectiva al

---

de la Comisión de Monumentos de La Rioja desde que fueron creadas el año 1845 hasta nuestros días (continuación)», *Berceo*, nº 15, 1950, pp. 327-356; Estela Giménez, María Isabel, «Estructura y funcionamiento de la Comisión Provincial de Monumentos de Valencia durante los años 1858 a 1878», *Academia*, nº 87, 1998, pp. 391-419; Rodríguez Simón, Pedro, «Las Comisiones Provinciales de Monumentos en Aragón: El caso de la Comisión de Huesca», *Archaia*, nºs 3, 4 y 5, 2003-2005, pp. 289-293; Huici Goñi, María Puy, «Las Comisiones de Monumentos históricos y artísticos con especial referencia a la Comisión de Navarra», *Príncipe de Viana*, nº 189, 1990, pp. 119-210.

179. *Gaceta de Madrid*, 14 de abril de 1844. RO. Circular de 2 de abril de 1844: «*Entre los edificios que pertenecieron a las comunidades religiosas y otras corporaciones suprimidas, y que han pasado a dominio del Estado, existen algunos cuya belleza es la admiración de los inteligentes, o que encierran en su recinto monumentos que por más de un título son dignos de respeto y admiración. Desgraciadamente la mano de la revolución ha pasado por muchos de ellos, y ha hecho desaparecer tesoros artísticos que eran la gloria de nuestra patria; y deseando la Reina que se salven de una vez los restos preciosos que todavía quedan, se ha servido disponer que en el término de un mes pase Vuestra Señoría a este Ministerio de mi Cargo* [el Ministerio de la Gobernación de la Península] *una nota de todos los edificios, monumentos y objetos artísticos, de cualquiera especie que sean, que se hallen en este caso, y que bien por la belleza de su construcción, bien por su antigüedad, por su origen, el destino que han tenido o los recuerdos históricos que ofrecen, merezcan ser conservados, a fin de que en su vista se adopten las medidas convenientes. Su Majestad espera que penetrándose Vuestra Señoría de cuánto interesa esta medida a la gloria nacional, no omitirá diligencia alguna para que estas noticias sean tan extensas y exactas como requiere su objeto, para lo cual se informará Vuestra Señoría de los artistas y personas inteligentes que residan en esa provincia, y que puedan suministrar datos útiles o dar su voto en la materia.*
De Real orden lo comunico a Vuestra Señoría para su inteligencia y cumplimiento. Dios guarde a Vuestra Señoría muchos años. Madrid, 2 de Abril de 1844.= Peñaflorida.=-Señor gefe político de…».

problema, lo que se llevó a efecto mediante el intento de implicación en esta actividad de personas especialmente vinculadas a la provincia y con una cierta cultura, que habrían de formar unas comisiones para defender el patrimonio provincial: las Comisiones de Monumentos. La norma que las va a crear es la R.O. de 13 de junio de 1844, estableciendo un sistema dual, pues iba a crear unas comisiones de monumentos en cada una de las provincias del reino (art. 1º) y una comisión central en Madrid (art. 9º)[180].

180. *Gaceta de Madrid*, 21 de junio de 1844: Real Orden de 13 de junio de 1844, para la creación de la Comisión Central y las Comisiones Provinciales de Monumentos Históricos y Artísticos: «*Por Real orden de 2 de Abril último se sirvió la Reina (que Dios guarde) mandar que los gefes políticos remitiesen a este ministerio de mi cargo una nota de todos los edificios, monumentos y objetos artísticos de cualesquiera especie que fuesen que, procedentes de los extinguidos conventos, existan en sus respectivas provincias y que, por la belleza de su construcción, por su antigüedad, el destino que han tenido o los recuerdos históricos que ofrecen sean dignos de conservarse, a fin de adoptar las medidas oportunas para salvarlos de la destrucción que les amenaza. Aunque no todos los gefes políticos han podido cumplir con este encargo por la dificultad de reunir las noticias pedidas, son bastantes ya los datos que se tienen para conocer la riqueza que en esta parte posee todavía la nación, y la necesidad urgente de adoptar providencias eficaces que contengan la devastación y la pérdida de tan preciosos objetos, procurando sacar de ello todo el partido posible en beneficio de las artes y la historia.*
Por lo tanto Su Majestad, enterada de todo, y deseando que se proceda en tan importante punto con el conocimiento, método y regularidad que son de desear para que los resultados correspondan al fin que se propone, se ha servido dictar las disposiciones siguientes:
Art. 1º Habrá en cada provincia una comisión de monumentos históricos y artísticos, compuesta de cinco personas inteligentes y celosas por la conservación de nuestras antigüedades.
Art. 2º Tres de esas personas serán nombradas por el gefe político; las otras dos por la diputación provincial, que podrá elegir una de su propio seno. La presidencia corresponde al gefe político, y en su defecto al vocal que esta autoridad señale.
Art. 3º Será atribución de estas comisiones:
1º. Adquirir noticia de todos los edificios, monumentos y antigüedades que existan en su respectiva provincia y que merezcan conservarse.
2º. Reunir los libros, códices, documentos, cuadros, estatuas, medallas y demás objetos preciosos, literarios y artísticos pertenecientes al Estado que estén diseminados en la provincia, reclamando los que hubieren sido sustraídos y puedan descubrirse.
3º. Rehabilitar los panteones de Reyes y personajes célebres o de familiares ilustres, o trasladar sus reliquias a paraje donde estén con el decoro que les corresponde.
4º. Cuidar de los museos y bibliotecas provinciales, aumentar estos establecimientos, ordenarlos y formar catálogos metódicos de los objetos que encierran.

5º. Crear archivos con los manuscritos, códices y documentos que se puedan recoger, clasificarlos e inventariarlos.

6º. Formar catálogos, descripciones y dibujos de los monumentos y antigüedades que no sean susceptibles de traslación, o que deban quedar donde existen, y también de las preciosidades artísticas que por hallarse en edificios que convenga enajenar, o que no puedan conservarse, merezcan ser transmitidas en esta forma a la posteridad.

7º. Proponer al Gobierno cuanto crean conveniente a los fines de su instituto, y suministrarle las noticias que les pida.

Art. 4º Los gastos que ocasionen estas comisiones se satisfarán por ahora de los fondos provinciales.

Art. 5º Cesarán todas las juntas que en el día existan para la organización y conservación de museos y bibliotecas provinciales; mas para la composición de las nuevas comisiones se contará en lo posible con los individuos de aquellas juntas, consultando el gefe político al Gobierno cualquiera duda que pueda ofrecerse acerca de este particular.

Art. 6º Las comisiones no se entenderán con el Gobierno, oficinas, corporaciones o particulares sino por el conducto de su presidente el gefe político, que firmará todas las comunicaciones. Cuando estas se dirijan al Gobierno, el gefe político añadirá su dictamen particular.

Art. 7º Las mismas comisiones no procederán a operación alguna ni harán gastos, de cualquiera especie que sean, sin expresa autorización del gefe político, quien consultará al Gobierno siempre que el objeto lo merezca por su importancia.

Art. 8º Cada tres meses pasarán al ministerio de la Gobernación de la Península un resumen de sus trabajos y de los resultados que hubieren conseguido.

Art. 9º Habrá en Madrid una comisión central, presidida por el Ministro de la Gobernación y compuesta de un Vicepresidente y cuatro vocales, a lo menos, nombrados por Su Majestad.

Art. 10. Serán atribuciones de esta comisión:

1º. Dar impulso a los trabajos de las comisiones provinciales y regularizarlos.

2º. Proponer al Gobierno cuanto crea conveniente para este fin y para el logro de los objetos comprendidos en el art. 3º

3º. Evacuar todos los informes que le pida el Gobierno, y ejecutar cuantos trabajos le encargue correspondientes a los objetos de su instituto.

4º. Redactar anualmente una memoria que se publicará, y en que dé cuenta del resultado que hubieran tenido sus trabajos.

Art. 11. La comisión central no tendrá autoridad sobre las provinciales, pero podrá corresponder con ellas para adquirir las noticias que necesite. En todo lo demás se dirigirá siempre al Gobierno.

Art. 12. En el nuevo presupuesto se propondrá a las Cortes un crédito proporcionado para los varios objetos de todas estas comisiones, y el Gobierno suministrará a la comisión central las obras y auxilios que le sean indispensables para el mejor desempeño de su cometido.

De Real orden lo comunico a Vuestra Señoría para su inteligencia y efectos correspondientes. Dios guarde a Vuestra Señoría muchos años. Madrid, 13 de junio de 1844.=Pidal.= Señor gefe político de…».

En cuanto a su composición, las Comisiones Provinciales se formarían por cinco personas que debían ser seleccionadas por su interés por la conservación del patrimonio histórico-artístico (art. 1º), de las cuales el jefe político –que sería miembro de la comisión y ostentaría el cargo de presidente– seleccionaría tres y la diputación provincial a dos, pudiendo una de ellas ser elegida de su propio seno (art. 2º); la Comisión Central, por su parte, estaría presidida por el Ministro de la Gobernación y la compondrían un Vicepresidente y un mínimo de cuatro vocales, nombrados por el monarca (art. 9º).

Por lo que atañe a sus funciones, en lo que respecta a las Comisiones Provinciales éstas eran (art. 3º):

- Informarse de todos los edificios, monumentos y antigüedades que existiesen en su respectiva provincia y que merecieran ser conservados.
- Reunir los libros, códices, documentos, cuadros, estatuas, medallas y demás objetos con alto valor literario o artístico que perteneciesen al Estado y que estuviesen diseminados por la provincia, debiendo reclamar los que hubiesen sido sustraídos y pudieran descubrirse.
- Rehabilitar los panteones de reyes y personajes célebres o de familiares ilustres, o trasladar sus reliquias a una ubicación donde estuvieran en el mejor entorno posible.
- Cuidar de los museos y bibliotecas provinciales, aumentar sus colecciones, ordenarlos y realizar catálogos metódicos de las mismas.
- Crear archivos con los manuscritos, códices y documentos que pudieran recoger, que debían también ser clasificados e inventariados.
- Formar catálogos, descripciones y dibujos de los monumentos y antigüedades que no fueran susceptibles de traslado, o que deban quedar en su emplazamiento original, así como de las obras de arte que, por hallarse en edificios que conviniese enajenar o que no pudieran conservarse, merecieran ser transmitidas en esta forma a la posteridad.
- Proponer al Gobierno cuanto creyeran conveniente para desarrollar su actividad y suministrarle las noticias que les pidiese.

Y en lo que respecta a la Comisión Central, sus funciones eran (art. 10º):

- Impulsar la actividad de las comisiones provinciales y regularizarla.
- Proponer al Gobierno cuanto creyera conveniente para que las Comisiones Provinciales alcanzaran los fines para los que se habían creado.
- Evacuar todos los informes que le pidiese el Gobierno y ejecutar cuantos trabajos le encargase en relación con esta actividad.
- Redactar anualmente una memoria que se publicaría, en que informase del resultado que hubieran tenido sus trabajos.

En cuanto a los restantes aspectos que debían regular los trabajos y relaciones de las Comisiones Provinciales, debe destacarse que sus gastos serían pagados por los propios fondos provinciales, lo que suponía un grave problema ya desde el origen, para el adecuado desarrollo de su actividad (art. 4º), si bien se preveía una dotación presupuestaria para el futuro, tanto para el desarrollo de la actividad de las Comisiones Provinciales como para el de la Comisión Central (art. 12º); la dependencia directa de estas Comisiones Provinciales no era de la Comisión Central, sino del Gobierno, actuando siempre como representante de las mismas el jefe político (art. 6º) que, como una de sus importantes funciones, tenía la de autorizar cualquier gasto u operación que estas Comisiones fuesen a realizar (art. 7º).

Y en cuanto a los que afectaban a la Comisión Central, se establecía que carecía de autoridad sobre las provinciales, pero podía demandarlas la información que precisase, debiendo entenderse para otras cuestiones siempre con el Gobierno que, de esta forma, quedaba como responsable directo común de ambas instituciones (art. 11º).

Pocos días después, por R.O. de 24 de junio de 1844[181], se dictaron las instrucciones que debían observarse por las Comisiones Provinciales de Monumentos. Esta extensa norma, dividida en tres capítulos y treinta y cuatro artículos, disponía la organización de dichas comisiones, los trabajos que debía acometer y las obligaciones que debían asumir los acaldes de los pueblos para con su respectiva Comisión Provincial; esta norma constituía el verdadero estatuto orgánico de esta institución[182].

181. *Gaceta de Madrid*, 28 de julio de 1844.
182. López Trujillo, Miguel Ángel y García-Risco Vigara, María del Carmen, «La Comisión de Monumentos de Guadalajara (1835-1939). Breve reseña

En este sentido, en lo que se refiere a la organización de las Comisiones Provinciales, regulada en el capítulo I de la R.O., estas eran divididas en secciones, de forma que cada una de ellas se ocuparía de un específico trabajo (art. 1º); estas secciones eran tres: la sección primera era la de Bibliotecas y Archivos, la sección segunda era la de Pintura y Escultura y la sección tercera la de Arqueología y Arquitectura (art. 2º). La sección primera tendría a su cargo la formación de los archivos y de las bibliotecas y su aumento con los manuscritos y obras que fuera adquiriendo (art. 3º); la sección segunda, por su parte, debía realizar la inspección de los museos de pintura y escultura, y proponer las mejoras que debían realizarse en los mismos (art. 4º) y, finalmente, la sección tercera había de promover excavaciones en los sitios en donde hubieran existido famosas poblaciones de la antigüedad, así como excitar el celo y patriotismo de los eruditos y anticuarios, recoger cuantas monedas, medallas, noticias y otros objetos antiguos pudiera encontrar; clasificarlos y conservar los edificios cuyo mérito así lo aconsejase (art. 5º). Sin embargo, a pesar de que estas funciones eran privativas de cada una de las secciones indicadas, se establecía que era preceptivo el acurdo previo de toda la Comisión para que cada sección pudiese realizar actuaciones en su campo respectivo (art. 6º).

En lo que atañe a los específicos trabajos que debía realizar cada una de las secciones en que se organizaban las Comisiones Provinciales, regulados en el capítulo II de esta norma, se establecían las siguiente particularidades:

- En lo que respecta los de la sección primera se indicaba que sus principales obligaciones eran las prevenidas en los apartados 4º y 5º del art. 3º de la R.O. de 13 de junio (*«4º Cuidar de los museos y bibliotecas provinciales, aumentar estos establecimientos, ordenarlos y formar catálogos metódicos de los objetos que encierran. 5º Crear archivos con los manuscritos, códices y documentos que se puedan recoger, clasificarlos e inventariarlos»*) excepto la parte relativa a los museos (art. 7º), a cuyo efecto debían ponerse de acuerdo con los en-

histórica y fuentes documentales para su estudio», en: *La Investigación y las Fuentes Documentales de los Archivos, Tomo 1*, Guadalajara, Anabad Castilla-La Mancha y Asociación de Amigos del Archivo Histórico Provincial de Guadalajara, 1996, p. 446.

cargados de amortización, procurando reunir todos los códices, manuscritos y demás documentos que tuviesen relación con las ciencias, la historia y la literatura (art. 8º) y, si existiese un catálogo de libros y manuscritos anteriores a las desamortizaciones, debían conciliarse con los efectivamente conservados para ver los ejemplares perdidos, de lo que informaría al Gobierno (art. 9º); de estas y otras pérdidas debería informar al Gobierno y proceder a realizar las gestiones necesarias para la recuperación de dichos bienes (art. 10º), procurando realizar una memoria descriptiva de cada uno de los bienes recuperados, que debía remitirse a la Comisión Central (art. 11º) y, finalmente, debían procurar reunir todos los bienes en una sola biblioteca, separados por materias y debidamente catalogados (art. 12º).

- En lo que se refiere a los de la sección primera se establecía como uno de sus más importantes deberes el evitar que se prolongase por más tiempo el abandono en que estuvo este género de obras artísticas, pictóricas y escultóricas, a lo largo de los últimos años antes de la publicación de esta norma (art. 13º), debiendo cumplir para ello las disposiciones 1ª, 2ª, 3ª y 6ª del art. 3º de la R.O. de 13 de junio *(«1º Adquirir noticia de todos los edificios, monumentos y antigüedades que existan en su respectiva provincia y que merezcan conservarse. 2º Reunir los libros, códices, documentos, cuadros, estatuas, medallas y demás objetos preciosos, literarios y artísticos pertenecientes al Estado que estén diseminados en la provincia, reclamando los que hubieren sido sustraídos y puedan descubrirse. 3º Rehabilitar los panteones de Reyes y personajes célebres o de familiares ilustres, o trasladar sus reliquias a paraje donde estén con el decoro que les corresponde. (…) 6º Formar catálogos, descripciones y dibujos de los monumentos y antigüedades que no sean susceptibles de traslación, o que deban quedar donde existen, y también de las preciosidades artísticas que por hallarse en edificios que convenga enajenar, o que no puedan conservarse, merezcan ser transmitidas en esta forma a la posteridad»*), en lo relacionado con estas artes (art. 14).

  Para desarrollar estas tareas se les concedían las mismas facultades que a la sección primera en los artículos 9 y 10, pudiendo recurrir a los tribunales si fuera necesario para recuperar alguna obra artística (art. 15º); por otro lado, debía recoger cuantas noticias tuviesen relación con los monumentos que por su antigüe-

dad o mérito artístico debieran conservarse, proponiendo al jefe político lo que estimase oportuno, elevándolo éste al Gobierno salvo que fuera urgente actuar para salvar de la ruina algún objeto importante, en cuyo caso se actuaría según con lo que la comisión juzgare más conveniente (art. 16º).

En lo que se refiere a la venta ilegal de cuadros y estatuas, para impedir que pudieran sacarse al extranjero, habían de cuidar las comisiones, por medio de la sección segunda, de que no se despachase guía alguna de estas obras artísticas por los administradores de aduanas, sin que antes hubiera sido reconocida por tres profesores, y sin que se presentasen testimonios en que se acreditase su legítima procedencia (art. 18º), que si fuere incierta o sospechosa, implicaría que quedasen los cuadros en poder de las comisiones hasta que los interesados probasen su derecho, lo cual habría de realizarse dentro de un término de treinta días (art. 19º).

En lo que respecta al destino de los cuadros y obras escultóricas, éste sería el museo provincial, estableciéndose que si aún no existía ninguno en el territorio las comisiones debían reunir en un local seguro los lienzos, estatuas, relieves y demás obras de talla que recogiesen, hasta que el Gobierno tomase una decisión sobre qué hacer con esas obras (art. 17º); por otro lado, todos los cuadros que se recogiesen, así como los ya existentes en los museos, habían de ser sellados en el reverso por las comisiones con esta inscripción: *Comisión de monumentos artísticos de la provincia de…,* teniendo la precaución de que este sello no perjudicase en nada a la pintura (art. 20º). Los cuadros y demás objetos artísticos de los museos provinciales debían ser catalogados; estos catálogos tenían que ser metódicos y razonados y recoger un juicio crítico de cada obra (art. 21º) y anualmente habían de remitirse a la Comisión Central, junto con un informe de los recogidos ese año (art. 22º).

- Y en lo referente a los trabajos de la sección tercera se establecían las siguientes disposiciones sobre lo que debía realizar en materia de arqueología (art. 23º): mantener un estrecho contacto con las academias y particulares que entendiesen o hubiesen entendido en trabajos de excavaciones, estimulándolos a continuarlos; designar personas, si dentro de la sección no las hubiera, que

pudieran encargarse de la dirección de dichas excavaciones, e interviniesen todos los objetos descubiertos, poniéndolos en poder de la comisión; recoger las lápidas, vasos, vasijas, monedas, medallas y otros objetos antiguos, reuniéndolos en el mismo local donde esté establecido el museo, y clasificándolos en alguna de las siguientes épocas: fenicia, céltica, griega, romana, púnica, bárbara, árabe y renacimiento; una vez clasificados en esta forma los objetos de arqueología, debía realizar el correspondiente catálogo de ellos y, finalmente, habría de informarse detenidamente de los monetarios y demás gabinetes arqueológicos que existiesen en su provincia, y tomaría nota del número de monedas y objetos que contuviesen, trasladando esta información al Gobierno para que éste formulase estadísticas con los mismos.

Y en lo que se refería a la arquitectura, se establecía (art. 24º) que sus trabajos habrían de ser los derivados del primer apartado del art. 3º de la R.O. de 13 de junio (*1º Adquirir noticia de todos los edificios, monumentos y antigüedades que existan en su respectiva provincia y que merezcan conservarse*), así como los de los apartados 3º y 6º del mismo artículo, en lo relacionado con arquitectura (*3º Rehabilitar los panteones de Reyes y personajes célebres o de familiares ilustres, o trasladar sus reliquias a paraje donde estén con el decoro que les corresponde. 6º Formar catálogos, descripciones y dibujos de los monumentos y antigüedades que no sean susceptibles de traslación, o que deban quedar donde existen, y también de las preciosidades artísticas que por hallarse en edificios que convenga enajenar, o que no puedan conservarse, merezcan ser transmitidas en esta forma a la posteridad).*

En lo que se refiere a la rehabilitación de edificios se ordenaba que siempre que algún edificio se hallase en mal estado, e interesase a las artes y a la historia el conservarlo, propondrían las comisiones, previo informe de la sección tercera, los medios para recuperarlo, a fin de que fueran elevados al Gobierno por el jefe político (art. 25º), reparaciones que se harían bajo la dirección de la sección tercera, que debería contar en su seno algún profesor de arquitectura, pero siempre sin apartarse del dictamen que hubiese formulado la comisión (art. 26º).

- En lo que se refería a las reuniones y trabajos, en general, de las Comisiones Provinciales, éstas se celebrarían siempre que lo exigiesen los trabajos que desarrollaban (art. 28º), pero la regla general es que estas reuniones sería, al menos, semanales y también siempre que así lo solicitase una de las secciones (art. 29º). Entre sus trabajos obligatorios estaría el que uno de sus miembros realizase una visita anual a todos los pueblos de las provincias respectivas para vigilar sobre la conservación de todos los monumentos que no pudieran trasladarse, y tomar las decisiones que pudieran ser necesarias para promover dicha conservación (art. 30º).
- En lo que respecta a las retribuciones de estos miembros de las Comisiones, no se establecía ninguna, pues el cargo era honorífico y se realizaba por mero amor a las artes y la historia. Se recompensaría mediante una mención laudatoria en el informe anual que elaboraría la Comisión Central (art. 31º) y, excepcionalmente, se manifestaba la declaración de voluntad de que cuando los servicios prestados fueran de tal consideración que merecieran ser premiados de otro modo, el Gobierno se proponía hacerlo dignamente (art. 32º); los que sí habrían de recibir dietas por los desplazamientos eran los comisionados que hubieran de realizar el viaje a anual a los pueblos de la provincia, a los que la propia comisión señalaría el importe de estas dietas (art. 30º).

Y, finalmente, en lo que respecta a las obligaciones a que estaban sujetos los alcaldes de los pueblos respecto de la Comisión Provincial respectiva, reguladas en el capítulo III de la R.O., se exigía su cooperación para asegurar la efectividad de los trabajos realizados por las comisiones, que se concretaba en las siguientes medidas (art. 33º): suministrar la información que les pidiesen las comisiones, auxiliados de los curas párrocos del municipio; ayudar por todos los medios a su alcance a que se cumpliesen por las comisiones las obligaciones de recuperación de bienes muebles, que les establecían los artículos 9, 10 y 15 de esta norma; colaborar con las comisiones en cualquier traslado de objetos; retener los lienzos, códices, escrituras, estatuas u otros objetos de artes de procedencia dudosa que se encontrasen en su jurisdicción, informando de ello a las comisiones para que estas acordasen lo más conveniente; recoger todos los fragmentos de lápidas, estatuas, columnas, medallas, vasos y otros objetos antiguos que se descubrie-

sen en su término municipal, y remitirlos a las comisiones, expresando el lugar en donde fueron hallados (pero si el objeto encontrado estuviese fijo en el suelo, o fuera de tal magnitud que pudiera ponerse en peligro al moverlo, no se procedería a tomar medida alguna sin el previo informe de la Comisión Provincial); vigilar por la conservación de aquellos edificios, cuadros y esculturas que existiesen aún en las iglesias de los conventos que hubieran sido habilitadas como parroquias, e informar a las comisiones de cualquier novedad que ocurriese; y finalmente, estimular a los hombres estudiosos que residen en los pueblos de su jurisdicción para que se dedicasen a estos trabajos.

Por su colaboración los alcaldes y curas párrocos tampoco habrían de recibir remuneración alguna, pero se establecía que aquéllos que, llevados de un verdadero patriotismo, se distinguieren en el cumplimiento de estas obligaciones, serían acreedores a las mismas recompensas honoríficas que se preveían para los miembros de las comisiones (art. 34).

Las Comisiones Provinciales no tuvieron un trabajo fácil y hubieron de afrontar un sin fin de problemas y, como siempre, el económico fue el principal de ellos. Como hemos visto en el análisis de las normas dictadas para su creación y funcionamiento las normas no dotaban fondo alguno para el mantenimiento de las Comisiones y tampoco fijaban partidas para el desarrollo de sus trabajos; simplemente se dejaba en manos del presupuesto provincial atender estos gastos, lo que provocó que, a la postre, las Comisiones estaban en manos de los gobiernos civiles, especialmente en las épocas de gobiernos más conservadores, que concedieron muy altas atribuciones a éstos; pero quizá el mayor obstáculo económico que encontraron fue que se negaba a los miembros que las componían cualquier clase de remuneración, dado que se consideraba que el cargo era honorífico y, en consecuencia, carente de retribución por su desempeño, algo que ya se había intentado en el año 1837 con las Juntas de Monumentos y había llevado a su más absoluto fracaso; es más, este carácter honorífico al menos tendría para los comisionados una cierta compensación, como era una mención laudatoria expresa en la memoria anual que debía redactar la Comisión Central, pero la realidad fue que tampoco esta

mención la recibieron los comisionados pues, salvo en los años 1845 y 1846, las memorias nunca llegarían a redactarse[183].

El hecho cierto es que estas disposiciones tardaron en ejecutarse, como lo prueba el que por R.O. de 7 de diciembre de 1849 se exigiese el cumplimiento de lo dispuesto en las instrucciones que acabamos de analizar o, lo que es aún más grave, que los diferentes responsables políticos de las provincias dedicasen los fondos destinados a la actividad de conservación de monumentos que debían realizar las Comisiones Provinciales a usos distintos, especialmente a la financiación de yacimientos arqueológicos, lo que se trató de remediar por R.O. Circular de 27 de abril de 1852[184].

El siguiente paso en la evolución de la normativa reguladora de las Comisiones de monumentos lo vamos a encontrar en el Real Decreto de 15 de noviembre de 1857 que va a reorganizar tanto la Comisión Central como las Comisiones Provinciales. La idea principal de la reforma era dar un mayor poder a la Comisión Central, que pasaría a ser la responsable directa de las Comisiones Provinciales (art. 11º), así como a disponer de verdaderas facultades ejecutivas en materia de protección del patrimonio, entre las que se encontraba la restauración de bienes (art. 12º) que podría acometer directamente sin que fuera preciso permiso del Gobierno, salvo que su importe excediere de diez mil reales (art. 17º); por otro lado, en esa línea en

183. R.O. de 24 de julio de 1844: «*Art. 31. Como el Gobierno de Su Majestad se propone estimular por todos conceptos el patriotismo de los amantes de las letras y de las artes, se hará una mención honorífica en la Memoria anual, que escribirá la comisión central, de aquellos sugetos cuyo celo les haya hecho distinguirse en los trabajos de las comisiones*». VV.AA., *Gracias a… La Comisión de Monumentos (1835-1970)*, 1ª edición, Soria, Junta de Castilla y León, 2005, p. 23.

184. *Gaceta de Madrid*, 5 de mayo de 1852. R.O. Circular de 27 de abril de 1852: «*Enterada la Reina (que Dios guarde) de una consulta que ha elevado la Comisión central de monumentos históricos y artísticos sobre la necesidad de que se corrija el abuso introducido en algunas provincias, en las que se invierten las cantidades destinadas al principal objeto de aquel instituto en hacer excavaciones, las más veces inútiles, con el deseo de descubrir mosaicos y antigüedades, se ha dignado mandar me dirija a Vuestra Señoría, como de su Real orden lo ejecuto, a fin de que bajo ningún pretexto permita que, sin previo permiso del Gobierno, la cantidad consignada en el presupuesto de la provincia para las atenciones de la Comisión de monumentos se aplique a otros gastos que a los de reparo y conservación de los edificios célebres de la misma. Dios guarde a Vuestra Señoría muchos años. Madrid, 27 de Abril de 1852.=Reynoso.=Señor Gobernador de la provincia de…*».

la que planteaban estas nuevas comisiones, las provinciales ya no dependerían de los gobernadores civiles, como se ha indicado, sino de la Comisión Central, quedando dichos gobernadores como un simple miembro más de las Comisiones Provinciales (art. 22º). El hecho cierto es que esta nueva planta, aunque mejor concebida que la inicial, seguía planteando un problema de fondo de enormes dimensiones, pues seguía sin dotarse a las Comisiones Provinciales de fondos para atender su actividad, salvo lo que en el presupuesto provincial se fijase (art. 25º) y, sobre todo, seguía sin retribuirse a los comisionados que únicamente habrían de recibir una recompensa honorífica consistente en la distinción que ostentaba su cargo (art. 24º); en suma, la reforma tenía los mismos problemas que ya habían afectado a su funcionamiento desde su constitución y, en consecuencia, estaba destinada a convertirse en un sonado fracaso[185].

Este fiasco no tardó en manifestarse y su consecuencia directa fue la supresión de la Comisión Central por el artículo 161 de la Ley de Instrucción Pública de 9 de septiembre de 1857, que aparte de suprimir esta Comisión Central establecía que sería en lo sucesivo la RABASF la encargada de la conservación del patrimonio artístico del reino, la superior jerárquica directa de las Comisiones Provinciales y la inspectora superior de los museos públicos de Madrid y de las provincias, en lo que constituye una reforma de inmenso calado en esta institución y en la protección del patrimonio histórico-artístico[186].

Esta reforma se concretaría de forma definitiva mediante R.O. de 24 de noviembre de 1865, por la que se aprobaba el reglamento de las Comisiones Provinciales de Monumentos[187]. En este Reglamento se vino a dar a la RABASF y a la RAH verdaderas competencias en la conservación monumental, por cuanto se disponía que las Comisiones de Monumentos de cada provincia debían esta compuestas por académicos correspondientes de cada una de ellas, concretamente

185. *Gaceta de Madrid*, 17 de noviembre de 1854.
186. *Gaceta de Madrid*, 10 de septiembre de 1857. Ley de Instrucción Pública de 9 de septiembre de 1857: «*Art. 161: Se pondrá al cuidado de la Real Academia de San Fernando la conservación de los elementos artísticos del reino y la inspección Superior del Museo Nacional de Pintura y Escultura, así como la de los que debe haber en las provincias, para lo cual estarán bajo su dependencia las Comisiones Provinciales, suprimiéndose la central*».
187. *Gaceta de Madrid*, 11 de diciembre de 1865.

por cinco designados por la RAH y otros cinco nombrados por la RABASF (art. 1º); el único miembro que no formaría parte de las Academias sería el gobernador de la provincia, que presidiría la Comisión (art. 5º). Esta profesionalización de las Comisiones Provinciales se manifestaba en sus atribuciones, mucho más ambiciosas que las de las antiguas comisiones:

- Su principal atribución iba a ser verdaderamente dirigida a proteger el patrimonio, pues consistía en conservar y restaurar los monumentos históricos y artísticos propiedad del Estado (art. 17º1) que se completaría con unas facultades de reconocimiento facultativo y arqueológico de los monumentos públicos para prevenir su ruina y evitar en ellos cualquier tipo de restauración defectuosa que menoscabasen su valor artístico (art. 17º8) y la de custodiar y conservar los sepulcros y enterramientos de reyes y personas notables, que podían restaurar y trasladar si las circunstancias así lo exigían (art. 17.9º).
- En cuanto a los Museos en las provincias, debían crearlos, cuidarlos mejorarlos y aumentarlos, tanto en lo referente al arte (art. 17º2) como en lo que respectaba a las antigüedades (art. 17º4º); para el aumento de las colecciones arqueológicas de los museos se les concedían facultades de dirección de yacimientos (art. 17.3º). Asimismo se establecían facultades para la adquisición de nuevos objetos de arte o arqueológicos que mereciesen exhibirse en museos de arte y arqueológicos (art. 17º5º).
- Y, finalmente, una medida que establecía la preceptiva intervención de las Comisiones Provinciales en las obras públicas que se acometiesen, siempre que su ejecución pudiera afectar a la existencia de restos artísticos o arqueológicos, para evitar su robo o destrucción (art. 17º10).

Años después hubieron de reformarse parcialmente alguno de los preceptos contenidos en el reglamento de 1865; concretamente nos interesa aquí lo dispuesto en el artículo 21º, que establecía el tantas veces exigido examen previo de la RABASF antes de acometerse obras de restauración en edificios públicos civiles o religiosos; el hecho cierto es que esto se había incumplido, pues el precepto tenía una redacción ambigua y a la hora de aplicarlo, concretamente la

orden de paralización de esas obras, por los gobernadores civiles, si no contaban con el informe favorable de la RABASF, lo que había derivado en su inaplicación en la práctica. Esto se pretendió remediar por R.O. de 30 de diciembre de 1881, que dio nueva redacción a este precepto, al objeto de facilitar que las Comisiones de Monumentos pudieran exigir a los gobernadores civiles la paralización de este tipo de obras[188]. Esta fue la última modificación normativa de estas instituciones realizada en el siglo XIX.

8.2. EL PRIMER TRABAJO DE LAS COMISIONES DE MONUMENTOS: EL INTENTO DE CATALOGACIÓN E INVENTARIO DE LOS MONUMENTOS DE LAS PROVINCIAS; EL CASO DE GUADALAJARA

Tras analizar los antecedentes jurídicos podemos analizar la primera actividad real que se les exigió a estas Comisiones de Monumentos en el momento de su constitución, que fue la de catalogar e inventariar los monumentos existentes en la provincia. Con anterioridad a la creación de estas Comisiones Provinciales una Real Orden de 2 de abril de 1844 ya había exigido la realización en cada provincia de un inventario monumental. Estudiaremos a continuación, como ejemplo de lo que sucedió en el resto de provincias del país, los trabajos que en este sentido acometió la Comisión Provincial de Monumentos de Guadalajara[189].

188. *Gaceta de Madrid*, 18 de febrero de 1882.

189. Apenas existe bibliografía que se haya ocupado de la creación de la Comisión Provincial de Monumentos de Guadalajara, su organización y sus primeros trabajos. Al respecto pueden consultarse Serrano Morales, Riansares y Caballero García, Antonio, «Los fondos de la comisión provincial de monumentos y del real patronato provincial para el fomento de las bibliotecas, archivos y museos arqueológicos, conservados en el archivo histórico provincial de Guadalajara». *Wad-al-Hayara-Revista de Estudios de la Institución Provincial de Cultura «Marqués de Santillana de Guadalajara»,* nº 21, año 1994, pp. 343-365; López Trujillo, Miguel Ángel y García-Risco Vigara, María del Carmen, «*La Comisión de Monumentos de Guadalajara…*». Con un carácter más general, pues se extiende a toda la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha, y dedicado específicamente a la documentación obrante en la Academia de la Historia, puede consultarse Almagro Gorbea, Martín y Maier Allende, Jorge, *250 años de arqueología y patrimonio. Documentación sobre arqueología y patrimonio histórico de la Real Academia de la Historia. Estudio general*

De esta tarea de inventario y catalogación se encargó, para Guadalajara, la recién creada Comisión Provincial de Monumentos –concretamente su Sección Tercera– que, a finales de ese año remitió a todos los Ayuntamientos de la Provincia una encuesta que debían cumplimentar el Alcalde Constitucional y el Cura Párroco. Este cuestionario planteaba, esencialmente, una serie de preguntas sobre la existencia de monumentos en el término municipal, su estado de conservación y sus características y se dividía en cuatro apartados: monumentos romanos, a los que dedicaba 16 preguntas; monumentos de la edad media, cuya presunta abundancia exigía la contestación a 36 preguntas del cuestionario; monumentos árabes, a los que se dedicaban 10 cuestiones y, finalmente, monumentos del renacimiento, que recogía 9 preguntas sobre los mismos[190].

Estos cuestionarios fueron cumplimentados, no siempre con acierto, y devueltos por los respectivos Ayuntamientos, a la Comisión Provincial entre los meses de diciembre de 1844 y junio de 1845[191].

---

e índices, Madrid, Real Academia de la Historia-Gabinete de Antigüedades, 2003, pp. 149-159 (dedicadas a Castilla-La Mancha).

190. Se transcribe íntegramente el pliego, con las cuestiones formuladas a los Ayuntamientos de la provincia de Guadalajara.

191. Las vicisitudes del encargo formulado por la Comisión Provincial y su ejecución por los municipios se reflejan en un documento que nos permite apreciar la sucesión de los acontecimientos. El Alcalde Constitucional de Casillas remite a la Comisión Provincial, el día 10 de junio de 1845, escrito con el siguiente tenor: «*Con fecha veinte y ocho de Diciembre último, oficié al Señor Redactor del Boletín oficial de esta provincia, haciéndole presente que faltaba a este pueblo el interrogatorio que estaba en el Boletín oficial del miércoles 4 de Diciembre, número 146. pero aun a pesar de este aviso no se ha recibido todavía el interrogatorio citado, que en aquella época se reclamó; y habiéndose recibido en el día de ayer el Boletín oficial de la misma provincia, número 67 del presente año, se halla descubierto este pueblo.*
Lo que ha determinado poner en conocimiento de Vuestra Señoría con el fin de que se sirva Vuestra Señoría mandar se remita a mi poder, y a la mayor brevedad posible, el mencionado interrogatorio, para yo poder cumplir exactamente con lo que previenen las ordenes relativas a dicho asunto y no padezca retraso alguno el servicio público, como asimismo no incurrir en morosidad». AHPGU, caja CM-1, documento 1/9-B.
No se conserva la contestación de Casillas al cuestionario, si es que finalmente la hubo, pero en su misma situación se vieron otros municipios que solucionaron el problema de la falta de impresos escribiendo las respuestas directamente en papeles en blanco, o reproduciendo el impreso de forma manuscrita. Un ejemplo de ello nos lo ofrece Veguillas, que opta por esta última posibilidad y acompaña a su contestación a la Comisión Provincial, de fecha 30

Actualmente se conservan estos documentos en el Archivo Histórico Provincial de Guadalajara[192] y nos ofrecen una excepcional fuente primaria, para conocer la realidad histórico-artística de la Provincia de Guadalajara a mediados del siglo XIX[193].

El objeto del presente apartado es el análisis de ese extenso bloque de documentos, a fin de poder valorar el grado de cumplimiento por parte de los municipios de esta provincia, a fin de poder comprender las facilidades o dificultades que estas Comisiones de Monumentos iban a encontrar en el desempeño de sus trabajos[194]. Para ello se ha realizado un análisis de las cuestiones del interrogatorio agrupando los datos, en un primer nivel, por algunos de los Partidos Judiciales existentes en la Provincia de

---

de junio de 1845, un escrito explicativo del Alcalde Constitucional: *«Remito a Vuestra Señoría el adjunto interrogatorio manuscrito por no haber recibido el impreso, y habiéndole reclamado a la imprenta dicen no las hay, ni por dinero ni sin él, por no haber los impresos; y por no retrasar el servicio havido que llenarle asi…»*. AHPGU, caja CM-1, documento 1/44.

192. AHPGU, caja CM-1. El hecho de que se conserven estos cuestionarios en el Archivo Histórico Provincial y no en los Archivos de los organismos de que la Comisión Provincial dependía, la Real Academia de la Historia y la Real Academia de Bellas Artes de San Fernando, permiten suponer que nunca fueron remitidos a dichos Organismos y que no sirvieron para la elaboración, en tal momento, de tratamiento estadístico alguno.
193. López Trujillo, M. A. y García Risco Vigara, M. C., *op. cit.*, p. 447.
194. No podemos olvidar que nos hallamos ante un mero cuestionario, contestado por gente lega en conocimientos artísticos que en el mejor de los casos tenía enormes dificultades para leer y escribir (por ejemplo, entre muchos otros que podríamos citar, el cuestionario de Alovera recoge que no se detalla si la iglesia de este municipio tiene planta de cruz griega o latina porque «*no se entiende lo que quiere decir*» AHPGU, caja CM-1, documento 9/1); además faltan las contestaciones de un amplio número de los municipios de la provincia de Guadalajara, esto es, la encuesta tiene un carácter incompleto. Es por ello que no podemos considerar el contenido de las contestaciones de estos municipios sino como una mera observación directa y recuento de los monumentos, realizados por el alcalde y el párroco de cada municipio, sin darle carácter de análisis científico riguroso. Ello no obstante, el valor de la encuesta es innegable en lo que a los propósitos que pretendemos alcanzar se refiere.

Guadalajara[195] en 1844 año de formulación de la consulta; en concreto los de: Atienza, Brihuega, Sigüenza, Guadalajara, Cifuentes y Cogolludo[196].

Dentro de cada uno de estos Partidos Judiciales se ha realizado el análisis siguiendo el propio esquema del cuestionario, esto es, dividiendo los monumentos en cuatro categorías distintas, atendiendo a su antigüedad o a su origen. Se ha dividido, en consecuencia, en Monumentos Romanos; Monumentos de la Edad Media; Monumentos Árabes y, finalmente, Monumentos del Renacimiento.

Finalmente, las cuestiones que se intentan resolver, dentro de cada uno de esos grupos son las siguientes:

a) Para los Monumentos Romanos: edificios o restos de ellos existentes en el municipio; restos de murallas; existencia de mosaicos en los suelos; sepulcros de carácter monumental y, por último, cualesquiera otros restos de interés artístico.

b) Para los Monumentos de la Edad Media: conventos, iglesias o ermitas levantadas en el municipio; estatuas, pinturas y otros elementos artísticos (como sillerías de coros, altares, púlpitos o sepulcros) que pudieran contener aquéllas; castillos o casas relevantes por su arquitectura o antigüedad y, finalmente, cualesquiera otros restos de interés artístico.

c) Para los Monumentos Árabes: existencia de edificio o torreones (curiosamente el cuestionario no recoge la consulta sobre murallas árabes), así como cualesquiera otros restos de interés artístico.

d) Monumentos del Renacimiento: al objeto de conocer la existencia de edificios, estatuas o pinturas.

Las conclusiones se ofrecerán por partidos judiciales, detallando los municipios de cada uno de ellos de los que disponemos de la correspondiente contestación al cuestionario y ofreciendo información de

195. Al objeto de simplificar este apartado de la tesis, en lugar de reflejar en estas páginas el estudio completo de todos los partidos de la provincia, se ha preferido hacer un muestreo; hemos entendido que la transcripción en este trabajo del análisis de todos los partidos de la provincia simplemente serviría para hacer mucho más engorrosa su lectura, sin que aportase datos diferentes de los consignados que sean significativos.

196. Los documentos contenidos en AHPGU, caja CM-1, se encuentran agrupados con este mismo criterio, que hacemos nuestro.

carácter global, salvo que un determinado municipio merezca atención particular por algún motivo concreto[197].

8.2.1. Partido de Atienza

Se conservan las contestaciones formuladas por cincuenta y un municipios, concretamente Albendiego; Alcolea de las Peñas; Aldeanueva de Atienza; Bañuelos; La Barbolla; La Bodera; Las Cabezadas; Campisábalos; Cantalojas; Cañamares; Cardeñosa; Cercadillo; Cincovillas; Condemios de Abajo; Condemios de Arriba; Congostrina; Bochones; Hiendelaencina; Higes; La Huerce; Ujados; Madrigal; La Miñosa; Narros; Nava de Jadraque; Las Navas; El Ordial; Palancares; Paredes; Querencia; Rienda; Robledo; Robredarcas; Romanillos de Atienza; Sacedonillo; San Andrés del Congosto; Santamera; Sienes; Semillas; Somolinos; La Toba; Tordelrábano; Umbralejo; Val del Cubo; Valdepinillos; Valverde; Veguillas; Villacadina; Villares de Jadraque; Zarzuela de Galve y Zarzuela de Jadraque.

Lo cierto es que el panorama monumental no resulta especialmente atractivo. Ninguno de los municipios citados afirman tener monumentos árabes o renacentistas y en lo que respecta a monumentos de la época romana tan sólo tres municipios afirman tener algún resto, como Alcolea de las Peñas, con restos humanos ni siquiera datados; Hiendelaencina, con la existencia de vasijas de barro con cenizas que atribuyen en la contestación a la época romana y, finalmente, Ujados, con una pila bautismal de piedra.

La práctica totalidad de las respuestas se va a centrar en el patrimonio monumental de la época medieval, donde podemos concluir que existe una enorme mayoría de edificios religiosos frente a los civiles.

Efectivamente, todos los municipios cuentan con una iglesia, salvo tres de los encuestados (Cantalojas; La Miñosa y Palancares, en los que tampoco existe ningún otro bien mueble o inmueble que mereciera declararse en la contestación); aunque ninguno de los municipios de este Partido tiene convento, casi la mitad de ellos (veinticinco) tienen ermi-

197. Obviamente, las afirmaciones que se realizarán sobre la situación monumental de cada uno de los partidos no son reales, sino que deben entenderse como reflejo de la situación marcada por las contestaciones al cuestionario por los distintos municipios; ya hemos indicado las limitaciones de esta información, que deben tenerse siempre presentes.

tas, y en algunos casos más de una, ascendiendo el número total de ellas a treinta y cuatro. Además el Municipio de Campisábalos tiene un oratorio, aunque en estado de ruina.

Frente a este panorama la edificación civil es paupérrima: Alcolea de las Peñas manifiesta tener restos de un castillo en un peñasco; Cantalojas otro, pero «*muy deteriorado por la injuria del tiempo*»[198]; Tordelrábano, que manifiesta hallarse en su despoblado, «*en el pavimento de su torre un hermoso caracol de piedra silleria*»[199]. No existen casas ni restos de murallas en los municipios de este partido.

Tampoco el panorama que ofrecen la pintura, escultura y las artes decorativas es particularmente reseñable. Tan sólo seis municipios declaran poseer estatuas en sus edificios religiosos; ninguno de ellos tiene otro tipo de escultura de carácter civil, salvo Somolinos, que considera que en esta categoría podría incluirse «*un poste que llaman el Rollo, con una argolla de yerro; es de piedra con tres escalones de piedra, base, columna, capitel y remate, que debe haber tenido algún esculpido aunque por la intemperie no se pueda saber lo que representar pudiera, sino la esclavitud*»[200].

Poco se puede decir sobre la pintura, existente sólo en forma de pintura mural en las paredes del oratorio de Campisábalos o en cuadros bastante deteriorados en Albendiego, que se atribuyen a «*algún discípulo de Juan de los Juanes*»[201]. En cuanto a los sepulcros, una prueba de la escasa importancia de las edificaciones religiosas de los municipio de este Partido de Atienza es que sólo la Barbolla, Campisábalos y Condemios de Arriba declaran tenerlos en sus iglesias, si bien sin detallar sus inscripciones, lo que en el caso de Campisábalos se justifica porque «*no se comprenden sus letreros por estar desgastados y viejos*»[202].

Finalmente puede mencionarse, como único ejemplo de otros restos medievales declarados por los municipios del Partido de Atienza, la existencia de un antiguo pendón en el municipio de Robredarcas.

198. AHPGU, caja CM-1, documento 1/7.
199. AHPGU, caja CM-1, documento 1/39.
200. AHPGU, caja CM-1, documento 1/37.
201. AHPGU, caja CM-1, documento 1/1.
202. AHPGU, caja CM-1, documento 1/6.

8.2.2. Partido de Brihuega

Se conservan las contestaciones formuladas por treinta y ocho municipios de este partido de Brihuega, concretamente Archilla; Atanzón; Balconete; Barriopedro; Brihuega; Cañizar; Carrascosa de Henares; Casa de San Galindo; Caspueñas; Castilmimbre; Copernal; Espinosa de Henares; Fuentes de la Alcarria; Gajanejos; Heras; Hita; Hontanares; Irueste; Ledanca; Miralrío; Muduex; La Olmeda del Extremo; Pajares; Rebollosa de Hita; Romancos; Solanillos del Extremo; Taragudo; Tomellosa; Torija; Trijueque; Utande; Valdeancheta; Valdeavellano; Valderrebollo; Valdesaz; Valfermoso de las Monjas; Yela y Yelamos de Arriba.

Nuevamente encontramos una situación centrada en monumentos de la época medieval, con escasos restos de obras de otros períodos históricos. Sólo dos de los municipios de este Partido manifiestan tener monumentos árabes, en concreto dos restos de murallas en Fuentes de la Alcarria y en Trijueque donde, además, se conservaban dos torreones. En cuanto a los monumentos renacentistas se declaran por dos municipios, pero se añaden detalles que ponen de manifiesto que esos monumentos no pertenecen a la época a la que se atribuyen; por un lado, en Hita existe «*una torre de 1805*»[203], de estilo dórico y en buen estado y, por otro, en Valfermoso de las Monjas se relata la existencia de una Iglesia y un Monasterio fundados a principio del siglo XII, pero reedificados en el siglo XV. Es obvio que en ambos casos las dataciones ponen de manifiesto una incorrecta incardinación de estas obras arquitectónicas entre las construidas en el renacimiento.

En lo que respecta a monumentos de la época romana tan sólo tres municipios afirman tener algún resto, como Fuentes de la Alcarria, con un antiguo arco a la entrada del pueblo, «*fabricado de cal y canto*»[204], Hita, con un antiquísimo pilar de ladrillo, del que no se manifiesta la época de la que proviene, pero se indica es «*antiquísimo*»[205] y La Olmeda del Extremo, donde se testimonian unos antiguos restos de iglesia.

Y una vez más será la época medieval donde se concentren los monumentos existentes en la provincia. Todos los municipios afirman

203. AHPGU, caja CM-1, documento 2/15.
204. AHPGU, caja CM-1, documento 2/13.
205. AHPGU, caja CM-1, documento 2/16.

poseer una iglesia medieval, salvo Valfermoso de las Monjas (si bien ya analizamos que la iglesia de este municipio es también medieval, y no renacentista, como incorrectamente se indica en el cuestionario). Todos los municipios poseen ermitas, salvo Castilmimbre; Copernal; Hontanares; Taragudo; Tomellosa; Valdeancheta y Valfermoso de las Monjas. El número de ermitas vuelve a superar al número de municipios, al repartirse entre los treinta y ocho municipios encuestados un total de cuarenta y dos ermitas.

La arquitectura civil, por su parte, vuelve a aparecer de forma totalmente marginal, tan solo las ruinas de sendos castillos en Hita y en Torija, así como una casa con armas sobre el arco, en Fuentes de la Alcarria.

Sólo tres municipios afirman poseer estatuas en sus iglesias, Fuentes de la Alcarria; Heras y Trijueque y la mayoría de ellos no cuenta con sillerías en los coros de sus iglesias y, de poseerlas, son de simple madera sin labrar; sólo ocho de los municipios de este Partido afirman tener sillerías.

En lo que respecta a sepulcros, sólo Fuentes de la Alcarria; Hita; Torija y Valdeavellano afirman contar con ellos. El más destacable es el de Torija, pues se trataba del enterramiento de los Condes de Coruña, quienes habían sido señores del municipio.

Finalmente dos localidades cuentan con otro tipo de obras dignas de reseña: En Casa de San Galido, «*hay un árbol de piedra en mitad de la plaza que denota antigüedad de Villa*»[206] y en Valdeavellano un rollo de piedra en medio del pueblo, indicador de su carácter de Villa.

8.2.3. Partido de Sigüenza

Disponemos de las contestaciones formuladas por cuarenta y ocho municipios de este partido de Sigüenza, en concreto: Aguilar de Anguita; Alboreca; Algora; Almadrones; Alpedroches; Alcuneza; Aragosa; Anguita; El Atance; Baides; Barbatona; Bujalcayado; Bujarrabal; La Cabrera; Carabias; Cendejas del Medio; Cendejas de Padrastro; Cortes; Cubillas; Estriegana; Garbajosa; Guijosa; Huermeces; Imón; Iniestola; Laranueva; Mandayona; Matillas; Mojares; Moratilla de Henares; Matas; Navalpotro; La Olmeda de Jadraque; Olmedillas; Orna; Pelegrina; Pozancos; Riosalido, Santiuste; Tobes; Torrecilla; Torremocha del Campo;

206. AHPGU, caja CM-1, documento 2/7 BIS.

Torremocha de Jadraque; Torresaviñán; Torrevaldealmendras; Ures; Valdealmendras y Villacorza.

De época romana tan solo son recogidos dos restos por la consulta: un castillo en Guijosa y una fuente de piedra en El Atance, sobre la que se indica que es «*digna de que la conserve el pueblo p^a su salud*»[207].

Más abundantes son los monumentos atribuidos a los árabes, como las fuentes públicas de Aragosa y Carabias; los castillos de Navalpotro, demolido y sobre el que «*no hay más tradición que si fue de los moros*»[208]; Torresaviñán y Pelegrina, junto al que se hallaron otros restos de edificios antiguos, por los labradores al arar la tierra o la interesante casa antigua hallada en Barbatona, cuya «*fábrica de mampostería muy fuerte (…) se cree que haya sido algún fortín del tiempo de los sarracenos*»[209].

En cuanto a los restos de obras del renacimiento, los municipios de Cendejas de Padrastro; Huermeces; Navalpotro; Pozancos y Ures, manifiestan tener iglesias de este período artístico. Varios detalles manifestados en los cuestionarios en las dataciones aconsejan entender prudentemente este encasillamiento, pues normalmente consideran renacentista cualquier iglesia construida tras la edad media, incluso las construidas en pleno siglo XIX. Por otro lado en la Olmeda de Jadraque se incluye en los monumentos renacentistas una fábrica de sal de época moderna y en Huermeces un Rollo de piedra, situado en la plaza, y erigido en la plaza al convertirse la localidad en Villa en 1677.

En cuanto a las construcciones medievales, que volvemos a dejar para el final por su abundancia, sólo cinco pueblos carecen de iglesia medieval: Alpedroches, que carece totalmente de iglesia y los ya citados Cendejas de Padrastro; Huermeces; Navalpotro; Pozancos y Ures, que afirman tener iglesias renacentistas; el resto de localidades afirman tener cada una de ellas una sola iglesia medieval. En lo que se refiere a otras construcciones religiosas no hay ningún convento o monasterio en los municipios del Partido, si bien la mayoría de ellos dispone de ermita, concretamente veintitrés poblaciones carecen de ermitas y las restantes veinticinco disponen de una o más de estas edificaciones, hasta alcanzar un total de treinta y dos en todo el Partido de Sigüenza.

207. AHPGU, caja CM-1, documento 8/7 BIS.
208. AHPGU, caja CM-1, documento 8/28.
209. AHPGU, caja CM-1, documento 8/9.

Muy pobres son las restantes obras artísticas medievales declaradas por los Ayuntamientos de este Partido, pues sólo dos de ellos, Cendejas de Padrastro y Torremocha de Jadraque, afirman tener esculturas en sus iglesias; la primera localidad, relieves en las columnas de su iglesia y la segunda, una escultura en piedra en el pórtico de la iglesia, al exterior. Igualmente son dos los pueblos con decoración pictórica en sus iglesias: Buyalcayado, con unas pinturas «*muy bastas*»[210] y Riosalido, con unos ángeles pintados al temple. Ningún municipio de este Partido afirma tener una sillería en el coro digna de mención por su valor artístico, así como tampoco altares, sepulcros u otros elementos relevantes en sus iglesias.

La situación general de pobreza artística declarada por este Partido de Sigüenza la puede resumir las escasas líneas que dedica el municipio de Torrevaldealmendras a contestar el cuestionario: «*ni la iglesia parroquial de este pueblo tienen ninguna cosa que llame la atención para conservarse en la memoria por ser una de las más inferiores de la provincia*»[211].

8.2.4. Partido de Guadalajara

Se conservan las contestaciones formuladas por diecinueve municipios de este partido de Guadalajara, como son: Alovera; Cabanillas del Campo; El Cañal; Centenera; Fontanar; Galápagos; Horche; Iriepal; Marchamalo; Taracena; Tórtola; Torrejón del Rey; Usanos; Valbueno; Valdarachas; Valdeayero; Valdenoches; Villanueva de la Torre y Yunquera.

En lo que se refiere a monumentos de época romana surge en el municipio de Galápagos una interesantísima cuestión que nos va permitir apreciar la forma de trabajar de la Comisión Provincial de Monumentos. No se conserva el cuestionario correspondiente a Galápagos, pero sí una breve nota, sin fecha ni firma, remitida a la Comisión Provincial de Monumentos, en la que se indica que «*en la casa del marqués de Villadarias existen depositadas dos piedras escritas que aparecieron entre las ruinas de la casa que habitaba el párroco de Alcolea de Torote*»[212]. Este aviso a la Comisión Provincial bien pudo surgir del cuestionario de Torrejón del Rey, pues en él se detalla que «*el despoblado de Alcolea de Torote (…) se cree haya sido*

210. AHPGU, caja CM-1, documento 8/10.
211. AHPGU, caja CM-1, documento 8/41.
212. AHPGU, caja CM-1, documento 9/6.

colonia de los romanos, por haberse hallado en sus escombros dos piedras con inscripciones, las cuales existen en la casa que el marqués de Villadarias posee en Galápagos»[213]. Sea como fuere la forma en la Comisión Provincial tomó noticia de la existencia de estos restos, lo cierto es que procedió a actuar de forma inmediata; el día 10 de marzo de 1845 envió una comunicación a la Comisión Central de Monumentos en la que pedía su ayuda para hacerse con las piedras y depositarlas en el museo de Guadalajara:

> «*ha llegado a conocimiento de esta Comisión que de las ruinas del pueblo de Alcolea de Torote se extrajeron dos lápidas de bastante mérito muy bien conservadas y de la época romana, que recogió el Excelentísimo Señor Marqués de Villadarias, y tiene depositadas en su casa del pueblo de Galápagos de esta provincia.*
>
> *Para que esta Comisión Central se forme una idea de dichas piedras bastará se le manifieste que su dimensión es la siguiente: la una tiene de altura 2 pies y 5 pulgadas, de anchura 23 pulgadas y de espesor 2 pies y 4 pulgadas; la otra ¾, ½ vara de anchura y 2 pies 4 pulgadas de espesor (…). Desde luego podrá conocer Vuestra Excelencia el mérito de dichas piedras (…) así lo ha comprendido esta proincial y no ha dudado un momento en hacerse con su propiedad para colocarlas en el Museo de la capital. Pero como tenga noticia de que el Excelentísimo Señor Marqués de Villadarias se halla actualmente en esa Corte, ha juzgado oportuno hacer presente a Vuestra Excelencia lo conveniente que sería se sirviese invitarle para que, si lo tiene a bien, ceda las piedras referidas a disposición de esta Comisión al objeto indicado, en lo que no duda cooperará esa Central con todo su empeño*»[214].

Excede del propósito de este trabajo adentrarse en el final de esta apasionante historia, así como valorar las implicaciones jurídicas de la legitimidad de la propiedad de las piedras por el Marqués de Villadarias o el proyecto de expropiación (previo intento de cesión) de las mismas por parte de la Comisión Provincial. Al objeto que aquí nos interesa debe destacarse la existencia de una obra artística digna de conservación y la pronta actuación de la Comisión Provincial, al objeto de salvaguardar dicha obra mediante su depósito en el Museo de Guadalajara.

En este Partido de Guadalajara no existen otros restos de época romana que las dos lápidas indicadas; tampoco son declarados en los cuestionarios ningún monumento atribuido al período de dominación islámica ni al período renacentista. En consecuencia la total producción de restos monumentales corresponde a la época medieval.

213. AHPGU, caja CM-1, documento 9/12.
214. AHPGU, caja CM-1, documento 9/6.

En lo que se refiere a edificios religiosos (pues no se recoge en las respuestas ninguno de carácter civil), son sólo cinco los municipios que carecen de iglesia, concretamente: El Cañal[215]; Galápagos; Fontanar; Iriepal y Valdeayero, teniendo una única iglesia los catorce restantes. Es igualmente numeroso el número de ermitas, repartiéndose entre trece los municipios de este Partido un total de veintidós de ellas, y no teniendo ninguna los restantes seis municipios. En lo que respecta a conventos, Cabanillas del Campo posee restos de un antiguo convento de dominicos y Horche mantiene en buen estado un convento de religiosas franciscanas, cuyo destino es muy significativo porque permite una magnífica conservación del edificio, ya que «*está destinado para escuela de primera educación*»[216].

Poco puede decirse de otras manifestaciones artísticas, salvo tres estatuas de barro en la iglesia de Valbueno y otra de piedra en el exterior de la iglesia de Yunquera y dos objetos interesantes en Usanos, como son el que «*hay en la iglesia una hilera de tumbas, cubiertas con losas en toda su extensión de piedra, con letreros de los sujetos sepultados en ellas, que antes estaban separadas en otra parte*»[217]. Y una pilastra con significado de Rollo, al convertirse el municipio en Villa.

8.2.5. Partido de Cifuentes

Las contestaciones conservadas corresponden a 39 municipios de este partido de Cifuentes, concretamente Abanades; Ablanque; Alaminos; Armallones; Arbeteta; Azañón; Canales del Ducado; Canrecondo; Cereceda; Cifuentes; Cogollor; Durón; Henche; Espelgares; Gargoles de Abajo; Gargoles de Arriba; Gualda; La Hortezuela de Océn; Huertahernando; Huertapelayo; Huetos; La Loma; Moranchel; Oter; La Puerta; Rata; Renales; Rivarredonda; Ruguilla; Sacecorbo; Sotoca; Sotodosos; Torrecuadradilla; Trillo; Val de San García; Valdelagua; Valtablado del Río; Villanueva de Alcorón y Villarejo del Ducado.

Se mantiene en este partido la tónica vista con anterioridad, con escasos vestigios monumentales romanos, árabes y renacentistas, y claro predominio de los medievales de origen no islámico. En este

215. El Cañal posee un oratorio «*del Excelentísimo Conde de Humanes, a quien corresponde la Villa*», AHPGU, caja CM-1, documento 9/3.
216. AHPGU, caja CM-1, documento 9/7.
217. AHPGU, caja CM-1, documento 9/13.

sentido, no se recogen en las consultas del Partido de Cifuentes vestigios renacentistas y tan solo hay una referencia a una muralla y unos torreones «*construidos por los moros*»[218] en Cifuentes y otra a un castillo «*demolido la mayor parte, obra de moros, al parecer, pues no se conserva ningún documento*»[219], en Arbeteta.

Mayor interés presentan, sin embargo, los restos romanos, no tanto por su abundancia cuanto por ser bastante interesante la documentación obrante sobre ellos. En Alaminos, por ejemplo, hay una referencia a dos caricaturas esculpidas en piedra, situadas en la casa llamada «*de vibientes (…) que denotan ser del tiempo de los romanos*»[220]. En Trillo, por su parte, «*a distancia de un cuarto de hora se encuentra un cerro titulado Villavieja, donde se encuentran señales de edificios y que por tradición se dice que ha existido allí la ciudad de Bursada*»[221]. Pero sobre todo resultan interesantes las noticias contenidas en el cuestionario de Villanueva de Alcorón, en relación con unas flechas de cobre y unos dardos de hierro supuestamente encontrados en tierras del municipio. Tan pronto la Comisión Provincial tuvo noticia de su existencia remitió un requerimiento al alcalde de ese municipio –de fecha 13 de enero de 1845– por el que se le exigía que «*valiéndose de los medios que le dicte su celo, inquiera el paradero de las flechas de cobre y dardos de hierro hallados en el término y los remita, así como cualesquiera otro objeto que se recoja de la antigüedad, a disposición de la (…) Comisión*»[222]. A este requerimiento contestó el alcalde de Villanueva el día 13 de febrero siguiente, manifestando que practicadas las diligencias no se habían hallado las piezas pedidas por la Comisión, estando probablemente perdidas, pues «*hasta ahora se han mirado con indiferencia por los naturales estas antigüedades*»[223].

Adentrándonos en el período medieval nuevamente nos hallamos con una mayoría de municipios con iglesia, careciendo de ella únicamente Gualda, donde «*nada absolutamente existe en esta Villa perteneciente a monumentos históricos y artísticos*»[224]; Huertapelayo o Valdelagua. Por otra parte, destaca la existencia en Cifuentes de tres iglesias, lo que deja cons-

218. AHPGU, caja CM-1, documento 3/9.
219. AHPGU, caja CM-1, documento 3/4BIS.
220. AHPGU, caja CM-1, documento 3/3.
221. AHPGU, caja CM-1, documento 3/33.
222. AHPGU, caja CM-1, documento 2/38.
223. *Ibidem.*
224. AHPGU, caja CM-1, documento 3/16.

tancia de la importancia de este municipio en aquellos momentos. En cuanto a las ermitas, son quince los municipios que carecen de ellas, lo que supone un porcentaje más elevado del visto para otros Partidos de la Provincia, si bien el número total de ermitas vuelve a ser elevado, por cuanto existen varias en los pueblos de mayor importancia, alcanzando una suma total de cuarenta y dos en todo el Partido de Cifuentes.

La arquitectura civil es pobre, señalándose la existencia de un castillo, cuyo estado es «*regular*»[225], en Cifuentes; otros dos, igualmente en ruinas, en La Hortezuela de Océn y en Trillo; una casa propiedad del marqués de Casa Pabón, en ruinas, en Gargoles de abajo y, finalmente, en la plaza de Huetos «*un mármol de una sola pieza que es el Rollo, desde que se hizo Villa*».

Tan solo un ayuntamiento afirma tener estatuas, y son las que declara poseer Val de San García en su Iglesia, talladas en madera y ubicadas en sus altares. Igualmente es pobre el interior de los templos, pues sólo nueve municipios poseen sillería en el coro y en todos ellos sin valor artístico reseñable. Lo mismo puede decirse de los sepulcros, en todos los casos sin esculturas, que declaran poseer únicamente tres municipios: Gargoles de Abajo; La Puerta y Rata.

8.2.6. Partido de Cogolludo

Las contestaciones conservadas corresponden a treinta y tres municipios de este Partido de Cogolludo, concretamente Almiruete; Alpedrete de la Sierra; Arbancón; Bocigano; Campillo de las Ranas; El Cardoso; Cavida; Cogolludo; Colmenar de la Sierra; El Cubillo; Fraguas; Fuencemillán; Fuentelahiguera; Humanes de Mohernando; Jocar; Málaga del Fresno; Malaguilla; Membrillera; Mesones; Montarrón; Peñalva; Puebla de Vallés; Razbona; Retiendas; Romerosa; San Totis; Tamajón; Torrebeleña; Uceda; El Vado; Valdepeñas de la Sierra; Valdesotos y Viñuelas.

En el Partido de Cogolludo hallamos vestigios romanos, árabes e, incluso, modernos, de cierto interés, en contraposición con una abundante pero no demasiado interesante –salvo las excepciones que se indicarán– producción medieval. En lo que a restos romanos se refiere, podemos citar las ruinas de muralla que circunda la Villa de Cogolludo, así como los cimientos de un castillo y un puente en Humanes de Mo-

225. AHPGU, caja CM-1, documento 3/9.

hernando o las interesantes dos hojas del puente sobre el Jarama, los restos de la muralla y una gran fuente.

Los monumentos árabes se limitan a la muralla de Montarrón, a una fuente en Romerosa y a dos construcciones de Uceda, tres torreones, por un lado y la Iglesia de Santa María, cuya utilización en época de dominación islámica fue como mezquita. Asimismo existe una edificación de época moderna, pero erróneamente atribuida al renacimiento, en Tamajón. Se trata de «*una gran fábrica de Vidrio-Cristal que se halla parada, y se dio principio a edificar en el año de 1829. Está fabricada al estilo del día, de cal y canto, con piedra de sillería a los extremos, sin adorno alguno*»[226].

Centrándonos ya en la gran producción medieval, destaca la abundancia de edificios civiles frente a lo que hemos encontrado en otros Partidos de la provincia. Continúa existiendo una iglesia por municipio, con la excepción de Campillo de Ranas y San Totis, donde no existe ninguna, así como con la de Uceda, donde se encuentran dos, la parroquial y la ya citada iglesia/mezquita de Santa María. En lo que respecta a las ermitas, son diez los municipios que carecen de ella, si bien el número total de las mismas, treinta y cinco, vuelve a ser superior al de municipios, por cuanto algunos de ellos cuentan hasta con tres ermitas en su territorio. Asimismo se encuentran restos de conventos en Cogolludo (dos); Humanes de Mohernando; Romerosa y Tamajón.

Por lo que respecta a la arquitectura civil es bastante abundante, a tenor de la encuesta, y de gran interés histórico-artístico. En Bocinago, por ejemplo, «*hay un Palacio que fue monasterio de templarios y en el lado derecho del altar mayor hay un sepulcro de un Rey muy antiguo*»[227]; la Comisión Provincial quiso indagar acerca de la identidad del Rey enterrado en ese sepulcro, a cuyo efecto comisionó al párroco de la localidad en fecha 13 de enero de 1845, no constando la respuesta de éste[228]. En Cogolludo se detallan las ruinas de un castillo y, sobre todo, al palacio del Duque de Medinacelli, que se encontraba «*estropeado, pero con la gran fachada a la plaza, toda de piedra, de mucho gusto y mérito*»[229]. En Colmenar de la Sierra se encontraba la «*Casa llamada San Tuy, reputada por muy antigua, con una capilla y varios letreros en las habitaciones; unos quieren decir que perteneció a*

226. AHPGU, caja CM-1, documento 4/25.
227. AHPGU, caja CM-1, documento 4/3BIS.
228. *Ibidem.*
229. AHPGU, caja CM-1, documento 4/7.

los templarios, otros que fue el retiro de un Señor Rey de España. Perteneció en época no muy distante a la Universidad de Alcalá de Henares»[230]. En Humanes de Mohernando «*por tradición se dice que existió la ciudad de Peñafort, con su castillo y puente, de los que en el día sólo hay una parte de cimientos*»[231]. Asimismo pueden citarse otras obras como los fragmentos de torreón hallados en Membrillera, los cimientos de un castillo en Tamajón, llamado «el Castillejo» o los restos de un castillo en Uceda, donde se narra que estuvo preso el Cardenal Cisneros y Fernando Álvarez de Toledo, Duque de Alba y que fue tomado «*a los africanos*» por Fernando I[232].

En lo que respecta a obras escultóricas, tan solo se recogen en los cuestionarios de dos municipios: Bocigano, donde son de barro y madera y se ubican en el retablo y Mesones, donde se ubican en el exterior de la iglesia y son de piedra. La pintura tan solo es declarada por el municipio de Fuentelahiguera, con representaciones de los doce apóstoles. Finalmente dos municipios manifiestan poseer sepulturas, tres con inscripciones en Viñuelas y el sepulcro del caballero Garcifernandez de Hita, en Humanes de Mohernando.

En suma, podemos valorar estas consultas de forma muy negativa, no aportaban datos suficientes para formar los inventarios, contenían omisiones de importancia capital, las autoridades desconocían el valor de su patrimonio artístico, etc. La España de 1844 no estaba preparada para realizar este trabajo por medio de personas meramente vocacionales, que desempeñaban cargos honorarios en las Comisiones Provinciales, que había de recurrir a autoridades locales carentes de conocimientos, sensibilidad e interés para auxiliarles en su tarea; la formación de inventarios del patrimonio artístico tardaría aún más de cinco décadas en poder abordarse.

8.3. UN EJEMPLO DE ACTIVIDAD DE LAS COMISIONES PROVINCIALES A LO LARGO DEL SIGLO XIX; EL CASO DE SORIA

El fracaso del intento de realización del inventario y catalogación del patrimonio histórico-artístico de las provincias no implicó que las Comisiones de Monumentos no realizaran, a lo largo del siglo XIX, una interesante labor en materia de protección del patrimonio histórico ar-

230. AHPGU, caja CM-1, documento 4/7BIS.
231. AHPGU, caja CM-1, documento 4/12.
232. AHPGU, caja CM-1, documento 4/27.

tístico. Para ilustrar este extremo hemos querido tomar como base algunos interesantes trabajos desarrollados por la Comisión Provincial de Monumentos de Soria, si bien debemos indicar que la actividad de cada una de estas Comisiones fue diferente a lo largo del territorio nacional, existiendo casos de enorme actividad, frente a otros en los que la nota característica fue la desidia de sus miembros.

En concreto, para dar una idea de lo realizaron estas Comisiones Provinciales en materia de defensa del patrimonio histórico-artístico, analizaremos la actividad de la Comisión Provincial de Soria en materia de la defensa de dos de sus grandes monumentos arquitectónicos, como son la iglesia y el claustro de San Juan de Duero y el Monasterio de Santa María de Huerta.

8.3.1. San Juan de Duero

La primera noticia que se conserva en el Archivo Histórico Provincial de Soria sobre esta bella iglesia y su famoso claustro románico era anterior incluso a la propia constitución de la Comisión Provincial de Monumentos; en concreto se trata de una solicitud de 30 de marzo de 1842, cursada por la Sociedad Económica Numantina de Soria dirigida al Contador de Rentas Reales de Valladolid para que la Sociedad Económica Numantina de Soria se hiciese cargo de la gestión, vigilancia y conservación de la Iglesia de San Juan de Duero, en los siguientes términos «*tenga la bondad de cedérselo en tennta, administración, arriendo, a de la manera que le parezca más a propósito, para que esta Sociedad pueda egercer una esquisita vigilancia a favor de la conservación de tan interesantes restos de arquitectura*». El 29 de marzo de 1842 el Contador de rentas reales remitió sendos informes a la Sociedad Económica y al Recibidor General de la Orden de San Juan de Jerusalén indicando que la cesión solicitada correspondía hacerla a la propia Orden, titular del inmueble y mientras tanto el estado del edifico era de franco deterioro, lo que obligó a la realización de varias obras en el mismo, en concreto la reparación de una puerta y parte de sus muros en 1842 y del tejado en 1844[233].

No se ocuparía la Comisión de Monumentos de San Juan de Duero hasta el año 1881, lo que había provocado casi su ruina. En concreto, mediante escrito de 13 de agosto de 1881, la Sección de Bellas Artes de la Dirección General de Instrucción Pública, dependiente del Ministe-

233. AHPSO, legajo 42718.

rio de Fomento, remite al Gobernador Civil de Soria un escrito con las instrucciones para evitar «*la completa ruina del famoso Monumento de San Juan de Duero, en esa Provincia y en el ínterin se procede a las obras mas necesarias para su conservación*». En este sentido se le ordena que disponga urgentemente: «*Primero: que se extirpen todos los árboles, arbustos y plantas que en recinto del claustro del referido edificio perjudican hoy la cimentación de la columnata. Segundo: que no se destine dicho recinto a producción agrícola de ninguna clase y Tercero: que se conserve integra y sin estado para ningún particular de los terrenos inmediatos, la entrada para la Iglesia y Claustro*»[234]; en la reunión de la Comisión Provincial de Monumentos, celebrada el 29 de octubre de 1881 se acordó la ampliación del presupuesto de conservación de San Juan de Duero y su traslado al Ministerio de Instrucción Pública para su dotación[235]. El 1 de noviembre de 1881 la Comisión Central de Monumentos pidió a Instrucción Pública que, cuando hubieran de hacerse las obras más necesarias para la conservación de San Juan de Duero no se resolviesen directamente por Instrucción Pública las medidas a tomar, sino que se consultase previamente a la Comisión Central, de acuerdo con las facultades que la ley le concedía[236]. El escrito de la Comisión Central dio frutos, pues el 13 de diciembre de 1881 la Dirección General de Instrucción Pública pide a la RABASF informe del presupuesto «*de las obras más indispensables para la conservación de San Juan de Duero*»[237]; pocos días después era tal la situación de ruina del edificio que la Comisión Provincial de Monumentos de Soria pidió a la RABASF que diese prioridad a cualquier otra obra de conservación a la que se refería a la restauración de San Juan de Duero, por su mal estado de conservación[238]; tardó bastante la Comisión Central que, a través de la RABASF, informó el 27 de junio de 1882 al Director General de Instrucción Pública acerca de las obras para la conservación de San Juan

234. A-RABASF, Leg. 4-40-1, escrito de 13 de agosto de 1881.
235. A-MNUM, Caja 27, acta de 29 de octubre de 1881. En esta reunión asimismo se dieron pasos tendentes a investigar si San Juan de Duero pudo pertenecer a la orden de San Juan de Jerusalén o a la orden de los templarios; esta actividad se realizó mediante la investigación de si existía alguna inscripción o signo en las campanas que habían estado ubicadas en el monasterio de San Juan de Duero y que en el momento de la toma del acuerdo estaban en el pueblo de Pinilla de Caradueña.
236. A-RABASF, Leg. 4-40-1, escrito de 1 de noviembre de 1881.
237. A-RABASF, Leg. 4-40-1, escrito de 13 de diciembre de 1881.
238. A-RABASF, Leg. 4-40-1, escrito de 4 de enero de 1882.

de Duero, «*cuyo presupuesto asciende a dos mil seiscientas pesetas»; y* en este sentido «*Esta Academia de acuerdo con lo informado por su hermana la de la Historia entiende que la antigüedad y mérito de dicha Iglesia la hacen digna de ser declarada monumento nacional y en cuanto al presupuesto presentado… no titubea en proponer a Vuestra Señoría su aprobación permitiéndose recordar que dichas obras se hagan bajo la inmediata intervención de la Comisión Provincial de Monumentos»*[239]; poco después se dictó la R.O. de 25 de agosto de 1882 que autorizaba la realización de las obras de reparación y conservación de San Juan de Duero[240].

En paralelo a este expediente de realización de obras de reparación en San Juan de Duero se instó otro expediente para la declaración de este conjunto como Monumento Nacional, junto con el Monasterio de Huerta y las ruinas de Numancia. En este sentido a finales del año 1881 la Dirección General de Instrucción Pública pidió a la RABASF informe acerca de si procedía o no declarar al Monasterio de Huerta, las ruinas de Numancia y San Juan de Duero Monumentos Nacionales[241]; varios meses después, el 27 de junio del año siguiente, la RABASF contestó al Director General de Instrucción Pública acerca de este extremo, indicando que «*esta Academia de acuerdo con lo informado por su hermana la de la Historia entiende que la antigüedad y mérito de dicha Iglesia la hacen digna de ser declarada monumento nacional…»*[242]; tras ello se confirmó la declaración de la iglesia y el claustro de San Juan de Duero como Monumento Nacional, junto al monasterio de Huerta y el yacimiento de Numancia, por R.O. de 25 de agosto de 1882, con los efectos interesantísimos de que, a partir de tal momento, su protección dependería directamente del Gobierno, que debería proveer los medios necesarios para la adecuada conservación de estos monumentos a la Comisión Provincial[243].

239. A-RABASF, Leg. 4-40-1, escrito de, escrito de 27 de junio de 1882.
240. A-RABASF, Leg. 4-40-1, R.O. de 25 de agosto de 1882: «*…Su Majestad el Rey (que Dios guarde) ha tenido a bien disponer que por la Dirección General de Obras Publicas se proceda a la ejecución de las obras de reparación y conservación del citado Monumento*».
241. A-RABASF, Leg. 4-40-1, escrito de 13 de diciembre de 1881.
242. A-RABASF, Leg. 4-40-1, escrito de 27 de junio de 1882.
243. A-RABASF, Leg. 4-40-1: R.O. de 25 de agosto de 1882: «*El Excelentísimo Señor Ministro de Fomento me dice con esta fecha lo siguiente.*
Ilustrísimo Señor. = Vista la comunicación del Gobernador de la Provincia de Soria, como Presidente de la Comisión de Monumentos históricos y artísticos, proponiendo sean declarados monumentos nacionales "las ruinas de Numancia", la Iglesia de San

8.3.2. Santa María de Huerta

El Monasterio de Huerta, que había sido desamortizado en 1835, había permanecido deshabitado hasta que en 1844 se intentó por el gobierno civil recuperar las pinturas que albergaba, habiéndose perdido en esos años nada menos que ochenta y ocho pinturas que, según vecinos del pueblo, habían desaparecido desde la visita de dos ciudadanos extranjeros en el año 1837; pese a ello se consiguieron recuperar y trasladar a la capital una importante biblioteca, unos ciento cincuenta cuadros y otros objetos, que se depositaron en la sede de la Sociedad Económico Numantina de amigos del país para su conservación[244].

En lo que se refería a la protección del inmueble, el 12 de junio de 1844 el Gobierno Político de la provincia de Soria dirige un escrito al Ministro de la Gobernación, contestando a la R.O. de 2 de abril de 1844, por la que se le requería indicase los edificios de mérito de la provincia; en su respuesta, el jefe político hace constar que de los antecedentes que obran en el Gobierno Político y en la Sociedad Económica, sólo hay dos construcciones arquitectónicas dignas de ser conservadas: el Monasterio de San Bernardo en Santa María de Huerta (por su antigüedad, por su buena arquitectura, por haber sido fundado por Alonso IX y por estar en él el sepulcro del arzobispo de Toledo, Rodrigo Jiménez de Rada) y el Monasterio de los Jerónimos de Espeja (por haber sido fundado por el obispo de Osma, el Cardenal Pedro Fernández de Frías y por estar en él sepultados, con riqueza artística en sus sepulturas, los Señores de la Casa de Abellaneda), haciendo constar, por otra parte, la existencia de abundante obra pictórica obtenida de los conventos suprimidos, si

---

Juan de Duero y el ex Monasterio de Santa María de Huerta, en aquella localidad. Vistos los informes emitidos por las Reales Academias de la Historia y de Bellas Artes de San Fernando; atendiendo a la importancia histórica y artística de los citados edificios; Su Majestad el Rey (que Dios guarde) de conformidad con las mencionadas Reales Academias y con lo propuesto por esa Dirección general ha tenido a bien declarar monumentos nacionales históricos y artísticos "las ruinas de Numancia", La Iglesia de San Juan de Duero y el ex Monasterio de Santa María de Huerta en la provincia de Soria, debiendo quedar bajo la inmediata inspección y custodia de la Comisión de Monumentos de dicha localidad.

Lo que traslado a Vuestra Excelencia para su conocimiento y demás efectos.

Dios guarde a Vuestra Excelencia muchos años. Madrid 25 de Agosto de 1882.

El Director General Interino (firmado:) Santos de Robledo.

Señor Director de la Real Academia de Bellas Artes de San Fernando».

244. VV.AA., *Gracias a…*, pp. 19 y 21.

bien «*todas de poco a ningún mérito, sin haberse hallado una original de las escuelas reconocidas, ni otro objeto de escultura que mereciese la atención*»[245]. La respuesta de la Comisión Central fue la de promover la conservación de estos inmuebles de los monasterios de Huerta y Espeja[246] y al efecto solicitó a la Comisión Provincial «*…forme una relación, lo más extensa posible, de todos los monumentos que existen en la misma, dando razón de sus fundadores, de los sepulcros que cada uno encierra con sus inscripciones; de los coros, púlpitos, rejas labradas y cuantos objetos puedan interesar a la historia de las artes españolas*»[247]; poco iba a tardar en responder a este requerimiento el Gobierno Político de Soria, que dirigió el 13 de diciembre de ese año una comunicación al Ministro de la Gobernación (en su condición, también, de Presidente de la Comisión Central de Monumentos) en la que le comunica que había enviado dos comisionados («*dos sugetos residentes en Medinaceli*») a hacer un informe de las obras artísticas contenidas en el Monasterio de Huerta[248], pero el informe no se realizó, por lo que fue reclamado meses después por la Comisión Central[249].

Toda esta actividad tenía un motivo de peso que la impulsaba, pues el edificio estaba en proceso de venta, como tantos otros monasterios de la época; situación que provocó que la Comisión provincial intentara evitar su enajenación, a cuyo efecto el 15 de febrero de 1845 remitió sendas cartas al Ministro y al jefe político, en defensa del monasterio de Huerta y para paralizar su subasta[250], objetivo que no logró, pues el edificio fue vendido y el comprador pretendía demolerlo, lo que llevó a la Comisión Central a volver a reclamar a la Provincial, en junio de 1846, los informes sobre este monasterio y a instarle a realizar las actuaciones oportunas para evitar la destrucción del edificio[251]; viendo la magnitud del problema y con dos años

245. A-RABASF, Leg. 2-53-4, escrito de 12 de junio de 1844.
246. A-RABASF 2-53-4, escrito de 4 de diciembre de 1844.
247. A-RABASF 2-53-4, escrito de 11 de diciembre de 1844.
248. A-RABASF 2-53-4, en escrito de 13 de diciembre de 1844.
249. A-RABASF 2-53-4, escrito de 9 de julio de 1845. Posteriormente se vuelve a reclamar a la Comisión Provincial, por la Central, el informe sobre el Monasterio de Huerta que iban a realizar los dos individuos de Medinaceli; el tono del escrito es de una amonestación por el retraso. ARABASF 2-53-4, escrito de 2 de septiembre de 1845.
250. A-RABASF 2-53-4, escrito de 15 de febrero de 1845.
251. A-RABASF 2-53-4, escrito de 25 de junio de 1846: «*Al Gefe de Soria en 25 de junio de 846. Sección 3ª.*

de retraso, la Comisión Provincial va a remitir finalmente el informe a la Central[252].

Al igual que sucediera con las actuaciones en San Juan de Duero, no volvemos a encontrar noticias de actuaciones de la Comisión Provincial sobre el Monasterio de Huerta hasta prácticamente el final del siglo XIX, cuando en 1880 solicita a la RAH la restauración del refectorio del Monasterio[253], que no va a ser acometida, como tantas y tantas veces a lo largo de todo el siglo, por falta de dinero, pues la Comisión Central de Monumentos respondió que la RAH no podía prestar la ayuda solicitada por no tener partida alguna asignada en su presupuesto para atender estas labores de conservación de monumentos, recomendando a la Comisión Provincial que recabase el auxilio de la Diputación Provincial para la obtención de fondos con que reparar el refectorio del Monasterio de Huerta; la necesidad de que se declarase este edificio Monumento Nacional era perentoria para garantizar su supervivencia[254], algo que llegaría en virtud de la citada R.O. de 25 de agosto de 1882. A partir de ese momento se pondrían en marcha las medidas de conservación y restauración del Monasterio, pues casi inmediatamente, el 16 de septiembre de 1882, el Director General de Instrucción Pública pidió a la RABASF el proyecto y presupuesto para «*las obras más indispensables de reparación y restauración que reclama el estado inminente de ruina del citado Monumento* [el Monasterio de Santa María de Huerta]»[255].

En paralelo a estos últimos acontecimientos se había producido la solicitud de un monje cisterciense de que se cediese a su orden el

---

Enterada esta Comisión Central de que trata el comprador del Monasterio de Huerta, de echar por tierra su iglesia, en donde existen el sepulcro del célebre arzobispo Don Rodrigo y otros enterramientos y artes del mayor aprecio, ha acordado en Junta de este día dirigirse a Vuestra Señoría para que se sirva informar para cuanto sobre este punto se le ofrezca y parezca, a fin de proponer al Gobierno de Su Majestad lo mas conveniente.

La Comisión omite el recomendar a Vuestra Señoría la eficacia en esta materia, cuando desde el 13 de Diciembre de 1844 está aguardando el informe que sobre este monasterio y el de Espeja prometió Vuestra Señoría remitir con indicada fecha. Dios &. (rúbrica)».

252. A-RABASF, Leg. 2-53-4, escrito de 9 de julio de 1846.
253. ARABASF 4-40-1, escrito de 1 de junio de 1880.
254. A-RABASF 4-40-1, escrito de 23 de febrero de 1881.
255. A-RABASF 4-40-1, escrito de 16 de septiembre de 1882.

uso del monasterio de Huerta para poder instalarse en dicho inmueble. Este religioso se llamaba Manuel Antonio Díez y había solicitado al Gobernador Civil, en diciembre de 1881, la cesión del monasterio con la contrapartida de conservarlo y restaurarlo los propios monjes, sin coste para el Estado, en estos atractivos términos: «*Vos, Excelentísimo Señor, podéis contribuir a reparar estas ruinas atajando la acción destructora del tiempo y del abandono, para esto apoyad nuestra instancia para que la Comisión de Monumentos Artísticos de esa Provincia ceda el edificio a los religiosos cistercienses que intentamos establecernos allí como lo tenemos solicitado de Su Majestad. No pretendemos ser dueños del edificio, no queremos más que el uso y conservarlo nosotros; lo iremos restaurando poco a poco y preservándolo de su completa destrucción*»[256]; de esta circunstancia es informada la Comisión Provincial, por medio de Director General de Instrucción pública, pidiéndole que evacuase informe acerca de esta solicitud del monje cisterciense; la Comisión provincial abordó la cuestión en su reunión de 19 de febrero de 1882, tras lo cual respondió al Ministerio indicando que este trabajo precisaba una inversión de tiempo y dinero del que no disponía, por lo que abstenía de realizar el informe y dejaba en manos del Ministerio el destino final del monasterio, según su «*recto y elevado criterio*»[257].

Como podemos observar, es un triste bagaje para la protección de dos de los más grandes monumentos de la provincia, pudiendo añadirse que muy poca actividad adicional encontramos realizó esta Comisión Provincial en otros ámbitos salvo en el relativo al yacimiento de Numancia, en el que sí desarrolló una actividad algo más destacable.

8.4. BREVE APUNTE SOBRE LA CREACIÓN Y GESTIÓN DE LOS MUSEOS PROVINCIALES

Finalmente debemos referirnos muy brevemente a la actividad desarrollada por estas Comisiones de Monumentos para el desarrollo y puesta en funcionamiento de los museos provinciales[258]. Aún

256. A-MNUM, caja 27, correspondencia, carpeta 1881.
257. A-MNUM, caja 27, acta de 19 de febrero de 1882.
258. Real Orden de 24 de julio de 1844, con las instrucciones que deben observarse por las Comisiones Provinciales de Monumentos: «*Art. 17. En los puntos en*

antes de que existiera esta institución, las Academias de arte locales de determinadas provincias o el impulso público y privado en otras, habían fomentado el desarrollo de una serie de museos carácter provincial con colecciones y objetos recopilados antes del desarrollo del proceso desamortizador; estos museos provinciales fueron los de Sevilla en 1835, Guadalajara y Mérida en 1838, Valencia y León en 1839, Valladolid en 1842 y Zaragoza, Segovia y Huesca en 1844[259]. En el resto de provincias –entre las que no incluimos a Madrid, por desarrollarse estos trabajo directamente por la RABASF para la formación del Museo de la Trinidad– el desarrollo de los trabajos fue sumamente irregular, encontrándose comisiones provinciales que desarrollaron un fértil actividad como la de Alicante que recogió 220 cuadros; Granada, que se hizo nada menos que con 884 entre esculturas y pinturas; Jaén, con 523 cuadros y varias esculturas; Orense, con 120 cuadros; Salamanca con la enorme cifra de 1.061 pinturas o Segovia con 386 cuadros. Frente a estas comisiones provinciales otras mostraron mucha mayor dejadez en el cumplimiento de sus encargos, como la de León con 61 cuadros y 3 esculturas; Lérida, con 18 cuadros o Málaga, con 6 esculturas y 4 pinturas. Finalmente otras comisiones provinciales no llegaron a recoger objeto alguno en sus primeros años de actividad, como las de Almería, Ávila, Lugo o Pontevedra. Fruto de estos trabajos se crearían los Museos Provinciales de Palma de Mallorca y Castellón en la temprana fecha de 1845; los de Toledo y Gerona en 1847; los de las provincias de Cuenca, Guipúzcoa, Huelva, Logroño, Murcia, Navarra, Palencia y Salamanca en 1848; los de Santander y Tarragona el año siguiente; los de Almería, Baleares y A Coruña en 1864 y el de Zamora en 1871[260].

---

donde no hubiere museos reunirán las comisiones en un local seguro cuantos lienzos, estatuas, relieves y demás obras de talla recojan, hasta que el Gobierno de Su Majestad disponga lo más conveniente.

Art. 18. Para evitar que los usurpadores de cuadros u otros objetos puedan enagenarlos llevándolos al extrangero, cuidarán las comisiones por medio de la sección segunda de que no se despache guía alguna de este género de mercaduría por los administradores de aduanas sin que antes haya sido reconocida por tres profesores, y sin que se presenten testimonios en que se acredite su procedencia».

259. Gaya Nuño, Juan Antonio, *Historia y guía de los museos en España*, 2ª edición, Madrid, Espasa-Calpe, 1968, pp. 30 y ss.

260. Urrea, Jesús, *La desamortización…*, p. 160; Bolaños Atienza, María, *Historia de los Museos en España,* 1ª edición. Gijón: Ediciones Trea, 1997, pp. 199-203.

IX. EL PATRIMONIO HISTÓRICO EN LOS CÓDIGOS PENALES DECIMONÓNICOS

9.1. EL CÓDIGO PENAL DE 1822

El Código Penal de 1822, aprobado por las Cortes el 8 de junio de ese año y promulgado siguiente 9 de julio no contenía disposiciones específicas relativas a la protección de los bienes del patrimonio histórico-artístico español, sino que las contenía en la protección del patrimonio religioso, de un lado, y del patrimonio público, de otro.

En lo que respecta al patrimonio religioso, tan sólo podría considerarse como una medida capaz de producir indirectamente algún efecto en este sentido la contenida en su artículo 239, que establecía que «*el que en el templo o en sus dependencias o en algún acto religioso robare o hurtare, vestidura u otro efecto sagrado, o algunas de las cosas destinadas al culto o al adorno del mismo templo, será castigado con el máximo de la pena correspondiente al hurto o robo que cometiere, la cual se podrá aumentar hasta una tercera parte de dicho máximo, según el grado del delito*»; si entendemos comprendidos entre los efectos de adorno de los templos la riqueza pictórica y escultórica, como parecía ser la voluntad del legislador, estarían protegidos dichos bienes como cualquier otro fuese objeto de hurto o de robo, aplicándose la pena máxima por su condición de bienes de naturaleza religiosa y pudiendo agravarse la pena hasta en una tercera parte de la misma.

Algo parecido podemos decir de los bienes propiedad del Estado, estableciéndose en su artículo 343 que «*los que voluntariamente incendiaren algún pueblo, templo, fortaleza,… teatro, biblioteca, archivo…, o cualquier otro establecimiento público perteneciente al Estado o al común de alguna provincia o pueblo, sufrirán la pena de trabajos perpetuos, cualquiera que se a su número*», lo que se completaría por lo dispuesto en el art. 347, ya específicamente dedicado a la protección del patrimonio cultural, que establecía que «*iguales penas* [un mes a tres años de reclusión y multa del triple del valor del daño causado, art. 346] *sufrirán los que voluntariamente derribaren, destruyeren, mutilaren o inutilizaren cualquier otro monumento de utilidad o de ornato y decoración de los pueblos, como estatuas, pinturas, columnas, láminas, lápidas, inscripciones u otras piezas de las bellas artes, o algún libro, manuscrito, diseño, plano u otro documento*

custodiado en biblioteca o archivo público, o alguna máquina, instrumento, alhaja u otra cosa depositada en gabinete público, científico o literario»[261].

9.2. EL CÓDIGO PENAL DE 1848-1850

El Código Penal promulgado en 1848 fue objeto de modificación por diversos Reales Decretos posteriores, entre los que destacan los de 21 y 22 de septiembre de 1848, 30 de mayo y 2 de junio de 1849 y, finalmente, 7 y 8 de junio de 1850, lo que llevó a que se promulgase 30 de junio de 1850 un texto que refundía todas normas anteriores, que estarían vigentes a lo largo de los años siguientes[262].

Sorprendentemente en esta norma no hallamos protección alguna al patrimonio histórico-artístico, lo que supone un claro retroceso respecto a la situación vista en el Código del año 1822; esto podría no resultar chocante en materia del patrimonio religioso, dados los tiempos en que se promulgó esta norma, pero resulta dramático que no se previera la inclusión en esta norma de unos delitos especialmente tipificados para la protección del patrimonio histórico y artístico español.

9.3. EL CÓDIGO PENAL DE 1870

Este código, dictado tras la Gloriosa, fue aprobado por Ley de 16 de junio de 1870[263]. Entre sus disposiciones sobre protección del patrimonio histórico-artístico podemos citar el artículo 576, que establecía que «*serán castigados con la pena de prisión correccional en su grado mínimo y medio los que causaren daño cuyo importe excediere de 2.500 pesetas:…, 5º En archivo o registro. 6º En puente, caminos, paseos u otros objetos de uso público o comunal*» o el más interesante 585, que retomaba el hilo de lo establecido en 1822, al configurar un tipo penal específico para los daños causados al patrimonio artístico: «*Los que apedrearen o mancharen estatuas o pinturas, o causaren un daño cualesquiera en… en objetos de ornato o pública utilidad o*

261. Código Penal Español. Madrid, Imprenta Nacional, 1822.
262. Código Penal de España, comentado por Don I.S. y Don A. de B., abogados de los Tribunales del reino y del Ilustre Colegio de esta ciudad, 3ª edición, Barcelona, Imprenta y librería de Tomás Gorcés, 1850.
263. Código Penal concordado y comentado por Joaquín Francisco Pacheco, 5ª edición, Madrid, Imprenta de Manuel Trillo, 1881.

recreo, aun cuando pertenecieran a particulares, serán castigados con la multa del duplo al cuádruplo del valor del daño causado…»; como puede verse es una protección penal manifiestamente insuficiente, máxime cuando la promulgación de este texto se produjo en pleno ataque de la piqueta a lo largo y ancho del país y, además, la práctica fue que estas disposiciones no tuvieron una aplicación efectiva, como demuestra la constante inexistencia de jurisprudencia, hasta final del siglo, por delitos derivados de hechos incluidos en estos tipos penales[264].

X. EL PATRIMONIO HISTÓRICO EN LAS CONSTITUCIONES DECIMONÓNICAS

El constitucionalismo decimonónico no fue muy proclive, a diferencia de lo sucedido en el siglo XX, a incluir entre sus constituciones normas sobre el patrimonio histórico artístico y su protección; sin embargo sí fue muy sensible a la disputa ya analizada en relación con el patrimonio de la corona frente al patrimonio nacional.

En este sentido ya el Estatuto de Bayona de 6 de julio de 1809 –tras el precedente del convenio de 5 de mayo de 1804 entre Carlos IV y Napoleón por el que el monarca español cedía sus bienes privados a éste último– contenía en su artículo 21º, dentro del título dedicado a la dotación de la Corona, la descripción de los bienes que constituían el patrimonio real, cuyas rentas serían las que sirviesen para la dotación de la corona; entre estos bienes encontramos los palacios reales y sus bienes muebles que, de esta forma, quedaban separados del patrimonio del Estado[265].

En la Constitución de 19 de marzo de 1812 tampoco se contienen normas sobre protección del patrimonio histórico-artístico, pero se mantiene la lucha entre el patrimonio real y el de la nación; en este sentido se van a aplicar las medidas de los liberales sobre nacionalización de los bienes del patrimonio real, pero permitiéndose al monarca conservar en propiedad «*todos los palacios reales que han disfrutado sus predecesores*» (art. 214), lo que implicaba que el patrimonio artístico permanecería en

264. *Legislación sobre el Tesoro…*, pp. 81 y 82.

265. López Rodó, Laureano, *El patrimonio nacional*, 1ª edición, Madrid, CSIC, 1954, p. 172 y Díez Moreno, Fernando, «La evolución constitucional del patrimonio nacional», *Reales Sitios*, 1989, nº extra 1, p. 17. Fuente: De Esteban, Jorge, *Constituciones españolas y extranjeras, Tomo I.* 2ª edición, Madrid, Taurus, 1979.

poder de la Corona y en cuanto al patrimonio nacional el artículo 172 impedía expresamente que se enajenase por el monarca[266].

La Constitución de 1812 va a quedar sin efecto tras el manifiesto de Fernando VII, de 4 de mayo de 1814, sobre la abrogación del régimen constitucional, hasta que en el año 1820 Riego restaure la Constitución de 1820 y Fernando VII se vea obligado a firmar el manifiesto de 10 de marzo de ese año, aceptando el triunfo constitucional[267]. En este período se ordenará, por Decreto de 28 de abril de 1820, el deslinde de las fincas que mantendría la Corona y las que se apropiaba el Estado, pero poco duró esta situación pues la llegada de los «cien mil hijos de San Luis» devolvió al trono a Fernando VII, que en uso de su más radical absolutismo, concretado claramente en su manifiesto de 1 de octubre de 1823, anuló todas las medidas decretadas durante el trienio liberal y restableció la situación del patrimonio de la Corona al mismo estado que tenía antes de la Constitución de 1812[268].

No hubo cambios en este panorama ni en el Estatuto Real de 10 de abril de 1834, ni en el proyecto de Constitución de Istúriz de 20 de julio de 1836, ni en la Constitución de 18 de junio de 1837, así como tampoco en la de 23 de mayo de 1845, lo que implicaba una situación de inseguridad del patrimonio real, por cuanto éste era enajenable, salvo los bienes expresamente vinculados por disposiciones testamentarias, hasta la promulgación de la ya analizada Ley de 12 de mayo de 1865 que daba a los bienes de la corona el carácter de inalienables, indivisibles e imprescriptibles, lo que aseguraba su mantenimiento dentro de las fronteras españolas. En ese estado de cosas encontramos la llegada de los revolucionarios en 1868 y el destronamiento de Isabel II, momento en el que se va a promulgar la Constitución de 1 de junio de 1869 y la promulgación de la también analizada Ley de 18 de diciembre de 1869, que extinguía el patrimonio de la Corona y decretaba su venta, pero estableciendo la conservación de los bienes con carácter histórico y artístico que, de esta forma, pasaban a formar parte del patrimonio nacional[269].

---

266. Díez Moreno, Fernando, *La evolución…*, p. 18; López Rodó, Laureano, *El patrimonio…*, p. 176.
267. De Esteban, Jorge, *Constituciones…*, pp. 125-132.
268. De Esteban, Jorge, *Constituciones…*, pp. 133 y 134; Díez Moreno, Fernando, *La evolución…*, p. 20.
269. Díez Moreno, Fernando, *La evolución…*, p. 22.

Proclamada la Primera República por la Ley de 11 de febrero de 1873, se proyectó una nueva constitución que no llegaría a entrar en vigor al producirse el pronunciamiento de Pavía y la posterior restauración borbónica[270]. Tampoco este proyecto de Constitución contenía norma alguna sobre protección del patrimonio histórico-artístico, circunstancia que tampoco cambiaría con la Constitución de 30 de junio de 1876. Este es el penoso panorama de nuestro patrimonio a la vista de las normas constitucionales decimonónicas, circunstancia que cambiaría, ya en el siglo XX, con la introducción de la protección del patrimonio histórico-español a través del artículo 45 de la Constitución de la Segunda República.

XI. LA IMPORTANCIA DE LAS MEDIDAS ADOPTADAS EN EL SIGLO XIX

Como resumen del concepto de patrimonio histórico-artístico en esta centuria y de la eficacia de la normativa dictada para su protección, basta señalar las conclusiones de Concepción Barrero y Juan Manuel Alegre, que vienen a poner un epílogo muy acertado sobre la cuestión:

> «*En síntesis, puede decirse que la normativa que sobre bienes monumentales nos ha legado el siglo XIX ofrecía, por encima de su carácter fragmentario, disperso, un tanto contradictorio y escasamente eficaz –las continuas disposiciones que a lo largo de ese período van a recordar la vigencia de la ley recopilada así lo corroboran– los tres grandes ejes sobre los que a partir de esos momentos y hasta nuestros días va a girar el gran debate en torno a la determinación de aquellos bienes que han de quedar al amparo de la acción protectora del Derecho: la antigüedad, el valor artístico y el valor histórico. La noción de monumento que aparece en la Novísima Recopilación, vinculada a la pertenencia de los bienes a concretas épocas históricas, único requisito de tal condición, se va a independizar de tal dato haciéndose de la referencia a la Historia o al Arte el nervio central de su propia definición y, en consecuencia, de la tutela otorgada por el orden jurídico. Valor histórico o artístico que quedaban, en cierto sentido, indeterminados ante la falta de mecanismos de concreción en el plano normativo, absolutamente necesarios cuando se está operando con conceptos que, como estos, carecen de una significación precisa y unívoca en el mundo del Derecho*»[271].

270. De Esteban, Jorge, *Constituciones…*, pp. 250-266.
271. Barrero Rodríguez, Concepción, *La ordenación Jurídica…*, p. 38.

«*Sea como fuere es importante notar que nuestro Derecho careció a lo largo de todo el siglo XIX de un verdadero código de los bienes históricos y artísticos, estando constituido el corpus normativo por un conjunto de disposiciones (de carácter orgánico y competencial), más o menos bienintencionadas, pero transidas de una innegable debilidad congénita, sin duda porque las mismas fueron dictadas con la intención de abordar las concretas cuestiones que iban suscitándose, normalmente en torno a la salida al extranjero de las obras de arte, así como de los atentados (a cuyo fin intentó consagrarse la exigencia previa de autorización para realizar intervenciones en los mismos) de que eran objeto los edificios de mérito histórico o de valor artístico, los monumentos antiguos si de hallazgos arqueológicos hablamos*»[272].

BIBLIOGRAFÍA

Adán Álvarez, Gema Elvira, «La comisión de monumentos históricos y artísticos de Asturias y su imbricación en los Museos Asturianos durante el siglo XIX y principios del XX (1844-1919): El Museo Arqueológico Provincial», *Boletín de la ANABAD*, tomo 49, nº 2, 1999, pp. 175-204.

Alcolea Blanch, Santiago, *Museo del Prado,* 3ª edición, Barcelona, Polígrafa, 2008.

Alegre Ávila, Juan Manuel, *Evolución y régimen jurídico del patrimonio histórico. La configuración dogmática de la propiedad histórica en la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico español,* vol. 1, 1ª edición, Madrid, Ministerio de Cultura, 1994.

Almagro Gorbea, Martín y Maier Allende, Jorge, *250 años de arqueología y patrimonio. Documentación sobre arqueología y patrimonio histórico de la Real Academia de la Historia. Estudio general e índices,* Madrid, Real Academia de la Historia-Gabinete de Antigüedades, 2003.

Almagro-Gorbea, Martín, «La protección del patrimonio cultural en la historia de España», en: *La protección jurídica del patrimonio inmobiliario histórico.* 1ª edición, Madrid, Fundación beneficentia et peritia iuris, 2005.

Andrés-Gallego, José (Coord.), *Revolución y restauración 1868-1931, Historia General de España y América*, tomo XVI (vols. 1 y 2). Madrid, Rialp, 1982.

272. Alegre Ávila, Juan Manuel, *Evolución y régimen jurídico…*, p. 47.

Antequera, José María, *La desamortización eclesiástica considerada en sus diferentes aspectos y relaciones,* 1ª edición, Madrid, Imprenta de A. Pérez Dubruli, 1885.

Artola Gallego, Miguel, *La España de Fernando VII*, 1ª edición, Barcelona, RBA-Biblioteca Histórica de España, 2005.

Ayarzagüena, Mariano, «El nacimiento de la arqueología científica en España», en: *Pioneros de la Arqueología en España. Del Siglo XVI a 1912*, 1ª edición, Museo Arqueológico Regional de Alcalá de Henares, nº 3, 2004.

Azcárate, José Mª., *Monumentos españoles. Catálogo de los declarados históricos-artísticos,* 3 tomos, 2ª edición, Madrid, Instituto Diego Velázquez «Fichero de Arte Antiguo», 1953-54.

Barrero Rodríguez, Concepción, *La ordenación Jurídica del Patrimonio Histórico,* 1ª edición, Madrid, Civitas, 1990.

Bolaños Atienza, María, *Historia de los Museos en España,* 1ª edición, Gijón, Ediciones Trea, 1997.

Comellas García-Llera, José Luis, *Historia de España moderna y contemporánea (1474-1975),* 8ª edición, Madrid, RIALP, 1985.

Cos Gayón, Fernando, *Historia Jurídica del Patrimonio Real,* 1ª edición, Madrid, Imprenta de Enrique de la Riva, 1881.

Cuenca Toribio, José Manuel, «La desarticulación de la Iglesia española del Antiguo Régimen», *Hispania Sacra*, 20:39, 1967, pp. 33 a 98.

De Esteban, Jorge, *Constituciones españolas y extranjeras, Tomo I*, 2ª edición, Madrid, Taurus, 1979.

De la Hoz Arderíus, Rafael, «El Prado, Sinfonía Incompleta», *Academia. Boletín de la Real Academia de Bellas Artes de San Fernando*, nº 85, segundo semestre de 1997, pp. 72-100.

– *«Informe sobre la recién encontrada "descripción del edificio del Real Museo por su autor Don Juan de Villanueva"», Academia, nº 82, 1996, pp. 133-145.*

Delicado Martínez, Francisco Javier y Alejos Andreu, Mónica, «La cartuja de Valldecrist tras las desamortizaciones del siglo XIX. La dispersión y pérdida de su legado artístico y cultural, y la destrucción de su patrimonio arquitectónico», *Archivo de Arte Valenciano*, nº 84, 2003, pp. 97-115.

Díez Moreno, Fernando, «La evolución constitucional del patrimonio nacional», *Reales Sitios*, 1989, nº extra 1.

Estela Giménez, María Isabel, «Estructura y funcionamiento de la Comisión Provincial de Monumentos de Valencia durante los años 1858 a 1878», *Academia*, nº 87, 1998, pp. 391-419.

Fernández Pardo, Francisco, *El museo desaparecido. Dispersión y destrucción del patrimonio artístico español. Tomo III (1868-1900) Gloriosa/Fin de Siglo,* 1ª edición, Madrid, Fundación Universitaria Española, 2007.

– *El museo desaparecido. Dispersión y destrucción del patrimonio artístico español, Tomo II (1815-1868): Desamortizaciones, 1ª edición, Madrid, Fundación Universitaria Española, 2007.*

– *El museo desaparecido. Dispersión y destrucción del patrimonio artístico español (1808-1814) Guerra de la Independencia, 1ª edición, Madrid, Fundación Universitaria Española, 2007.*

Fiestas Loza, Alicia, «La protección por la Ley de 8 de febrero de 1861, de los compradores de bienes eclesiásticos desamortizados», en: *Desamortización y Hacienda Pública, Tomo II.* Madrid, Secretaría General Técnica del Ministerio de Agricultura Pesca y Alimentación e Instituto de Estudios Fiscales, 1986, pp. 653-667.

Fontana i Lázaro, Josep, *La quiebra de la monarquía absoluta 1814-1820,* 1ª edición, Barcelona, RBA-Biblioteca Histórica de España, 2005.

García Cárcel, Ricardo, *El sueño de la nación indomable. Los mitos de la Guerra de la Independencia,* 1ª edición, Madrid, Temas de Hoy, 2007.

García Madariaga, José María, *Estructura de la Administración Central (1808-1931),* 1ª edición, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública, 1982.

García Martín, Francisco, *La comisión de monumentos de Toledo (1875-1931).* 1ª edición, Toledo, Ledoira, 2010.

García Pérez, Noelia, «La Comisión Provincial de Monumentos Históricos y Artísticos de Murcia (1890-1900)», *Imafronte*, nº 15, 2000, pp. 71-84.

García-Monsalve Escriña, Antonio, *Historia Jurídica del Museo del Prado (1819-1869)*, 2 vols., Tesis Doctoral, (Dir.) Gustavo Villapalos Salas, Universidad Complutense de Madrid, 1993.

Gaya Nuño, Juan Antonio, *Historia y guía de los museos en España,* 2ª edición, Madrid, Espasa-Calpe, 1968.

– *Historia del Museo del Prado: 1819-1976, 2ª edición, Madrid, Editorial Everest, 1976.*

Géal, Pierre, «La creación de los museos en España», *Anuario del Departamento de Historia y Teoría del Arte-Universidad Autónoma de Madrid*, nº 14, 2002, pp. 289-298.

– *http://www.cervantesvirtual.com/obra/ii-centenario-de-la-real-cdula-de-1803-la-real-academia-de-la-historia-y-el-inicio-de-la-legislacin-sobre-el-patrimonio-arqueolgico-y-monumental-en-espaa-0/. [Consulta: 18 de julio de 2016].*

Huici Goñi, María Puy, «Las Comisiones de Monumentos históricos y artísticos con especial referencia a la Comisión de Navarra», *Príncipe de Viana*, nº 189, 1990, pp. 119-210.

Lana Berasain, José Miguel, «La desamortización foral (1834-1861)», *Iura Vasconiae*, nº 1, 2004, pp. 437-452.

Llull Peñalba, Josué, *La destrucción del patrimonio arquitectónico de Alcalá de Henares (1808-1939),* 1ª edición, Alcalá de Henares, Universidad de Alcalá, 2006.

López Puerta, Luis, *La desamortización eclesiástica de Mendizábal en la provincia de Guadalajara,* 1ª edición, Guadalajara, Diputación Provincial de Guadalajara, 1989.

López Rodó, Laureano, *El patrimonio nacional,* 1ª edición, Madrid, CSIC, 1954, p. 172.

López Trujillo, Miguel Ángel y García-Risco Vigara, María del Carmen, «La Comisión de Monumentos de Guadalajara (1835-1939). Breve reseña histórica y fuentes documentales para su estudio», en: *La Investigación y las Fuentes Documentales de los Archivos, Tomo 1*, Guadalajara, Anabad Castilla-La Mancha y Asociación de Amigos del Archivo Histórico Provincial de Guadalajara, 1996.

Maier Allende, Jorge, «II centenario de la R.Céd. de 1803. La Real Academia de la Historia y el inicio de la legislación sobre el patrimonio arqueológico y monumental en España», *Boletín de la Real Academia de la Historia,* 200, cuaderno 3, 2003, pp. 447-450.

– *«La Comisión de Antigüedades de la Real Academia de la Historia», en: 250 años de arqueología y patrimonio, 1ª edición, Madrid, RAH, 2003, pp. 27-51.*

– *R.Céd. de S(u) M(ajestad) y Señores del Consejo, por la qual se aprueba y manda observar la Instrucción formada por la Real Academia de la Historia sobre el modo de recoger y conservar los monumentos antiguos descubiertos a que se descubran en el Reyno (6 de julio de 1803).*

– *http://www.cervantesvirtual.com/obra-visor/real-cedula-de-su-majestad-y-senores-del-consejo-por-la-qual-se-aprueba-y-manda-observar-la-instru-0/html/00224e2e-82b2-11df-acc7-002185ce6064_2.html [Consulta: 18 de julio de 2016].*

Martí Gilabert, Francisco, *La desamortización española,* 1ª edición, Madrid, Rialp, 2003, p. 26.

Martín, Teodoro, *La desamortización. Textos Jurídico Políticos,* 1ª edición, Madrid, Narcea, 1973.

Martínez Carretero, Ismael, «Expolio del patrimonio artístico y cultural de la Iglesia en España», en: *La desamortización: el expolio del patrimonio artístico y cultural de la Iglesia en España,* Sevilla, Actas del Simposio, pp. 139-166.

Merino Urrutia, José, «Labor de la Comisión de Monumentos de La Rioja desde que fueron creadas el año 1845 hasta nuestros días», *Berceo*, nº 14, 1950, pp. 25-52.

– *«Labor de la Comisión de Monumentos de La Rioja desde que fueron creadas el año 1845 hasta nuestros días (continuación)», Berceo, nº 15, 1950, pp. 327-356.*

Mora Rodríguez, Gloria y Tortosa Rocamora, Trinidad, *La Comisión de Antigüedades de la Real Academia de la Historia. Comunidad Valenciana. Catálogo e Índices,* 1ª edición, Madrid, Real Academia de la Historia, 2001.

– *«La arqueología en España durante el renacimiento y la ilustración», en: Pioneros de la Arqueología en España. Del Siglo XVI a 1912,* 1ª *edición, Museo Arqueológico Regional de Alcalá de Henares, nº 3, 2004, pp. 17 y 18.*

Moreno, Juan, *Monumentos históricos nacionales,* 1ª edición, Madrid, Instituto del Patrimonio Cultural, 1998.

Mutiloa Poza, José María, *La desamortización eclesiástica en Navarra,* 1ª edición, Pamplona, Universidad de Navarra, 1972.

Nadal i Oller, Jordi, *El fracaso de la revolución industrial en España 1814-1913,* 1ª edición, Barcelona, Ariel, 1975.

Navarrete Martínez, Esperanza, *La Academia de Bellas Artes de San Fernando y la pintura en la primera mitad del siglo XIX,* 1ª edición, Madrid, Fundación Universitaria Española, 1999.

Nicolás Martínez, María del Mar y Torres Fernández, María del Rosario, «La Comisión de Monumentos de la provincia de Almería (1844-1847)», *Anales del Colegio Universitario de Almería*, nº 7, 1988, pp. 205-243.

Ordieres Díez, Isabel, *Historia de la restauración monumental en España (1835-1936)*, 1ª edición, Madrid, Ministerio de Cultura-Dirección General de Bellas Artes y de Conservación y Restauración de Bienes Culturales, 1995, pp. 23 y 24.

Pacheco, Joaquín Francisco, *Comentario a las leyes de desvinculación,* 4ª edición, Madrid, Imprenta de Manuel de Rojas, 1849, p. 64.

Ramón Fernández, Tomás y Alfonso Santamaría, Juan, *Legislación administrativa española del siglo XIX,* 1ª edición, Madrid, Instituto de Estudios Administrativos, 1977.

Rodríguez Domingo, José Manuel, «El patrimonio mueble de los conventos suprimidos por la desamortización de Mendizábal en Guadix (1835-1838)», *Cuadernos de Arte de la Universidad de Granada*, nº 26, 1995, pp. 423-437.

Rodríguez Simón, Pedro, «Las Comisiones Provinciales de Monumentos en Aragón: El caso de la Comisión de Huesca», *Archaia*, nos 3, 4 y 5, 2003-2005, pp. 289-293.

Roma Valdés, Antonio, «El expolio del patrimonio arqueológico español», *Patrimonio Cultural y Derecho*, nº 6, 2002.

Rumeu de Armas, Antonio, *Origen y fundación del Museo del Prado,* Madrid, Instituto de España, 1980.

Sambricio, Valentín, «El Museo Fernandino: causa de su fracaso», *Archivo español de arte*, nº 53, 1942.

– *«El Museo Fernandino: su creación», Archivo español de arte, nº 51, 1942, pp. 132-146.*

Sánchez García, Jesús Ángel, «Una década trágica para el patrimonio gallego. De la desamortización a las Comisiones de Monumentos (1835-1844)», *Quintana*, nº 3, 2004, pp. 123-151.

Serrano Morales, Riansares y Caballero García, Antonio, «Los fondos de la comisión provincial de monumentos y del real patronato provincial para el fomento de las bibliotecas, archivos y museos arqueológicos, conservados en el archivo histórico provincial de Guadalajara», *Wad-al-Hayara-Revista de Estudios de la Institución Provincial de Cultura «Marqués de Santillana de Guadalajara»,* nº 21, año 1994, pp. 343-365.

Simón Segura, Francisco. *La desamortización española en el siglo XIX,* 1ª edición, Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, 1973.

Tomás y Valiente, Francisco. *El marco político de la desamortización en España*, 1ª edición, Barcelona, Ariel, 1971.

Tuñón de Lara, Manuel, *La España del Siglo XIX,* 2 vols., Madrid, Akal, 2000.

Tussell Gómez, Javier, «Introducción», en: *Los museos y la conservación del patrimonio.* 1ª edición, Madrid, Fundación Argentaria, 2001.

Urrea, Jesús, «La desamortización y la conservación de los bienes artísticos muebles», en: *Historia de la Propiedad: patrimonio cultural*, 1ª edición, Madrid, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2003.

Vallejo Bozal, Javier, «Las consecuencias de la desamortización de 1820 en la conservación del patrimonio histórico. El caso zamorano», *Anuario del Instituto de Estudios Zamoranos Florián de Ocampo*, nº 19, 2002, pp. 353-361 o Martín Martín, Teodoro. «El expolio del monasterio de Yuste (Cáceres)», en: *La desamortización: el expolio del patrimonio artístico y cultural de la Iglesia en España*, Sevilla, actas del simposio, pp. 681-698.

Villanueva, Juan y Chueca Goitia, Fernando, *El edificio del Museo del Prado,* 1ª edición, Madrid, Fundación Universitaria Española, 2003.

VV.AA., *El carlismo y las guerras carlistas: hechos, hombres e ideas,* 1ª edición, Madrid, La Esfera de los Libros, 2003.

VV.AA., *España en 1898,* 1ª edición, Barcelona, RBA-Biblioteca Histórica de España, 2005.

VV.AA., *Gracias a… La Comisión de Monumentos (1835-1970),* 1ª edición, Soria, Junta de Castilla y León, 2005.

Yáñez Vega, Ana y Lavín Berdonces, Ana Carmen, «La legislación española en materia de Arqueología hasta 1912: análisis y evolución en su contexto», *Patrimonio Cultural y Derecho*, nº 3, 1999, pp. 123-145.

Revisión del marco legislativo de la Unión Europea en materia de propiedad intelectual:
Conflictos, propuestas de modernización e implicaciones en el futuro de la gestión de derechos

AINARA LeGARDON
Artista

Gracias por su implicación en este trabajo a David García Aristegui, Servando Rocha, Enric Enrich, Juan Antonio Ureña Salcedo, Alejandro Vera Palencia, Quico Duret, Igor Estankona y Rafael Rodrigo Perurena

SUMARIO: ABREVIATURAS. INTRODUCCIÓN. I. LAS DIRECTIVAS Y LA LABOR DOCTRINAL DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. II. DATOS SOBRE EL ENTORNO DIGITAL ACTUAL. III. CONSULTAS E INFORMES. *3.1. Consulta en materia de propiedad intelectual de la Comisión Europea. 3.2. Informe Reda.* IV. PROBLEMAS MÁS RELEVANTES Y PROPUESTAS PARA LA MODERNIZACIÓN DE LAS LEYES DE PROPIEDAD INTELECTUAL EN EUROPA. *4.1. Desequilibrio entre la remuneración de creadores y la de productores/editores/distribuidores. 4.2. Multiterritorialidad: Barreras, geo-bloqueo y responsabilidad legal de los intermediarios en línea.* 4.2.1. Programa sobre el Mercado Único Digital. 4.2.2. Proyectos conjuntos entre entidades de gestión europeas. *4.3. Plazos de protección. Dominio Público. 4.4. Excepciones y limitaciones.* V. LA DIRECTIVA 2014/26/UE, DE 26 DE FEBRERO, LA LEY 21/2014, DE 4 DE NOVIEMBRE Y ALGUNAS DE SUS IMPLICACIONES EN EL FUTURO DE LA GESTIÓN COLECTIVA. *5.1. Tarifas y reparto.* 5.1.1. El «pendiente de identificación/no social». 5.1.2. Sentencias y casos históricos relacionados. 5.1.3. Orden Ministerial para aprobación de la metodología en la determinación de tarifas. Ventanilla única y criterios de reparto. *5.2. Contrato de gestión. 5.3. Infracciones y sanciones. 5.4. Las competencias territoriales. El caso de EKKI.* VI. EL ENTORNO EUROPEO. *6.1. Modificación de leyes estatales. 6.2. Experiencias alternativas en la gestión colectiva europea.* 6.2.1. Acuerdos entre Creative Commons (CC) y algunas entidades de gestión. 6.2.2. C3S SCE. ÍNDICE BIBLIOGRÁFICO. ADENDA.

ABREVIATURAS

AEVAL	Agencia Estatal de Evaluación de las Políticas Públicas y la Calidad de los Servicios
ARTISJUS	Artisjus Magyar Szerzői Jogvédő Iroda Egyesület
AIE	Asociación de Artistas Intérpretes o Ejecutantes Sociedad de Gestión
DAMA	Asociación de Derechos de Autor de Medios Audiovisuales
AGEDI	Asociación de Gestión de Derechos Intelectuales
CEDRO	Centro Español de Derechos Reprográficos
CNC	Comisión Nacional de la Competencia
CNMC	Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia
CC	Creative Commons
C3S SCE	Cultural Commons Collecting Society SCE mbH
EP	Empresa en participación
EEE	Espacio Económico Europeo
SUISA	Genossenschaft der Urheber und Verleger von Musik in der Schweiz
GEMA	Gesellschaft für musikalische Aufführungs und mechanische Vervielfältigungsrechte
LPI/1879	Ley de Propiedad Intelectual de 1879
LPI/1987	Ley de Propiedad Intelectual de 1987
LPI	Ley de Propiedad Intelectual
MCPS	Mechanical-Copyright Protection Society
OMPI	Organización Mundial de la Propiedad Intelectual
PRS	Performing Right Society
RNE	Radio Nacional de España
RTVE	Radio Televisión Española
SCE	Sociedad Cooperativa Europea
SAE	Sociedad de Autores de España
SGAE	Sociedad General de Autores y Editores
SPA	Sociedade Portuguesa de Autores

SIAE	Società Italiana degli Autori ed Editori
SABAM	Société d'Auteurs Belge – Belgische Auteurs Maatschappij
SACEM	Société des Auteurs, Compositeurs et Éditeurs de Musique
STIM	Svenska Tonsättares Internationella Musikbyrå
TRLPI	Texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
BUMA/ STEMRA	Vereniging BUMA/Stichting STEMRA
VEGAP	Visual, Entidad de Gestión de Artistas Plásticos

INTRODUCCIÓN

Este artículo tiene por objeto exponer y analizar el debate suscitado por la revisión del marco legislativo de la Unión Europea en materia de propiedad intelectual (en particular la Directiva 2001/29/CE, de 22 de mayo, *relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información*). Se expondrán informes, puntos de vista de los distintos agentes implicados, conflictos planteados, propuestas de modernización, así como una reflexión en torno a sus implicaciones en el futuro de la gestión de derechos de autor y conexos a nivel europeo. A lo largo del texto nos centraremos en las obras artísticas (musicales, plásticas, audiovisuales, etc.), aunque también se hará referencia las obras literarias y, en menor medida, científicas; no así a los programas de ordenador ni al derecho *sui generis* de las bases de datos, cuya mención quedará relegada básicamente a un tercer plano en las notas a pie de página.

Así mismo se analizará la última modificación de la Ley de Propiedad Intelectual española (Ley 21/2014, de 4 de noviembre), poniéndola en relación con la Directiva 2014/26/UE, de 26 de febrero, *relativa a la gestión colectiva de los derechos de autor y derechos afines y a la concesión de licencias multiterritoriales de derechos sobre obras musicales para su utilización en línea en el mercado interior*, aún sin transponer a nuestro Ordenamiento Jurídico, y se valorarán algunas de sus implicaciones en el futuro de la gestión colectiva en el Estado español. Por último se hará un breve repaso al entorno europeo, describiendo las últimas modificaciones en leyes de varios Estados miembros, así como experiencias alternativas en el ámbito de la gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual.

I. LAS DIRECTIVAS Y LA LABOR DOCTRINAL DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

En el transcurso de los últimos veinte años se han adoptado en Europa más de una decena de directivas referentes a propiedad intelectual[1], todas, a excepción de la Directiva 2014/26/UE, de 26 de febrero, *relativa a la gestión colectiva de los derechos de autor y derechos afines y a la concesión de licencias multiterritoriales de derechos sobre obras musicales para su utilización en línea en el mercado interior*, ya están incorporadas a nuestro Ordenamiento Jurídico.

La Unión Europea ha atajado problemas concretos realizando «actuaciones quirúrgicas»[2] mediante la adopción de dichas directivas (que cada estado miembro se debe encargar de transponer en forma de ley, disponiendo de un margen de actuación más o menos amplio dependiendo de cada caso), además de numerosas recomendaciones, comu-

1. Directiva 91/250/CEE, de 14 de mayo, *sobre la protección jurídica de programas de ordenador*, derogada por la Directiva 2009/24/CE, de 23 de abril; Directiva 92/100/CEE, de 19 de noviembre, *sobre derechos de alquiler y préstamo y otros derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la propiedad intelectual*, derogada por la Directiva 2006/115/CE, de 12 de diciembre; Directiva 93/83/CEE, de 27 de septiembre, *sobre coordinación de determinadas disposiciones relativas a los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la radiodifusión vía satélite y de la distribución por cable*; Directiva 93/98/CEE, de 29 de octubre, *relativa a la armonización del plazo de protección del derecho de autor y de determinados derechos afines*, derogada por la Directiva 2006/116/CE, de 12 de diciembre; Directiva 96/9/CE, de 11 de marzo, *sobre la protección jurídica de las bases de datos*; Directiva 2001/29/CE, de 22 de mayo, *relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información*; Directiva 2001/84/CE, de 27 de septiembre, *relativa al derecho de participación en beneficio del autor de una obra de arte original*; Directiva 2011/77/UE, de 27 de septiembre por la que se modifica la Directiva 2006/116/CE de 12 de diciembre, *relativa al plazo de protección del derecho de autor y de determinados derechos afines*; Directiva 2012/28/UE, de 25 de octubre, *sobre ciertos usos autorizados de las obras huérfanas*; y Directiva 2014/26/UE, de 26 de febrero, *relativa a la gestión colectiva de los derechos de autor y derechos afines y a la concesión de licencias multiterritoriales de derechos sobre obras musicales para su utilización en línea en el mercado interior* (pendiente de transposición en España).
2. Palabras de la Catedrática de Propiedad Intelectual (UOC) Raquel Xalabarder en su ponencia «Reforma de la normativa europea ("Transposición" local)» ofrecida en la Jornada «Reptes Digitals» auspiciada por el Departamento de Cultura de la Generalidad de Cataluña el 22 de enero de 2015. Vídeo disponible en *https://vimeo.com/118235643* accedido el 12-10-15.

nicaciones y resoluciones, a algunas de las cuales haremos alusión a lo largo de este texto. Por otro lado, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE), ha desempeñado un papel relevante a través de la jurisprudencia desarrollada resolviendo cuestiones prejudiciales planteadas por miembros de Tribunales nacionales. Sin embargo, algunos expertos opinan que el TJUE se ha excedido de su actividad institucional y, en algunos casos, como se expresa en un Informe de Pierre Sirinelli[3] al que aludiremos más adelante, ha incurrido en contradicciones intentando desempeñar la labor de legislador. El análisis de la jurisprudencia del TJUE indica que «la naturaleza territorial de las leyes de propiedad intelectual está profundamente cuestionada»[4].

En este contexto ha llegado el momento de plantear la revisión de la más transversal de las directivas adoptadas, la Directiva 2001/29/CE de 22 de mayo, *relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información* (también conocida como Directiva *InfoSoc),* que fue aprobada en 2001, tras cuatro años de diálogo y debate en la Unión Europea. Mediante ella se trató de adaptar el régimen legal de la propiedad intelectual al entorno digital y a las nuevas formas de explotación de las obras. Se basa en principios y normas ya establecidos por otras directivas en la materia, en particular la 91/250/CEE de 14 de mayo, 92/100/CEE de 19 de noviembre, 93/83/CEE de 27 de septiembre, 93/98/CEE de 29 de octubre, y 96/9/CE de 11 de marzo[5], y los desarrolla e integra en la perspectiva

3. Informe elaborado por Pierre Sirinelli, profesor en la Universidad Paris 1 – Panthéon Sorbonne, miembro del Consejo Superior de la Propiedad Literaria y Artística de Francia. El informe, presentado por dicho Consejo el 18 de noviembre de 2014, recoge las reacciones que suscita la revisión de la Directiva *InfoSoc* y sugiere fórmulas para su modernización. Disponible en *http://adbu.fr/wp-content/uploads/2014/12/Rapport-CSPLA-Mission-directive-200129CE.pdf* accedido el 12-10-15.
4. Gómez Rosendo del Toro, Antonio: *El derecho de autor en la Unión Europea*, Fundación Autor, Madrid, 2006, p. 28. Antonio Gómez Rosendo del Toro es Doctor por la Cátedra de Derecho y Economía Internacional de la Universidad Central de Barcelona, y ha ostentado el cargo de Delegado General de SGAE para la Comunidad Autónoma de Canarias.
5. Según se enuncia en el considerando 20 de la propia Directiva *InfoSoc*: Directiva 91/250/CEE de 14 de mayo de 1991, *sobre la protección jurídica de programas de ordenador* (DO L 122 de 17.5.1991, p. 42), modificada por la Directiva 93/98/CEE; Directiva 92/100/CEE de 19 de noviembre de 1992, *sobre derechos de alquiler y préstamo y otros derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la propiedad*

de la llamada «sociedad de la información», un término ya acuñado en algunos documentos de la Comisión Europea a finales de los años 70[6].

Una de sus principales novedades es la incorporación del concepto de un nuevo derecho dentro del de comunicación pública, el de *puesta a disposición* de la obra «de tal forma que cualquier persona pueda tener acceso a ella desde el lugar y en el momento que elija».

En su preámbulo se exponen una serie de considerandos que justifican la promulgación de este marco jurídico que «fomentará, mediante un mayor grado de seguridad jurídica y el establecimiento de un nivel elevado de protección de la propiedad intelectual, un aumento de la inversión en actividades de creación e innovación, incluida la infraestructura de red, lo que a su vez se traducirá en el desarrollo de la industria europea y en el incremento de su competitividad».

La Directiva *InfoSoc* tiene en cuenta que las repercusiones de las diferencias legislativas entre los Estados miembros y la inseguridad jurídica «resultarán más significativas a medida que siga desarrollándose la sociedad de la información, que ya ha dado lugar a un considerable aumento de la explotación transfronteriza de la propiedad intelectual».

En este nuevo escenario digital, considera necesario «garantizar que las sociedades de gestión colectiva de los derechos de autor y de los derechos afines a los derechos de autor consigan un nivel más alto de racionalización y transparencia en el respeto de las normas de competencia».

El problema es que la adopción de esta directiva se produjo con anterioridad a la creación de las más importantes plataformas de Internet en las que se comparte contenido protegido por derechos de

---

intelectual (DO L 346 de 27.11.1992, p. 61), modificada por la Directiva 93/98/CEE de 27 de septiembre; Directiva 93/83/CEE de 27 de septiembre, *sobre coordinación de determinadas disposiciones relativas a los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la radiodifusión vía satélite y de la distribución por cable* (DO L 248 de 6.10.1993, p. 15); Directiva 93/98/CEE de 29 de octubre, *relativa a la armonización del plazo de protección del derecho de autor y de determinados derechos afines* (DO L 290 de 24.11.1993, p. 9), y Directiva 96/9/CE de 11 de marzo, *sobre la protección jurídica de las bases de datos* (DO L 77 de 27.3.1996, p. 20).

6. Fuente: *Ibidem*, p. 138. A su vez el autor remite a una nota a pie de página en la que cita el documento La Sociedad europea cara a las nuevas tecnologías de la información. Una respuesta comunitaria. COM (79) 650, Bruselas, 23 de noviembre de 1979.

autor y/o conexos. Por poner algunos ejemplos, Wikipedia surgió en 2001, Wordpress en 2003, Youtube en 2004, y las popularísimas redes sociales Facebook y Twitter en 2005 y 2006 respectivamente. La Directiva *InfoSoc* también se anticipó al lanzamiento de la organización Creative Commons y a otras licencias libres. El debate actual se centra en si es o no necesaria la revisión de la Directiva *InfoSoc*, y en caso afirmativo, cómo proceder a ella.

II. DATOS SOBRE EL ENTORNO DIGITAL ACTUAL

Los datos hablan por sí solos: La plataforma Wordpress hoy día alberga más de 60 millones de páginas web y sus usuarios producen más de 36 millones de nuevas entradas al mes, en Youtube se cargan más de 130 horas de contenido cada minuto, y en Facebook se actualizan 41000 entradas por segundo. De acuerdo con los datos ofrecidos por Eurostat, en 2012 cerca de 23 millones de europeos crearon su propia web o *blog*, y más de 83 millones subieron a la red contenido creado por ellos mismos[7].

A lo largo de la década que prosiguió a la adopción de la Directiva *InfoSoc*, el porcentaje de hogares en España con conexión a Internet se incrementó del 21.6% en 2002-2003, al 64% en 2010-2011, situándose al nivel de la media europea. Estos datos son resultado de las diversas encuestas del Ministerio de Educación, Cultura y Deporte sobre hábitos y prácticas culturales en España[8]. En la última de ellas, perteneciente al Plan Estadístico Nacional 2013-2016, y realizada en 2014-2015, se ha investigado el acceso a contenidos culturales por Internet[9].

---

7. Estos y otros datos destacados aparecen en «The Copyright Manifesto», un documento elaborado y difundido en enero de 2015 por la coalición Copyright for Creativity (C4C), un colectivo de asociaciones de derechos digitales, bibliotecas, empresas de investigación e instituciones educativas, entre otros. *http://copyright-4creativity.eu/wp-content/uploads/2015/01/C4C-Copyright-Manifesto-20150119.pdf* accedido el 18-09-15. Aunque según una noticia aparecida en la página web de la agencia de noticias Reuters, el dato referente a las horas de contenido subidas a Youtube por minuto asciende a 300 horas: *http://www.reuters.com/article/2015/06/30/us-google-youtube-germany-idUSKCN0PA2EK20150630* accedido el 18-10-15.
8. *http://www.mecd.gob.es/servicios-al-ciudadano-mecd/estadisticas/cultura/mc/ehc/portada.html* accedido el 11-10-15.
9. *http://www.mecd.gob.es/servicios-al-ciudadano-mecd/dms/mecd/servicios-al-ciudadano-mecd/estadisticas/cultura/mc/ehc/2014-2015/Encuesta_de_Habitos_y_Practicas_Culturales_2014-2015.pdf* accedido el 11-10-15.

Resulta interesante resaltar aquí que la presencia de Internet no sólo ha de tenerse cuenta en lo que respecta a las conexiones en el hogar, sino también a otros dispositivos que permiten el uso de la red fuera de casa, como tabletas o *smartphones*.

En lo referente a espectáculos escénicos o musicales, el 5.3% de la población accede a ellos virtualmente, correspondiendo las tasas más elevadas a los conciertos de música actual por Internet. En conjunto, el 22.7% de la población escucha música y el 29.4% disfruta de obras audiovisuales directamente en la red. La encuesta también investiga el formato de libro utilizado por los lectores y revela que un 17.7% prefiere el soporte digital. Un 5.7% de la población manifiesta leer libros directamente en Internet, el 6% a través de un lector de libros digitales y el 1.8% a través de otros soportes móviles. El 14% de la población investigada lee *blogs* al menos una vez al mes.

En este contexto no se puede obviar la importancia de las redes sociales como medio favorito de los usuarios para descubrir, disfrutar y compartir contenidos protegidos por derechos de propiedad intelectual, especialmente musicales. Tal y como se argumenta con diversos datos y estadísticas en *Libro Blanco de la Música en España 2013*[10], editado por Promusicae (Productores de Música de España), las redes sociales también se han consolidado como importantes canales para la promoción artística.

El estudio «The Big Survey: Understanding the challenges facing musicians in 2013» («La Gran Encuesta: Conocer los retos a los que se enfrentan los músicos en 2013»), realizado a 200 músicos emergentes y publicado por la empresa Right Chord Music[11], reveló que la red social Facebook es la herramienta más utilizada para la promoción y difusión musical, seguida por Twitter y el servicio en línea Soundcloud.

Además, los últimos acuerdos entre plataformas de *streaming* y redes sociales, como Spotify y Facebook, permiten que tanto la difusión de contenidos como la monetización aumenten de manera exponencial al convertir los contactos personales de un artista en prescriptores de su música.

10. *http://www.promusicae.es/libroblanco/2013/es/* accedido el 11-10-15.
11. *http://www.rightchordmusic.co.uk* accedido el 18-09-15.

A día de hoy, Facebook negocia también acuerdos con discográficas para la concesión de licencias que permitirán que la conocida red social amplíe la oferta de vídeo y se convierta en un serio competidor de Youtube[12].

Como conclusión cabría citar lo expuesto en *Libro Blanco de la Música en España 2013*, al que antes hemos hecho referencia, y que recoge los últimos datos publicados por Promusicae sobre el momento que atraviesa la industria musical en España:

> Se consolida la música digital como formato e Internet como medio de búsqueda y acceso a contenidos musicales. La pérdida de popularidad del soporte físico, común en otros muchos mercados, se produce en España con mayor intensidad a la vez que el consumo de música en Internet se acelera de la mano de una progresiva penetración de servicios de banda ancha en los hogares españoles[13].

III. CONSULTAS E INFORMES

Resulta evidente que a lo largo de las dos últimas décadas una nueva realidad se ha impuesto en las vidas y los quehaceres de usuarios y creadores. Han cambiado por completo las formas de creación, distribución y acceso a los contenidos, y se ha generado un interesante debate, «mucho más político que en el siglo pasado»[14] en el que se discute cómo lograr la adecuación de las normas al contexto actual y al futuro que se vislumbra.

La Directiva *InfoSoc,* en sus disposiciones finales, previendo esta situación, solicita a la Comisión Europea la presentación cada tres años al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social de un

12. Fuente: *http://mobile.nytimes.com/2015/07/10/business/media/facebook-said-to-seek-music-video-licensing-deals.html?partner=rss&emc=rss&_r=4&referrer=* accedido el 27-10-15.
13. *http://www.promusicae.es/libroblanco/2013/es/* accedido el 11-10-15.
14. Palabras de María Martín Prat, Jefa de la Unidad de Derechos de Autor –Directorate General for Networks, Content and Technology (DG CONNECT)– en la Comisión Europea, en su ponencia «La política actual de la Comisión Europea en materia de derechos de autor y derechos afines», ofrecida el 23 de abril de 2015 en el marco del Programa Master Class (coordinado por la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, junto al Instituto de Derecho de Autor). Texto de la ponencia disponible en la publicación «El derecho de autor y su aplicación nacional, europea e internacional. Ponencias del Programa Master Class Instituto Autor-OMPI 2014-2015», en una edición exclusiva para los socios del Instituto Autor y alumnos del Programa. Vídeo disponible en *https://www.youtube.com/watch?v=_B4DMqs9YrA* accedido el 12-10-15.

informe que examine su aplicación, instando a la Comisión a que presente propuestas de modificación y modernización de la directiva. Esta modernización está identificada actualmente como una prioridad por parte de la Comisión Europea, siendo uno de sus retos más importantes la armonización de las múltiples legislaciones territoriales en materia de propiedad intelectual.

El reto consiste en encontrar el equilibrio entre el interés colectivo en que la sociedad tenga acceso a las obras del ingenio, y el interés de los titulares de derechos en obtener los beneficios correspondientes a la explotación de sus obras. Acompañando a este último de los intereses, otro también social, el de fomentar y promover la creación. Tal y como analiza Fernando Miró Llinares en su estudio «El futuro de la propiedad intelectual desde su pasado. La historia de los derechos de autor y su porvenir ante la revolución de Internet»[15],

> una hipotética supresión de los derechos de propiedad intelectual para favorecer la difusión de información en Internet facilitaría que hubiera muchos otros creadores que, basándose en lo ya creado, aportaran su ingenio a la sociedad, pero ello supondría, también, a medio plazo, la desaparición del sistema de incentivos a la creación en que esta institución consiste esencialmente, con el riesgo que ello supone de que se desactivara el proceso de creación de obras del ingenio dada la gran relación de la creación e invención individual con las industrias dedicadas a ello que, sin beneficios económicos, no podrían seguir sus actividades de promoción e inversión.

Frente al reto de lograr un equilibrio, algunos colectivos europeos, muchos de ellos unidos en la coalición «Fix Copyright»[16], solicitan la reducción de la protección de los derechos de propiedad intelectual, su flexibilización y el cese en la implementación de normas cada vez más restrictivas. Abogan por adaptar las reglas, en lugar de reforzar la aplicación de las existentes. Otros, principalmente entidades de gestión, productores y editores, defienden que dicha flexibilización se produciría en

15. Miró Llinares, Fernando: «El futuro de la propiedad intelectual desde su pasado. La historia de los derechos de autor y su porvenir ante la revolución de Internet», *Revista de la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de Elche*, Volumen 1, nº 2, 2007, pp. 103-155. Disponible en *http://www.crimina.es/documentos/miembros/00001/El_futuro_de_la_propiedad_intelectual_desde_su_pasado.pdf* accedido el 18-10-15.
16. *http://www.fixcopyright.eu/* accedido el 18-09-15.

detrimento de los titulares de derechos y luchan contra las propuestas de modernización que llegan desde el Parlamento Europeo.

A continuación nos detendremos en la consulta en materia de propiedad intelectual de la Comisión Europea y el Informe Reda, por ser los documentos más relevantes al respecto, si bien a lo largo de este texto también se hará mención, con más o menos detalle, a otros estudios de importancia en la elaboración de las propuestas de modernización.

3.1. CONSULTA EN MATERIA DE PROPIEDAD INTELECTUAL DE LA COMISIÓN EUROPEA

La consulta en materia de propiedad intelectual que llevó a cabo la Comisión Europea en 2014[17], cuyos resultados se publicaron en julio de ese mismo año, obtuvo uno de los más altos grados de participación en comparación con otras encuestas realizadas por la Comisión, y revela que los temas relacionados con la gestión de derechos de autor y conexos son de gran interés para los ciudadanos. Los resultados referentes a las opiniones sobre la necesidad de una reforma de la ley son diversos, siendo los usuarios y las instituciones (bibliotecas, universidades, etc.) quienes más a favor se muestran, frente a la oposición de editores y entidades de gestión. El sentir de los autores y artistas se encuentra, siempre según el estudio, en un punto intermedio. Algo a destacar es que esta encuesta de la Comisión Europea pone de manifiesto que la normativa en materia de propiedad intelectual es percibida por la ciudadanía como «arbitraria e impredecible». Uno de los desafíos en la Unión Europea es, por tanto, conseguir un marco de certidumbre legal tanto para usuarios como para creadores. Por nuestra parte añadiríamos que a la hora de trabajar en ese contexto no se debe olvidar que estos últimos, los creadores, son los mayores usuarios de obras de otros autores y los más ávidos consumidores culturales.

Esta encuesta, así como los informes resultantes de otras consultas internacionales (entre ellas las realizadas en los últimos años por Farida

17. *http://ec.europa.eu/internal_market/consultations/2013/copyright-rules/docs/contributions/consultation-report_en.pdf* accedido el 15-09-15.

Shaheed, Relatora Especial de las Naciones Unidas en la esfera de los derechos culturales[18]), han servido de base para elaborar el Informe Reda.

3.2. INFORME REDA

Este documento lleva el nombre de la europarlamentaria Julia Reda, miembro del Partido Pirata alemán, a quien el Parlamento Europeo encomendó la misión de realizar un borrador con recomendaciones de cara a la modernización de las leyes en materia de propiedad intelectual.

No son pocos los que dudan públicamente de la idoneidad de esta encomendación, desde Jose Luis Acosta, Presidente de SGAE, hasta el francés Richard Malka, autor de novela gráfica y abogado de la publicación Charlie Hebdo, que describe la elección de Reda para elaborar el informe como si se hubiera «encomendado al zorro la organización del gallinero»[19]. Sea como fuere, el borrador del informe fue presentado el 15 de enero de 2015[20] y fue aprobado, no sin numerosas enmiendas[21], tras la votación del Parlamento Europeo el 9 de julio de 2015[22].

---

18. *http://www.ohchr.org/EN/Issues/CulturalRights/Pages/AnnualReports.aspx* accedido el 09-10-15.
19. *«Il était confié au renard la tâche d'organiser le poulailler»* en el texto original del manifiesto «La gratuité, c'est le vol. 2015: La fin du droit d'auteur», un texto de Richard Malka encargado por el Syndicat National de l'édition (SNE), del que, en septiembre de 2015, se han distribuido gratuitamente 50000 ejemplares en librerías de toda Francia. A lo largo de 30 páginas el abogado se explaya argumentando sus razones en contra de la reforma de la Directiva *InfoSoc*. Así mismo, tacha a la consulta de la Comisión Europea de *«simulacre de consultation démocratique»* (en su traducción oficial al inglés con tintes mucho más duros, «parody of a democratic consultation» –«parodia de una consulta democrática»–), argumentando que se basaba en preguntas sesgadas que dirigían a respuestas predefinidas, confeccionadas por los grupos «anti-copyright». Disponible en *http://www.sne.fr/wp-content/uploads/2015/09/R.Malka_LaGratuiteCestLeVol.pdf* accedido el 10-10-15.
20. Proyecto de informe sobre la aplicación de la Directiva 2001/29/CE, de 22 de mayo, disponible en *http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+COMPARL+PE-546.580+02+DOC+PDF+V0//ES* accedido el 10-10-15.
21. *https://pub.juliareda.eu/copyright_evaluation_report-amendments.pdf* accedido el 12-10-15.
22. Resolución del Parlamento Europeo, de 9 de julio de 2015, sobre la aplicación de la Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, *relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información* (2014/2256[INI]), disponible en *http://www.europarl.europa.eu/sides/*

En su propia página web, Julia Reda denunciaba la intención por parte de algunos *lobbies* de influenciar el informe[23]:

> Actualmente estoy inundada con más peticiones de reunión de los lobbies que quieren hablar sobre mi informe de las que puedo aceptar. Con el fin de obtener una visión que tenga en cuenta todos los grupos interesados, me aseguraré que la sociedad civil, usuarios de Internet, instituciones públicas (como bibliotecas y archivos), sociedades de recaudación, proveedores de servicios, creadores y científicos tengan las mismas oportunidades de presentar su caso. Presentaré una lista de las reuniones solicitadas y a cuáles atenderé pronto. […] Como alternativa a una reunión personal, pueden enviarme sus experiencias y los problemas que encontréis con la implementación de la legislación Europea de derechos de autor por correo electrónico.

En aras de salvaguardar la transparencia, Reda hizo pública la agenda de reuniones con los diferentes *lobbies* y explicó que la mayoría de las solicitudes procedían de los editores, distribuidores, entidades de gestión, proveedores de servicios e intermediarios, y que lo más difícil era conseguir directamente al grupo al que más a menudo se hace referencia en el debate público: Los autores[24]. Este tema preocupó a Reda, ya que teniendo en cuenta las respuestas de muchos autores en la consulta de la Comisión en materia de propiedad intelectual, queda patente que los intereses de las sociedades de gestión colectiva y de los autores individuales pueden diferir significativamente[25].

El Informe Reda tiene en cuenta los conflictos más importantes que se presentan en la aplicación de las leyes de propiedad intelectual y propone una serie de recomendaciones para la mejora y armonización de la normativa. En la agenda europea se espera que a finales de 2015 el Comisario Günther Oettinger presente una propuesta especí-

---

getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+TA+P8-TA-2015-0273+0+DOC+PDF+V0//ES accedido el 10-10-15.

23. *https://juliareda.eu/2014/12/ue-copyright-evaluacion/* accedido el 18-10-15.
24. *https://juliareda.eu/2015/01/report-eu-copyright-rules-maladapted-to-the-web/* accedido el 18-10-15.
25. Nos detenemos una vez más en el manifiesto de Richard Malka al que antes hemos aludido, puesto que en su p. 14 denuncia que los únicos beneficiarios de la posible reforma serían las corporaciones internacionales que evitan pagar impuestos en Europa y evaden responsabilidad legal, argumentando que a ellas solo se les pueden aplicar las leyes de los Estados Unidos.

fica de modificación de las leyes para definir la propiedad intelectual a escala europea.

IV. PROBLEMAS MÁS RELEVANTES Y PROPUESTAS PARA LA MODERNIZACIÓN DE LAS LEYES DE PROPIEDAD INTELECTUAL EN EUROPA

4.1. DESEQUILIBRIO ENTRE LA REMUNERACIÓN DE CREADORES Y LA DE PRODUCTORES/EDITORES/DISTRIBUIDORES

Uno de los mayores desafíos para los autores en este nuevo entorno digital es la negociación de contratos justos con otros titulares de derechos y con los intermediarios digitales. La Unión Europea pretende realizar una labor más profunda en el refuerzo de los derechos de los autores, quienes conforman la parte más vulnerable de la ecuación. En el informe A/HRC/28/57 de la Relatora Especial de las Naciones Unidas sobre los derechos culturales, Farida Shaheed, que versa sobre el impacto de los regímenes de propiedad intelectual para el goce del derecho a la ciencia y a la cultura[26], se especifica en el punto 101 de las conclusiones y recomendaciones que:

> Dado el desequilibrio de conocimientos jurídicos y capacidad negociadora entre los artistas y sus editores y distribuidores, los Estados deben proteger a los artistas de la explotación en el contexto de la concesión de licencias de derechos de autor y el cobro por esos derechos. En muchos contextos será más apropiado hacerlo mediante medidas de protección jurídica que no puedan dejarse sin efecto en un contrato. Los derechos exigibles de atribución e integridad, *droit de suite*, licencias legales y derechos de reversión son ejemplos recomendados.

Asimismo, en su informe A/HRC/23/34 sobre el derecho a la libertad de expresión y creación artísticas[27] al analizar las prácticas específicas que repercuten en el derecho a la libertad de expresión artística, Shaheed expresa en los apartados 83 y 84,

> preocupación por los contratos coercitivos que, según los autores y los artistas, constituyen un obstáculo fundamental a una remuneración justa.

26. *http://www.ohchr.org/Documents/Issues/CulturalRights/A_HRC_28_57_SPA.doc* accedido el 10-10-15.
27. *http://www.cdc-ccd.org/IMG/pdf/El_derecho_a_la_libertad_de_expresion_y_creacion_artisticas.pdf* accedido el 10-10-15.

> En virtud de estos contratos, que son frecuentes, para conseguir que se les encargue la creación de una obra, los creadores renuncian a los derechos sobre su creación. En consecuencia, pierden el control sobre su creación, con lo que esta puede utilizarse en formas que contradicen su propia visión. […] Otra preocupación adicional es que, en relación con todas estas cuestiones, los artistas son reacios a entablar procedimientos judiciales largos y costosos contra las empresas, lo que, a su vez, puede tener un efecto disuasivo en la creación artística.

No hay que olvidar, tampoco, que en su considerando 11, la Directiva *InfoSoc* ya dejaba patente la necesidad de garantizar «autonomía y dignidad» a los creadores e intérpretes. A este respecto, resulta interesante destacar el estudio[28] encargado por la Comisión Europea al Instituto de Derecho de la Información de la Universidad de Ámsterdam (IViR) y el «Europe Economics», que fueron comisionados por la Dirección General del Mercado Interior para examinar el nivel de remuneración de autores y artistas en los sectores de la música y audiovisual en diez estados de la Unión Europea (Francia, Reino Unido, Alemania, España, Polonia, Italia, Hungría, Países Bajos, Dinamarca y Lituania, elegidos por las peculiaridades de sus diferentes enfoques normativos). El estudio fue publicado en julio de 2015, esperándose para principios de 2016 un informe complementario a este, aunque centrado en el sector literario.

Este estudio revela que, en la mayoría de los casos, el nivel de remuneración de los autores y artistas depende de los contratos negociados con editores y productores, en los que los creadores se encuentran en una posición vulnerable, y en los que también se determina que existe una falta de transparencia. En especial los nuevos creadores se encuentran en una posición de negociación muy débil, lo que provoca que acaben firmando contratos de larga vigencia y en condiciones muy desfavorables para ellos. Por esta razón, y aunque la legislación de algunos Estados miembros como Francia, Alemania y España[29] ya contiene una

28. *http://ec.europa.eu/newsroom/dae/document.cfm?doc_id=10411* accedido el 16-10-15.
29. En nuestra opinión, estas normas imperativas, al menos en España, se quedan cortas en casos tan importantes como el del contrato editorial musical. Si bien la figura del editor musical no está recogida en la LPI, sí lo está la del editor literario y las regulaciones concernientes al contrato de edición. La LPI menciona el contrato de edición musical en su art. 71, aportando algunas normas que lo diferencian del contrato de edición li-

serie de normas imperativas sobre los contratos, algunas de las políticas que recomienda el informe pasan por especificar en los contratos la remuneración para las distintas formas de explotación de las obras, y limitar el alcance de la cesión de los derechos de las obras futuras, actuaciones y nuevas formas de explotación que puedan surgir en un futuro.

Otra de las consideraciones trata la complejidad de la cadena de suministro y flujo de pago en la industria musical, existiendo importantes distinciones entre la distribución en línea y fuera de ella. Este laberinto dificulta a los autores y artistas la plena comprensión de la fuente y los derechos asociados a su remuneración percibida.

Por otra parte, se plantean importantes problemas de transparencia a nivel transfronterizo, debidos a las diferencias entre los distintos estados respecto a la aplicación del derecho de transmisión por cable, el de puesta a disposición y el derecho de alquiler. Se produce un contexto de inseguridad jurídica que impide a los creadores ejercer de manera efectiva su libertad de movimiento a través de las distintas jurisdicciones, lo que a su vez provoca un efecto adverso sobre el buen funcionamiento del Mercado Interior. Otra de las políticas recomendadas, por tanto, es mejorar la transparencia a nivel internacional con el fin de que autores y artistas puedan tener pleno conocimiento de sus condiciones y los beneficios que puedan obtener al ejercer su trabajo en cualquier estado miembro.

---

teraria, aunque en general, y a falta de especificación, al editor musical se le aplican las normas y obligaciones del editor literario. Esta circunstancia será de gran importancia a la hora de establecer la duración del contrato editorial musical, entre otros detalles. Este contrato es más difícil de extinguir y resolver que el de edición literaria, ya que no es de aplicación lo dispuesto en la ley acerca de los plazos máximos de duración. Es decir, cuando un escritor firma un contrato editorial, sabe que la duración será de, como máximo, 15 años. Sin embargo, cuando un músico firma un contrato editorial con la cláusula estándar *«por todo el tiempo de protección que concede la ley»,* está aceptando que el editor perciba un porcentaje de sus derechos hasta 70 años después de su muerte. Es decir, hasta que se extingan los derechos de explotación y, de ese modo, la obra caiga en dominio público. Dado el desconocimiento generalizado de las leyes, algo de lo que no se puede culpar a los músicos, muchos conceden cesiones sin estar completamente seguros de lo que están firmando, convencidos por el argumento de que se trata de una cláusula tipo habitual.

Si bien estas son las políticas que el informe recomienda considerar con más detalle, menciona otras, en nuestra opinión no menos importantes, como las de crear un entorno más propicio para apoyar la función de sindicatos y asociaciones independientes, así como de entidades de gestión colectiva cuando cumplan funciones similares a aquellos, y la de facilitar el ejercicio del derecho de puesta a disposición. Esta facilitación, según el informe, se puede conseguir de tres maneras diferentes: La primera a través de la gestión colectiva voluntaria del derecho de puesta a disposición; la segunda a través del reconocimiento de un derecho irrenunciable a obtener una remuneración equitativa del editor/productor a cambio de la cesión de dicho derecho; y la tercera a través del reconocimiento de un derecho irrenunciable a obtener una remuneración equitativa a ser administrado por una entidad de gestión colectiva[30].

La plataforma «Fair Internet for Performers», integrada por varias federaciones internacionales de intérpretes y de entidades de gestión colectiva de derechos de artistas[31], a pesar de criticar ciertos aspectos y conclusiones del estudio[32], está de acuerdo en que esta tercera vía es la mejor opción para facilitar el ejercicio del derecho de puesta a disposición.

Como vemos, son muchos los debates originados en los últimos años en torno a las condiciones de trabajo y remuneración de autores y artistas. Si bien carece de carácter oficial, creemos interesante reproducir aquí lo que destacábamos en la ponencia ofrecida en la Jornada dedicada a Propiedad Intelectual «Reptes Digitals» auspiciada por el Departamento de Cultura de la Generalidad de Cataluña el 22 de enero de 2015, en la que abordamos algunos desafíos en el campo de la gestión actual de los derechos de propiedad intelectual desde el punto de vista del creador[33]. Sobre los desequilibrios económicos y de poder entre los creadores y los productores/distribuidores, comentábamos:

30. Lo que el informe llama Collective rights management organisation (CRMO).
31. *http://www.fair-Internet.eu/es/campaign-partners/* accedido el 16-10-15.
32. *http://www.fair-Internet.eu/es/eu-commission-study-remuneration-authors-and-performers/* accedido el 16-10-15.
33. *http://www.ainaralegardon.com/wp-content/uploads/2015/02/Ponencia_Ainara_LeGardon_-Jornada_PI_Retos_Digitales.pdf* accedido el 16-10-15.

> La alerta, también, ha de estar puesta en esos nuevos intermediarios imposibles de eludir llamados Google, Youtube y demás plataformas que son, en la actualidad, los eslabones de la cadena que más se benefician de esta industria. Muy frecuentemente ejercen presión sobre los creadores, que se ven forzados a decidir entre estar presentes en estos canales o mantenerse fieles a sus principios[34].
>
> Una moderna jerarquía ha surgido en torno a las nuevas formas de distribución. Los agregadores o distribuidoras digitales se han convertido en un mediador ineludible para que nuestra música esté a disposición a través de Spotify, Deezer, iTunes, Amazon y otros gigantes que son ahora las tiendas a las que acudimos (con un almacén casi infinito), y a la vez, nuestros tocadiscos. La dependencia y subordinación que caracterizan a una relación jerárquica es ahora diferente, pero sigue existiendo. Y los desequilibrios, económicos y de poder, también. (Que las grandes discográficas sean socias de Spotify, explica muchas cuestiones que los artistas no dejan de plantearse)[35].

En este sentido son interesantes varios datos aportados por el abogado especializado en propiedad intelectual Jerker Edström en el discurso inaugural de aquella misma jornada, titulado «Servicios de música en *streaming* y su evolución en la industria de la música, entre otras»[36]. Edström, en sus conclusiones, apunta a que si Spotify sigue desarrollándose al nivel al que ha venido haciéndolo hasta ahora seguramente en un futuro llegará a tener importantes beneficios para sus propietarios, y reflexiona sobre el hipotético caso en el que la empresa se vendiera.

---

34. Haciendo alusión al artículo en el que la artista Zoë Keating denuncia presiones por parte de Youtube, disponible en *http://zoekeating.tumblr.com/post/108898194009/what-should-i-do-about-youtube* accedido el 16-10-15.
35. Haciendo alusión al artículo «La culpa no es de Spotify, es de los de siempre» del experto en red y tecnología, el Doctor en Sistemas de Información (UCLA) Enrique Dans, disponible en *http://www.enriquedans.com/2013/10/la-culpa-no-es-de-spotify-es-de-los-de-siempre.html* accedido el 16-10-15.
36. El abogado Jerker Edström (Máster en Derecho especializado en derecho de la propiedad intelectual y el entretenimiento en la Escuela de Derecho de la Universidad de Nueva York), es miembro de la Asociación Internacional de Abogados del Entretenimiento (IAEL), la Asociación Sueca de Derechos de Autor (SFU) y la Asociación Sueca para la Protección de la Propiedad Industrial (SFIR). El discurso al que hemos hecho alusión desgrana datos relevantes en cuanto al desequilibrio entre los ingresos de los creadores frente a los de productores y otros intermediarios. El vídeo, además de las aportaciones de algunos autores en el turno de preguntas, está disponible en: *http://www.ipdigital.cat/es/clips/discurs-inaugural/* accedido el 16-10-15.

Ninguno de esos beneficios repercutiría en los bolsillos de los autores y artistas, pero sí en el de los grandes sellos discográficos, pues estos son copropietarios de Spotify. Otro asunto a considerar es que las plataformas de *streaming* no han establecido de manera clara el estándar de cálculo de reparto de los derechos y regalías entre autores, artistas y productores (correspondiendo a estos el grueso de los ingresos), lo que afecta a la credibilidad de los servicios de *streaming*. Esta conclusión de Edström enlaza con las consideraciones mostradas en el estudio sobre el nivel de remuneración de autores y artistas en los sectores de la música y audiovisual del IViR, en el que queda patente la complejidad del flujo de pago en la industria musical en línea. Edström reflexiona acerca de la dificultad para explicar a los autores y artistas la razón de ser de las diferencias tan significativas entre lo que pagan unas plataformas y otras. También apunta a que, debido a ciertos algoritmos que tienen que ver con la popularidad del artista, lo que reciben los artistas más populares es aproximadamente cuatro veces más que lo que reciben artistas menos conocidos, cosa que no ocurría con los soportes físicos como los CDs, que tenían un coste muy similar independientemente del artista. En su opinión, sería necesario pactar estándares y establecer unos porcentajes claros para que no existan tantos desequilibrios.

Por otro lado, sobre la mesa se han puesto interesantes peticiones en lo referente a la implicación de los proveedores de acceso a Internet. El *Libro Blanco de la Música en España 2013*[37] considera que *«su implicación real en la cadena de valor resulta imprescindible para el desarrollo y consolidación de modelos de negocio viables que permitan la retribución de los agentes creadores»*. De hecho, el informe de Pierre Sirinelli al que antes hemos hecho referencia, recomienda no realizar una revisión de la Directiva 2001/29/CE, de 22 de mayo sin reformar de igual modo la Directiva 2000/31/CE, de 8 de junio[38] (conocida como

37. *http://www.promusicae.es/libroblanco/2013/es/* accedido el 11-10-15.
38. Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, *relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior*. Disponible en *http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32000L0031&from=ES* accedido el 16-10-15. En el mismo sentido que Sirinelli, tanto sobre la conveniencia de revisar también la Directiva 2000/31/CE de 8 de junio, como en la de establecer una compensación a pagar por los proveedores de Internet, se pronuncia David El-Sayegh (Secretario General y miembro del Consejo Ejecutivo de SACEM) en su ponencia «The

Directiva *sobre el comercio electrónico*). Propone, así mismo, la adopción de nuevos estatutos especiales para determinados prestadores de servicios en Internet en la Directiva 2000/31/CE de 8 de junio. Las entidades de gestión francesas, encabezadas por SACEM, proponen la introducción en esta directiva de una disposición mediante la que se consagre una compensación equitativa en beneficio de los titulares de derechos por los usos de contenido protegido. Esta compensación sería soportada por los proveedores de servicios en Internet y tendría por objeto atenuar el daño a los intereses de los titulares de derechos. En el centro del debate se encuentra la exoneración de la responsabilidad judicial de los prestadores de servicios en Internet por los contenidos protegidos alojados en su página, un tema que preocupa a la hora de desarrollar el Programa de Mercado Único Digital y en el que más adelante profundizaremos.

El Informe Reda considera que las obras creativas son una de las principales fuentes de ingresos de la economía digital y de los agentes del sector de las tecnologías de la información (motores de búsqueda, redes sociales y plataformas de contenido generado por los usuarios, entre otros). Sin embargo, también tiene en cuenta que la práctica totalidad del valor generado por las obras creativas se transfiere a esos intermediarios digitales sin que los autores sean remunerados convenientemente. Por ello considera indispensable reforzar la posición de los autores y creadores, y mejorar su remuneración en relación con la distribución y explotación digital de sus obras. Reconoce así mismo la necesidad de dotar a los autores e intérpretes de protección jurídica para su trabajo creativo y artístico, siendo necesario evitar los desequilibrios de poder y subrayando la importancia de la libertad contractual.

challenges and opportunities for collective management in the digital environment», ofrecida el 27 de noviembre de 2014 en el marco del Programa Master Class (coordinado por la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, junto al Instituto de Derecho de Autor).

4.2. MULTITERRITORIALIDAD: BARRERAS, GEO-BLOQUEO Y RESPONSABILIDAD LEGAL DE LOS INTERMEDIARIOS EN LÍNEA

Los usuarios europeos se encuentran con ciertas barreras territoriales a la hora de acceder a cierto contenido en Internet. El ejemplo más frecuente es el mensaje *«Lo sentimos, pero este vídeo no está disponible en su país»* que aparece en la pantalla al intentar acceder a ciertos materiales en Youtube, o la imposibilidad de disponer, cuando se está de viaje en otros estados de Europa, de un servicio digital de música o vídeo por el que se ha pagado desde el país de origen. En palabras de María Martín Prat[39]:

> …lo que ha cambiado fundamentalmente el panorama del derecho de autor son las redes digitales y el hecho de que la transmisión de contenidos protegidos antes se hacía sobre la base de la libre circulación de bienes o servicios, manteniéndose en el ámbito nacional la radiodifusión y el cine. Esto ha cambiado. Hoy el sistema se orienta mucho más a acceder al contenido y no tanto a adquirir el contenido. Potencialmente puede producirse un acceso transfronterizo, lo cual plantea varias cuestiones.

Así mismo, los autores trabajan en un ámbito de inseguridad legal que coarta su creatividad. Julia Reda, en la explicación a su informe[40], vuelve a remitir al de Shaheed sobre el impacto de los regímenes de propiedad intelectual para el goce del derecho a la ciencia y a la cultura[41], en el que la Relatora explica en el punto 63 que:

> los creadores de documentales también necesitan libertad para utilizar las imágenes, los videoclips o la música necesarios para contar una determinada historia. En función del régimen de excepciones y limitaciones[42] de cada país, esas prácticas artísticas pueden estar claramente definidas como legales o sumirse en una zona de ambigüedad jurídica que hace que sea difícil que los creadores comercialicen y distribuyan sus obras.

---

39. Palabras de María Martín Prat en su ponencia «La política actual de la Comisión Europea en materia de derechos de autor y derechos afines», ya referenciada anteriormente.
40. *https://juliareda.eu/copyright-evaluation-report-explained/* accedido el 16-10-15.
41. *http://www.ohchr.org/Documents/Issues/CulturalRights/A_HRC_28_57_SPA.doc* accedido el 10-10-15.
42. Por su importancia, los conflictos en torno a las excepciones y limitaciones serán tratados en un punto aparte.

Esta inseguridad jurídica puede, incluso, lograr disuadir a los autores de la creación de ciertas obras. Este asunto afecta especialmente a proyectos transfronterizos como el conocido canal de televisión franco-germano Arte[43].

También los emprendedores se encuentran en una situación de desventaja. Cuando una empresa trata de lanzar un servicio cultural en línea en la Unión Europea, se encuentra con el escollo de adaptarse a cada norma estatal. Como ejemplo, tras cuatro años después de su lanzamiento, Spotify aún no estaba disponible en todos los Estados miembros. De hecho, se tuvieron que superar largas negociaciones hasta alcanzar un acuerdo con GEMA, la entidad gestora homóloga de SGAE en Alemania, para ofrecer el servicio de Spotify en ese país[44].

GEMA también ha protagonizado una larga batalla legal contra Youtube (la plataforma de vídeo propiedad de Google). Sus disputas se han prolongado desde que en el 2009 finalizó un primer acuerdo entre ambas y hubo que negociar una renovación de su contrato. GEMA solicitó a Youtube el pago de 1.6 millones de euros en concepto de compensación por las reproducciones de vídeos que infringían los derechos de propiedad intelectual de socios de GEMA. Mientras tanto, los alemanes están bloqueados para acceder a través de Youtube a centenares de vídeos de autores representados por GEMA[45]. En junio de 2015 un Tribunal de Munich falló a favor de Youtube, resolviendo que la plataforma solo es responsable del bloqueo de los vídeos infractores cuando sea conocedora de la infracción, aunque insiste en que Youtube debería poner más medios para evitar la carga de contenidos que violen los derechos de propiedad intelectual[46]. Dada la trascendencia del tema, esta responsabilidad legal de los proveedores será uno de los asuntos tratados en el Programa sobre el Mercado Único Digital europeo.

---

43. *http://www.arte.tv/fr* accedido el 18-10-15.
44. Fuente: «The Copyright Manifesto», disponible en *http://copyright4creativity.eu/wp-content/uploads/2015/01/C4C-Copyright-Manifesto-20150119.pdf* accedido el 18-09-15.
45. Fuente: *http://industriamusical.es/youtube-no-esta-obligada-a-bloquear-videos-de-forma-proactiva/* accedido el 18-10-15.
46. Fuente: artículo «YouTube wins German court case over artists' fees» de la edición estadounidense de la agencia de noticias Reuters. Disponible en *http://www.reuters.com/article/2015/06/30/us-google-youtube-germany-idUSKCN0PA2EK20150630* accedido el 18-10-15.

4.2.1. Programa sobre el Mercado Único Digital

El 6 mayo de 2015 la Comisión Europea publicó el documento «Una estrategia de Mercado Único Digital para Europa»[47], dentro de la que, además de tratarse temas relacionados con las telecomunicaciones, protección de datos, etc., se tocan asuntos referentes a los derechos de propiedad intelectual y a las industrias culturales. Se proponen 16 iniciativas con el objetivo de derribar las barreras geográficas y pasar de los 28 mercados estatales a un mercado único europeo, en beneficio tanto de particulares (usuarios, titulares de derechos) como de las empresas culturales. Se prevé su aplicación antes de finales de 2016.

Las materias que, dentro del Programa sobre el Mercado Único Digital, afectan a la propiedad intelectual en el ámbito musical y audiovisual son el acceso y uso de contenido protegido, el geo-bloqueo y restricciones territoriales, y la responsabilidad legal de los intermediarios en línea.

En Europa también preocupa, ya se ha expuesto anteriormente, cómo afectan a los distintos niveles de remuneración de autores y artistas las diferencias normativas existentes entre los Estados miembros, así como al funcionamiento del mercado interior (la fragmentación de la legislación puede crear dificultades para los proveedores de servicios multiterritoriales).

Enmarcada en el proceso de estructuración del Mercado Único Digital, la Comisión Europea encargó a «TNS Political & Social»[48] la encuesta «Cross-border access to online content»[49], cuyos resultados fueron publicados en el Eurobarómetro el 28 de agosto de 2015. El estudio ofrece datos sobre los hábitos y experiencias en Internet de los ciudadanos de la Unión Europea, en relación fundamentalmente con el acceso transfronterizo a contenidos en línea, y que serán de utilidad en el marco de los trabajos emprendidos de cara a la modernización de la normativa comunitaria.

47. *http://ec.europa.eu/priorities/digital-single-market/docs/dsm-swd_en.pdf* accedido el 16-10-15.
48. *http://www.tnsglobal.com/what-we-do/political-and-social* accedido el 16-10-15.
49. *http://ec.europa.eu/COMMFrontOffice/PublicOpinion/index.cfm/ResultDoc/download/DocumentKy/67376* accedido el 16-10-15.

Como explica Álex Herrera en su «Reseña de publicación de la Comisión Europea que comunica su estrategia de un Mercado Único Digital»[50] publicada por el Instituto Autor,

> En la actualidad los creadores reciben una baja remuneración por la utilización de sus trabajos en Internet, considerando que las más grandes y populares plataformas en línea (como Youtube o Soundcloud) niegan que ellos realicen actos relevantes con los derechos protegidos por la Propiedad Intelectual y utilizan la doctrina de los *puertos seguros*[51] a efecto de evitar una adecuada remuneración y el consentimiento de los creadores. Esta situación penaliza a los autores y titulares de derechos, así pues pone en peligro el futuro y sostenibilidad del completo ecosistema creativo que es uno de los principales contribuidores de la economía en general de la Unión Europea. Ello desanima también los negocios legítimos en línea que están proveyendo similares o iguales servicios con derechos debidamente autorizados y tratando de ser parte de un fuerte mercado digital Europeo.

En lo concerniente a la responsabilidad legal de los intermediarios en línea, hasta ahora se había tenido en cuenta que, bajo ciertas condiciones, estos no eran responsables por el contenido ilegal de los materiales que transmiten y almacenan. Varias sentencias coincidían en que no existía una obligación de supervisión de todos los contenidos por parte de los intermediarios. En cualquier caso, siempre se había hecho hincapié en la necesidad de que los proveedores mostraran más diligencia en la gestión de sus redes para evitar la difusión de contenidos que infringieran los derechos de propiedad intelectual, sin dejar de poner cuidado para evitar eliminar contenido de forma injustificada, puesto que esto dañaría gravemente la libertad de expresión. Sin embargo, recientemente se ha reabierto el debate a raíz de la Sentencia del TJUE Asunto C-362/14 (Maximillian Schrems/Data Protection Commissioner) de 6 de octubre de 2015[52], que invalida la Decisión 2000/520/CE de la Comisión, de 26 de julio de 2000, con arreglo a la Directiva 95/46/CE, de 24 de octubre, *sobre la adecuación de la protección conferida por los*

50. *http://www.institutoautor.org/uploads/website/docs/4226-1-Estrategia%20Mercado%20Unico%20Digital.pdf* accedido el 16-10-15.
51. La Digital Millennium Copyright Act contiene *puertos seguros* o *safe harbors* en diversas disposiciones que protegen al prestador de servicios de Internet de las consecuencias de las posibles acciones infractoras de sus usuarios.
52. *http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=169195&doclang=ES* accedido el 21-07-16.

principios de puerto seguro para la protección de la vida privada, que en ese momento declaró que Estados Unidos garantizaba un nivel de protección adecuado de los datos personales transferidos. Esta sentencia invalida el acuerdo de *puerto seguro* en virtud del cual más de 4000 empresas estadounidenses, entre ellas Google y Facebook, manejaban hasta ahora los datos personales de los usuarios europeos[53].

Varias voces críticas se han manifestado acerca de estos planes de la Comisión Europea, como la de la propia Julia Reda, que el día después a la filtración de la Estrategia de Mercado Único Digital, los tildaba de «parches muy limitados, lejos de suprimir las fronteras nacionales *on-line*»[54].

4.2.2. Proyectos conjuntos entre entidades de gestión europeas

Siguiendo la Recomendación de la Comisión, de 18 de octubre de 2005, *relativa a la gestión colectiva transfronteriza de los derechos de autor y derechos afines en el ámbito de los servicios legales de música en línea*[55], que incidía en la necesidad de fomentar estructuras eficaces de gestión transfronteriza, en la última década se han firmado diversos acuerdos de colaboración entre entidades gestoras para lograr la simplificación y mejora del proceso de concesión de licencias digitales paneuropeas. SGAE fue pionera en este campo, creando en 2006 el proyecto eLOS (Electronic Licensing of Online Services). Otras alianzas siguieron a esta, como la lograda entre la editorial Warner/Chappell Music y varias sociedades gestoras europeas a través de la iniciativa PEDL (licencia digital paneuropea), que en el año 2008 unió a MCPS-PRS (Gran Bretaña), GEMA (Alemania), STIM (Suecia), SACEM (Francia) y SGAE (España).

Uno de los proyectos más relevantes en este sentido es Armonia[56], una iniciativa creada por varias entidades de gestión de derechos de autor, cuyo objetivo es facilitar la concesión de licencias paneuropeas a través de una ventanilla única, para el uso de los repertorios que representan. SGAE, bajo la presidencia de Antón Reixa, fue una de las

53. Fuente: *http://internacional.elpais.com/internacional/2015/10/06/actualidad/1444134525_731477.html* accedido el 18-10-15.
54. *https://juliareda.eu/2015/04/fronteras-online-planes-parches-y-muy-limitados/* accedido el 16-10-15.
55. *http://www.mecd.gob.es/legislacionconvenio/legislacion/recomendacion_comision_181005.pdf* accedido el 26-10-15.
56. *http://www.armoniaonline.eu/homeLayout_es?request_locale=es* accedido el 16-10-15.

sociedades fundadoras del proyecto, junto con la francesa SACEM y la italiana SIAE. En noviembre de 2012 llegaron a un acuerdo con Google mediante el que otorgaron la licencia para que esta plataforma accediera a los repertorios de las sociedades que se integran en Armonia. Según su página web, actualmente Armonia concede licencias en línea de más de 6.5 millones de trabajos musicales para los 32 territorios europeos (tanto de la Unión Europea como de la Asociación Europea de Libre Comercio), y en ella se integran, además de las ya mencionadas, las entidades ARTISJUS (Hungría), SABAM (Bélgica), SPA (Portugal) y SUISA (Suiza).

El 11 de diciembre de 2013, la Directora General de SGAE, Natalia Garzón, exponía un Plan Estratégico de transparencia y control ante las sociedades de gestión de todo el mundo[57]. Destacaba el Proyecto Armonia como uno de los avances hacia una gestión global de los derechos de sus socios dentro de los planes de una SGAE que pretendía adaptarse al entorno digital mediante «la automatización de los procesos internos; la potenciación de los canales online para dar mayor y mejor servicio a socios y clientes o el refuerzo de la integración con los agentes de la industria, entre otros».

El 16 de junio de 2015, la Comisión adoptó una Decisión sobre un asunto de concentración entre empresas, de conformidad con el Reglamento (CE) nº 139/2004 del Consejo, de 20 de enero de 2004, sobre el control de las concentraciones entre empresas y, en particular, su artículo 8, apartado 2. Mediante esta resolución, la operación de concentración de GEMA, STIM y PRS for Music se declaró compatible con el mercado interior y el funcionamiento del Acuerdo EEE[58]. Este acuerdo ha sido examinado por la Comisión para comprobar que la operación propuesta no iba a plantear problemas de competencia, ya que una investigación preliminar indicó que la combinación de los repertorios de música controlados por cada una de las tres entidades involuradas en el proyecto, podría dar lugar a precios más altos y peores condiciones comerciales para los proveedores de servicios digitales en el Espacio Económico

57. *http://prensa.sgae.es/notas-de-prensa/sgae-fundacion-sgae/1135-la-sgae-presenta-su-plan-de-transparencia-y-control-ante-las-sociedades-de-gestion-de-todo-el-mundo* accedido el 18-10-15.
58. *http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52015XC1016(02)&from=ES* accedido el 26-10-15.

Europeo. Esto podría conllevar, en última instancia, una disminución en las opciones para los consumidores europeos de música digital[59]. La empresa en participación de nueva creación (EP) se ha comprometido, entre otros asuntos, a ofrecer servicios esenciales de gestión de derechos de autor a otras sociedades de gestión en condiciones justas, razonables y no discriminatorias, comparables a las condiciones ofrecidas a sus matrices PRS for Music, STIM y GEMA, así como a facilitar el cambio de las sociedades de gestión colectiva de derechos de autor que dependan de su base de derechos de autor a otro proveedor de servicios de bases de datos. Dentro de los compromisos, también se garantiza que las entidades podrán rescindir su contrato con la EP en cualquier momento. De esta forma la Comisión Europea da luz verde a este servicio de ventanilla única que licenciará el repertorio de más de 250000 autores[60].

4.3. PLAZOS DE PROTECCIÓN. DOMINIO PÚBLICO

En cuanto a los plazos de protección de las obras, actualmente también existen discordancias entre los distintos territorios, así como un profundo debate social acerca de su extensión, que es, para la amplia mayoría de los usuarios (según datos de la Consulta de la Comisión Europea en materia de propiedad intelectual antes referenciada), demasiado larga.

Las directivas europeas que afectan a esta materia son la Directiva 2006/116/CE, de 12 de diciembre, *relativa al plazo de protección del derecho de autor y de determinados derechos afines*[61], y la Directiva 2011/77/UE, de 27 de septiembre, *por la que se modifica la Directiva 2006/116/CE relativa al plazo de protección del derecho de autor y de determinados derechos afines*[62]. Esta última se incorporó recientemente a nuestro Ordenamiento Jurídico, mediante la Ley 21/2014, de 4 de noviembre, *por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por Real*

59. *http://www.musiclawupdates.com/?p=6133* accedido el 26-10-15.
60. Fuentes: *http://www.musicbusinessworldwide.com/prs-stim-and-gema-join-forces-for-pan-eu-licensing-hub/* y *http://www.bristowsclipboard.com/post/everything-online-including-everything-copyright* accedidos el 26-10-15.
61. *http://www.mecd.gob.es/legislacionconvenio/legislacion/directiva_2006_116ce.pdf* accedido el 18-10-15.
62. *http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2011:265:0001:0005:es:PDF* accedido el 18-10-15.

Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, y la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil[63].

Así, en nuestra actual Ley de Propiedad Intelectual, se establece que «los derechos de explotación de una obra durarán toda la vida del autor y 70 años después de su muerte o declaración de fallecimiento» (art. 26), o bien, en el caso de obras póstumas, seudónimas y anónimas, 70 años desde su divulgación lícita (art. 27). Este período será computado «desde el día 1 de enero del año siguiente al de la muerte o declaración de fallecimiento del autor, o al de la divulgación lícita de la obra, según proceda» (art. 30).

«La extinción de los derechos de explotación de las obras determinará su paso al dominio público. Las obras de dominio público podrán ser utilizadas por cualquiera, siempre que se respete la autoría y la integridad de la obra» (art. 41).

No obstante, existe en el Estado español una salvedad en el caso de las obras de los autores fallecidos antes del 7 de diciembre de 1987 (fecha en la que entró en vigor la LPI/1987). En este caso el plazo de protección se alarga hasta 80 años *post mortem auctoris*, tal y como establecía la LPI/1879. Esta circunstancia implica que obras de autores como Walter Benjamin (fallecido en 1940) pasaron a dominio público el 1 de enero de 2011 en países como Francia, Italia o Alemania, pero no en España, donde habrá que esperar al año 2021. El mismo caso ocurre con la obra de otros muchos creadores, que se encuentra ya en dominio público en otros estados europeos, pero no en España[64].

Un artículo muy interesante al respecto es «¿Por qué Walter Benjamin no ha entrado al Dominio Público en España?», de Pedro Jiménez y publicado por *ZEMOS 98*. En él se incluye una consulta a Ignasi Labastida[65], proponiendo el caso práctico de las traducciones

63. *http://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2014-11404* accedido el 18-10-15.
64. Fuente: Artículo «¿Por qué Walter Benjamin no ha entrado al Dominio Público en España?», de Pedro Jiménez. Disponible en *http://13festival.zemos98.org/Por-que-Walter-Benjamin-no-ha* accedido el 18-10-15.
65. Ignasi Labastida es Doctor en Física por la Universidad de Barcelona y lidera el proyecto de Creative Commons en España. Labastida ha elaborado un esclarecedor esquema para calcular el dominio público según la legislación española. Está disponible en *http://13festival.zemos98.org/IMG/pdf/CalculadoraDominioPublico.pdf* accedido el 18-10-15.

del texto original: La obra original de Benjamín está en alemán. En Alemania se puede realizar una traducción de la misma al castellano sin ningún problema, pero si la traducción al castellano se quiere hacer en España, hasta el año 2021 será necesario el permiso de los herederos. Este es otro de los ejemplos que revelan las incoherencias entre las leyes de los diferentes Estados miembros.

La realidad, como vemos, contrasta con la voluntad de armonización del TJUE, que ya en la Sentencia del TJUE Asunto 341/87 de fecha 24 de enero de 1989 (Caso *Patricia*)[66], dejaba patente la necesidad de armonizar los plazos de protección en las distintas leyes estatales. Tal y como explica Antonio Gómez,

> de este asunto podría deducirse, asimismo, que dicha armonización debe ser uniforme, en el sentido de que los bienes y servicios amparados deberán ostentar idéntica protección temporal en cualquier punto de la geografía comunitaria, siendo esencial, por lo tanto, que su consideración como *res in comercio* susceptible de tutela jurídica empiece y acabe en el mismo momento en toda la Comunidad, puesto que en nuestra materia, a diferencia de la propiedad común, el tiempo es un elemento indisolublemente ligado a la existencia misma de los derechos exclusivos[67].

Al margen de estos desajustes temporales, cabría cuestionarse si estos largos plazos de protección están en consonancia con su función social y el derecho de todo ciudadano al acceso libre a la cultura. Otro desafío más es lograr un equilibrio entre los dos puntos del artículo 27 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos[68], que expresan que «toda persona tiene derecho a tomar parte libremente en la vida cultural de la comunidad, a gozar de las artes y a participar en el progreso científico y en los beneficios que de él resulten», y que «toda persona tiene derecho a la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora».

Las razones de ser de estos plazos de protección, se basan en que históricamente se ha pretendido proteger los derechos del autor y de las

66. *http://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:7f6cc449-f0ac-46b0-9828-d0371a87fd47.0008.06/DOC_2&format=PDF* accedido el 18-10-15.
67. Gómez Rosendo del Toro, Antonio: *El derecho de autor en la Unión Europea*, Fundación Autor, Madrid, 2006, p. 111.
68. *http://www.un.org/es/documents/udhr/* accedido el 18-10-15.

dos primeras generaciones de descendientes, y se ha tenido en cuenta, además, tanto la prolongación del promedio de vida en la Comunidad Europea, como que determinados Estados miembros extendieron el período de protección más allá de los 50 años *post mortem auctoris* para compensar los efectos de las guerras mundiales sobre la explotación de las obras (considerandos que aparecen tanto en la Directiva 93/98/CEE, de 29 de octubre como en la Directiva 2006/116/CE CE de 12 de diciembre, que vino a derogar aquella). Pero ante esto cabría preguntarse si realmente la recuperación de la inversión de esfuerzo por parte de los creadores necesita tanto margen de tiempo[69], o son las empresas titulares de derechos (discográficas y editoriales) las más beneficiadas por la extensión de estos plazos.

Precisamente en lo referente a la duración de los plazos de protección, el informe Gutachten 2015, realizado por Expertenkommission Forschung und Innovation (Comisión Alemana de Expertos para la Investigación y la Innovación)[70], revela que los efectos macroeconómicos positivos sólo pueden ser documentados para plazos de protección de menos de 30 años. Reda aporta en las explicaciones a su informe[71] que la amplia mayoría de las obras se explotan comercialmente durante un período más corto que el plazo que las protege. Afirma que unos plazos de protección largos no aseguran el incremento en la remuneración de los autores, pero sí provocan la disminución de la disponibilidad de las obras. Con estos datos, y tras estudiar los resultados de la Consulta Europea en materia de propiedad intelectual, el Informe Reda recomienda armonizar los plazos de protección a 50 años tras el fallecimiento del autor (de conformidad con las normas internacionales establecidas en el Convenio de Berna), así como abstenerse de ulteriores ampliaciones de los plazos de protección. Ello implicaría una fuerte rebaja en los plazos previstos en la ley española.

También realiza una interesante recomendación: que la Comisión estudie en qué medida es posible reconocer la libertad de los titulares

69. Cuestión planteada en «The Copyright Manifesto». Disponible en *http://copyright4creativity.eu/wp-content/uploads/2015/01/C4C-Copyright-Manifesto-20150119.pdf* accedido el 18-09-15.
70. *http://www.e-fi.de/fileadmin/Gutachten_2015/EFI_Gutachten_2015.pdf* accedido el 18-10-15.
71. *https://juliareda.eu/copyright-evaluation-report-explained/* accedido el 16-10-15.

de derechos de dedicar una obra, en su totalidad o en parte, al dominio público. Como hemos desarrollado anteriormente, el dominio público no es potestativo del titular de los derechos de una obra ni puede ser otorgado directamente por el individuo, sino que depende exclusivamente de los plazos legales establecidos en la LPI. Es decir, no depende de la voluntad del autor poner en dominio público una obra antes de los plazos marcados en la ley.

Esta libertad para que los propios titulares de derechos decidan sobre este asunto, ya viene desde hace años siendo reclamada. Uno de los principios del «Manifiesto del Dominio Público»[72] así lo reivindica:

> La renuncia voluntaria a los derechos del autor y el intercambio de obras protegidas son ejercicios legítimos de la exclusividad del derecho de autor. Muchos autores que disfrutan de la protección del derecho de autor sobre sus obras no desean ejercer estos derechos en toda su extensión o desean renunciar completamente a estos derechos. Estas acciones, siempre que sean voluntarias, son un ejercicio legítimo de la exclusividad del derecho de autor y no deben verse obstaculizadas por leyes, estatutos u otros mecanismos, incluidos los derechos morales.

Precisamente la licencia Creative Commons cláusula 0 (CC-0)[73] es un claro ejemplo de la forma en la que algunos creadores dejan patente su deseo de dedicar una obra concreta al dominio público mediante la renuncia a todos sus derechos sobre la misma en todo el mundo, en la medida permitida por la ley. Mediante este signo, el autor autoriza la copia, transformación, distribución y reproducción de la obra, incluso para fines comerciales, sin necesidad por parte del usuario de pedir ningún permiso. La clave está, en este caso, en la coletilla «en la medida permitida por la ley», lo cual reduce el símbolo CC-0 a una mera declaración de intenciones éticas y filosóficas por parte del creador, pero actualmente sin validez legal en nuestra jurisdicción[74]. Si bien se trata

72. El «Manifiesto del Dominio Público» es un documento elaborado por COMMUNIA, la Red Temática Europea sobre el dominio público digital en el año 2010. Se trata de un texto que también aparece en las explicaciones que Julia Reda aporta a su informe. Está disponible en: *http://www.publicdomainmanifesto.org/sites/www2.publicdomainmanifesto.org/files/Public_Domain_Manifesto_es.pdf* accedido el 19-10-15.
73. *https://creativecommons.org/publicdomain/zero/1.0/* accedido el 19-10-15.
74. Cabría cuestionarse qué puede ocurrir con esas obras licenciadas bajo CC-0 si, una vez fallecido el titular de derechos, sus herederos decidieran retirarla del

de un tipo de licencia usada por una pequeña minoría de autores, como curiosidad resulta reseñable que la propia Julia Reda haya utilizado esta licencia para divulgar sus publicaciones y escritos.

Otras dos importantes recomendaciones referentes al dominio público son reflejadas en el Informe Reda. Por un lado recomienda que el legislador examine la manera de reducir los obstáculos a la reutilización de la información del sector público. En la explicación a su informe, Reda solicita que las obras creadas por los empleados de gobierno, la administración pública y los Tribunales como parte de su misión oficial sean de dominio público, y se exponen dos ejemplos que ilustran la necesidad de adoptar esta medida: las imágenes de la NASA son de dominio público; las de la Agencia Espacial Europea, no. Así mismo, relata que en 2014, el Ministerio del Interior alemán trató de argumentar que un ciudadano no podía publicar la respuesta a su solicitud de Libertad de Información en línea por razones de derechos de autor.

Por otra parte, insta a la Comisión a que aclare que, una vez que una obra es de dominio público, toda digitalización de la obra que no constituya una obra derivada, seguirá siendo de dominio público. Es decir, que la digitalización no otorgará nueva protección a las obras que fueron anteriormente de dominio público, lo que enlaza con el punto 3 de los principios generales marcados en el «Manifiesto del Dominio Público» al que antes aludíamos:

> Lo que está en el dominio público debe permanecer en el dominio público. El control exclusivo sobre las obras de dominio público no debe ser restablecido reclamando derechos exclusivos por la reproducción técnica de las obras o utilizando medidas técnicas de protección para limitar el acceso a las reproducciones técnicas de dichas obras.

Respecto a los plazos de protección de los derechos conexos (referentes a los productores de fonogramas y artistas), según la Ley 21/2014, de 4 de noviembre, se modifica el párrafo primero del art. 119 TRLPI, quedando actualmente redactado en los siguientes términos: «Los derechos de los productores de fonogramas expirarán 50 años después de que se haya hecho la grabación. No obstante, si

dominio público. Sobre las modificaciones posteriores de la licencia, Alejandro Vera Palencia, abogado especializado en propiedad intelectual y tecnologías de la información y la comunicación, aporta una interesante visión en *http://www.sideleft.com/guia-creative-commons/#dominiopublico* accedido el 21-10-15.

el fonograma se publica lícitamente durante dicho período, los derechos expirarán 70 años después de la fecha de la primera publicación lícita. Si durante el citado período no se efectúa publicación lícita alguna pero el fonograma se comunica lícitamente al público, los derechos expirarán 70 años después de la fecha de la primera comunicación lícita al público».

Mediante esta modificación del art. 119 TRLPI se transpuso a nuestro Ordenamiento Jurídico la Directiva 2011/77/UE de 27 de septiembre, conocida como *Ley Cliff*, ya que fue el artista Cliff Richard quien abanderó la campaña en pro de la extensión de esta protección. Según el Consejo Europeo, esta ley se promovió para garantizar los derechos de los intérpretes que «se quedan sin ingresos en su vejez»[75].

La norma solo es aplicable a las grabaciones sonoras ya divulgadas lícitamente, por lo que los temas inéditos (que no se han publicado en un fonograma ni tampoco comunicado públicamente) siguen pasando a dominio público tras 50 años computados desde el 1 de enero del año siguiente a su fijación. Por ejemplo, el tema «Love me do» de The Beatles estuvo varios meses a merced de cualquiera que quisiera explotar comercialmente el fonograma[76]. Las discográficas,

75. Fuente: *http://elpais.com/diario/2011/09/13/cultura/1315864805_850215.html* accedido el 19-10-15.

76. Ante esta situación, Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo, *et al.*, en *Comentarios a la Ley de propiedad Intelectual,* Tecnos, Madrid, 2007, p. 1567 apunta que, a pesar de la extinción de los derechos conexos del fonograma, habría que tener en cuenta la protección derivada de la legislación sobre competencia desleal, y si el uso del fonograma en cuestión se realiza o no de buena fe. El abogado Servando Rocha realiza una interesante reflexión en su artículo «Esas complejas "voces del pasado": Bercovitz y los fonogramas», remitiendo también a Bercovitz al señalar «el caso de las remasterizaciones de fonogramas como paradigma de actos vulneradores de la buena fe. Al hacerlo, posiblemente esté pensando en compañías que esperan a que ciertos fonogramas entren en dominio público para publicarlos sin problemas legales. Sin embargo, también hay otro tipo de situaciones en que los productores cuyos fonogramas están próximos a expirar, efectúan sobre los mismos diversas remasterizaciones y los publican. El depósito legal es nuevo y la obra se considera una obra "derivada". Surgen nuevos derechos y un nuevo plazo de protección para los productores que amparan esa publicación, pero no el fonograma original. La cuestión, no exenta de dificultad, es determinar si en un futuro, cuando otro productor

para evitar que las grabaciones inéditas de sus artistas grabadas en los primeros años de la década de los sesenta caigan en dominio público, se han apresurado a publicar recopilatorios de rarezas, directos o maquetas, que son en muchos casos versiones de baja calidad de títulos conocidos. Mediante esta estrategia, los temas dejan de ser inéditos y a ellos se les puede aplicar la *Ley Cliff*, que extiende la protección durante 20 años más.

Este es el caso de «The Beatles Bootleg Recordings 1963», la colección de 59 canciones de The Beatles que publicó Apple Records en diciembre de 2013 (que estuvo disponible digitalmente a través de la plataforma iTunes solo durante algunas horas[77]), o la recopilación de temas inéditos de Bob Dylan, grabados entre 1963 y 1964, que Sony Music editó a finales de 2012 bajo el claro título «The Copyright Extension Collection Vol. 1»[78]. A ambas noticias se les dio muy poca publicidad, ya que a las productoras fonográficas les interesaba que estos lanzamientos pasaran desapercibidos. De hecho, Sony Music tan solo editó cien copias de la colección de Dylan y exclusivamente en territorio europeo. El principal fin por el que los sellos editan estos fonogramas no es la venta de discos, sino la extensión de la protección de los derechos, ya que estas grabaciones hubieran caído en dominio público tras 50 años desde su fijación.

Casos como estos ponen de manifiesto que no siempre mediante este tipo de normativas que deben velar por la salvaguarda de los derechos de los titulares, se atiende a necesidades reales. Como explica el abogado Álvaro Bourkaib Fernández de Córdoba, la materia tratada en esta directiva, «tiene una larga y controvertida historia», y «el conjunto de intereses en juego es complejo»[79].

---

quiera editar esas "voces del pasado", haya hecho uso del fonograma original o del derivado. Una operación sin duda compleja». Disponible en *http://creadoresabogados.com/?page_id=8* accedido el 27-10-15.

77. Fuente: *https://es.wikipedia.org/wiki/The_Beatles_Bootleg_Recordings_1963* accedido el 19-10-15.
78. *http://www.slate.com/blogs/browbeat/2013/01/08/the_copyright_extension_collection_vol_1_bob_dylan_s_new_songs_are_shut.html* accedido el 19-10-15.
79. Bourkaib Fernández de Córdoba, Álvaro: «Algunas reflexiones a propósito de la Directiva 2011/77/UE», *Actualidad Jurídica* (1578-956X), nº 31, 2012. Disponible en: *http://www.uria.com/documentos/publicaciones/3366/documento/foro07.pdf?id=3883* accedido el 19-10-15.

Un aspecto a resaltar es que esta Directiva 2011/77/UE de 27 de septiembre se refiere exclusivamente a los fonogramas, debiéndose entender fonograma como «toda fijación exclusivamente sonora de la ejecución de una obra o de otros sonidos» (art. 114 TRLPI). Esta directiva no afecta, por tanto, al plazo de protección de las grabaciones audiovisuales. Efectivamente, en la Ley 21/2014, de 4 de noviembre, mediante la que se transpuso esta directiva, no se modifica el art. 125 TRLPI referente a la duración de los derechos de explotación de las obras audiovisuales, que sigue manteniendo su redacción: «La duración de los derechos de explotación reconocidos a los productores de la primera fijación de una grabación audiovisual será de 50 años, computados desde el día 1 de enero del año siguiente al de su realización. No obstante, si, dentro de dicho período, la grabación se divulga lícitamente, los citados derechos expiraran a los 50 años desde la divulgación, computados desde el día 1 de enero del año siguiente a la fecha en que ésta se produzca».

Esta situación provoca ciertos desajustes. Pensemos, por ejemplo, en una obra musical que ha sido grabada audiovisualmente en concierto y divulgada lícitamente solo mediante un soporte audiovisual, tal como un DVD. Su plazo de protección será de 50 años desde el hecho generador, y no de 70 años, como hubiera sido en el caso de haberse divulgado en un formato de fonograma tal como un CD. Resulta reseñable que en este caso sea el formato el que condicione el plazo de protección, siendo el hecho generador el mismo.

4.4. EXCEPCIONES Y LIMITACIONES

También en cuanto a las excepciones y limitaciones los puntos de vista de los agentes implicados son diversos. Los colectivos firmantes del antes aludido «The Copyright Manifesto», proponen extender los límites al derecho de autor y adoptar un sistema similar a la doctrina anglosajona del *«fair use»*, que países como Israel, Corea del Sur, China, Taiwán y Singapur ya han adoptado. Según algunos expertos, como María Martín Prat, esto sería «un grave error, además de suponer el final de la protección del derecho de autor»[80].

80. Palabras de María Martín Prat en su ponencia «La política actual de la Comisión Europea en materia de derechos de autor y derechos afines», ya referenciada anteriormente.

La lista de excepciones y limitaciones se establece en el artículo 5 de la Directiva 2001/29/CE, de 22 de mayo, que en su considerando 31 manifiesta que:

> Debe garantizarse un justo equilibrio entre los derechos e intereses de las diferentes categorías de titulares de derechos, así como entre las distintas categorías de titulares de derechos y usuarios de prestaciones protegidas. Las actuales excepciones y limitaciones a los derechos previstas en los Estados miembros deben revaluarse a la luz de los avances logrados en la electrónica.

También tiene en cuenta que las diferencias existentes en las excepciones y limitaciones a determinados actos restringidos podrían acentuarse a medida que se desarrollen las actividades transfronterizas, y prevé que será oportuno definir de forma más armonizada tales excepciones y limitaciones, en función de sus efectos sobre el correcto funcionamiento del mercado interior. En su considerando 32 expresa que:

> La lista toma oportunamente en consideración las diferentes tradiciones jurídicas de los Estados miembros, y está destinada al mismo tiempo a garantizar el funcionamiento del mercado interior. Los Estados miembros deben aplicar con coherencia dichas excepciones y limitaciones, lo que será comprobado en un futuro examen de las medidas de transposición.

El Informe Reda defiende que, en cuanto a las excepciones, el entorno digital se equipare al entorno analógico, máxime si se tiene en cuenta que este está siendo gradualmente reemplazado por el digital. Actualmente esto puede suponer un freno en el aprendizaje y en el acceso a diferentes materiales didácticos. Sostiene, ilustrando este desajuste con un ejemplo dentro de los límites relacionados con el ámbito educativo, que al igual que un profesor puede proporcionar a sus alumnos una copia física de un texto para ser comentado en clase, debería poder proporcionarles acceso al mismo texto en formato digital a través de la red interna de la escuela. El informe recomienda que se realice una definición común en referencia a la excepción en la investigación y educación, que debería incluir no solo los centros educativos, sino también las actividades acreditadas de investigación o educación, incluidas las actividades en línea y transfronterizas[81].

81. Malka responde en la p. 19 de su manifiesto que tal excepción, enmarcada en el generoso discurso que invoca el acceso universal y global al conocimien-

Reda, así mismo, observa con interés la revolución creativa en torno a las prácticas emergentes que se sirven de los teléfonos móviles u otros dispositivos análogos (con cámaras de tecnología muy superior a la que la mayoría de los artistas profesionales tenían acceso en el momento en que la Directiva *InfoSoc* fue redactada). La disponibilidad de estas herramientas, además de la difusión a coste cero que posibilita Internet, hacen que las nuevas obras que los usuarios crean transformando las existentes (mediante prácticas como remezclas audiovisuales, *«mashups», «lipdubs»*, etc.) inunden las redes. Este tipo de transformaciones se realizan sin ánimo de lucro y no interfieren con la explotación comercial de la obra original, por lo que el informe hace hincapié en la necesidad de examinar posibles soluciones que concilien una protección eficiente que ofrezca una remuneración adecuada y una compensación justa a los creadores.

Otro límite importante, este en aras de preservar el debate democrático, es el referente a la parodia, la caricatura y el pastiche. El informe considera que esta excepción debe permitir encontrar el equilibrio entre los intereses y derechos de los creadores y los personajes originales, y la libertad de expresión del usuario de una obra protegida que invoque la excepción por caricatura, parodia o pastiche.

La Relatora Shaheed señala algo muy interesante al respecto de las limitaciones y excepciones en su informe sobre el derecho a la libertad de expresión artística al que ya antes hemos aludido:

> Este debate es particularmente intenso en el mundo de la cultura hip-hop/rap, en que el sampling es un arte en sí mismo, pero concierne

---

to, tendría tan poco sentido como obligar a EDF (la mayor empresa eléctrica de Francia) a proporcionar la electricidad gratis a escuelas e institutos, y que, como resultado de esta excepción, los editores y autores serían los únicos que tuvieran que crear gratis e invertir a pérdidas. *«Une telle exception, portée par un discours généreux invoquant un accès universel et global à la connaissance, aurait aussi peu de sens que d'imposer à edf de fournir de l'électricité gratuite aux lycées et collèges. Les éditeurs et les auteurs seraient ainsi les seuls à devoir créer gratuitement et investir nécessairement à perte»* en el original. En general, y en repetidas ocasiones a lo largo de su manifiesto, Malka arremete contra Reda postulando que una armonización más profunda de las excepciones daría como resultado una disminución en la creación de obras y en la diversidad cultural, y que sería perjudicial para usuarios, titulares de derechos, y sociedad en general: «la compensación al autor se convertiría en la excepción» (*«la rémunération des auteurs deviendrait l'exception»,* en la p. 15 del original).

también a otras esferas del arte contemporáneo. El desafío es encontrar soluciones flexibles, que no quebranten el derecho moral de los artistas ni los intereses justos de remuneración de las casas discográficas, pero que, al mismo tiempo, respeten el derecho de los artistas a «citar» o remitirse a las producciones de otros artistas.

En su otro informe al que hemos hecho referencia, Políticas sobre los derechos de autor y el derecho a la ciencia y la cultura, deja claro que «la protección de la autoría no conlleva un control absoluto de los autores sobre las obras creativas».

Al comienzo de este epígrafe hemos aludido a la flexibilización que demandan ciertos colectivos en cuanto a las limitaciones y excepciones al derecho de autor. Reda, en los puntos 37 y 38 de su informe destaca:

> la importancia de la diversidad cultural europea y señala que las diferencias entre los Estados miembros por lo que respecta a la aplicación de excepciones pueden crear complicaciones para el funcionamiento del mercado interior con vistas al desarrollo de actividades transfronterizas y para la competitividad global y la innovación de la UE; considera que algunas excepciones y limitaciones pueden beneficiarse por tanto de más normas comunes; señala, no obstante, que algunas diferencias pueden justificarse para permitir que los Estados miembros legislen con arreglo a sus intereses culturales y económicos específicos, en consonancia con los principios de proporcionalidad y subsidiariedad;

e insta:

> a la Comisión a examinar la aplicación de unas normas mínimas en las excepciones y limitaciones, a velar por la correcta aplicación de las excepciones y limitaciones contempladas en la Directiva 2001/29/CE y por un acceso igual a la diversidad cultural a través de las fronteras dentro del mercado interior y a incrementar la seguridad jurídica.

Otras propuestas del informe referentes a excepciones pasan por permitir la minería de datos y el refuerzo de los límites en el marco de instituciones de interés público como bibliotecas, museos y archivos, también a través de plataformas en línea. En cuanto al préstamo electrónico, reconociendo la importancia que revisten las bibliotecas para el acceso al conocimiento, y tratando de garantizar el desempeño de su tarea divulgativa de interés público de forma efectiva y actualizada, pide a la Comisión:

> que evalúe la posibilidad de adoptar una excepción por la que las bibliotecas públicas y de investigación puedan prestar legalmente libros

> en formato digital al público, para su uso personal y por una duración limitada, a través de Internet o de las redes de las bibliotecas,

sin olvidar recomendar que se ofrezca a los autores una compensación justa por el préstamo electrónico, equivalente a la que reciben por el préstamo de libros físicos.

En cuanto a los sistemas de compensación, observa que los cánones por copia privada deben regularse de manera que los ciudadanos estén informados de su importe efectivo, su finalidad y la forma en que van a utilizarse. Aboga por la transparencia en la aplicación de los cánones digitales y por su optimización a fin de proteger los derechos tanto de los titulares como de los usuarios, teniendo en cuenta la Directiva 2014/26/UE, de 26 de febrero, *relativa a la gestión colectiva de los derechos de autor y derechos afines y a la concesión de licencias multiterritoriales de derechos sobre obras musicales para su utilización en línea en el mercado interior.*

V. LA DIRECTIVA 2014/26/UE, DE 26 DE FEBRERO, LA LEY 21/2014, DE 4 DE NOVIEMBRE Y ALGUNAS DE SUS IMPLICACIONES EN EL FUTURO DE LA GESTIÓN COLECTIVA

Precisamente la Directiva 2014/26/UE, de 26 de febrero, *relativa a la gestión colectiva de los derechos de autor y derechos afines y a la concesión de licencias multiterritoriales de derechos sobre obras musicales para su utilización en línea en el mercado interior,* es la única aún no transpuesta a nuestro Ordenamiento Jurídico, puesto que la Ley 21/2014, de 4 de noviembre, no modifica en profundidad la ordenación de las entidades de gestión colectiva. El plazo fijado por esta directiva para su transposición por los Estados miembros finaliza el 20 de abril de 2016, compromiso que España no podrá cumplir. En palabras de Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano,

> causa un cierto desasosiego el mandato al Gobierno, que se realiza en la disposición final cuarta de la Ley 21/2014, para que este proceda en el plazo de un año a realizar los trabajos preliminares encaminados a preparar una reforma integral de la Ley de Propiedad Intelectual. Bastante tendremos ya con la necesaria modificación de la Ley para transponer la Directiva 2014/26/UE, garantía de que hasta dentro de cuatro o cinco años no contaremos con una regulación pacífica y estable de las entidades

de gestión colectiva de los derechos de propiedad intelectual. Ese es el panorama que nos espera como consecuencia de la opción elegida por nuestro legislador en relación con las entidades de gestión colectiva[82].

De cualquier forma, tanto la Directiva 2014/26/UE, de 26 de febrero como la Ley 21/2014, de 4 de noviembre, plantean objetivos comunes en relación con la necesidad de una mayor transparencia, eficiencia y control de las sociedades gestoras. Ramón Casas explica que:

> la directiva aspira a otorgar a los socios una mayor libertad de actuación, permitiéndoles por ejemplo compaginar las licencias de la entidad de gestión colectiva con licencias individuales y gratuitas que deseen conceder directamente en casos concretos; robusteciendo los mecanismos de control interno, transparencia, participación en el ejercicio de derechos y en la toma de decisiones en relación con la recaudación y reparto. En particular, el destino que dar a las cantidades recaudadas no identificadas[83].

En este sentido resulta muy interesante analizar el asunto de las tarifas que las entidades gestoras cobran a los usuarios de las obras protegidas[84], ya que ellas entrañan los conflictos más relevantes en cuanto a la transparencia en el reparto, la identificación de obras, el destino de las cantidades pendientes de repartir, y en última instancia las que afectan también a la representación de los socios dentro de una entidad gestora.

5.1. TARIFAS Y REPARTO

Creemos importante para comenzar este bloque recordar el considerando 17 de la Directiva 2001/29/CE, de 22 de mayo:

---

82. Ponencia de Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano «La reforma de la LPI y transposición de la Directiva de Gestión Colectiva», ofrecida el 26 de febrero de 2015 en el marco del Programa Master Class (coordinado por la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, junto al Instituto de Derecho de Autor).
83. Palabras de Ramón Casas, profesor titular de Derecho Civil y PI de la Facultad de Derecho de la Universidad de Barcelona, en su conferencia «La Directiva de Gestión Colectiva y la reforma de la LPI» ofrecida como clausura del Programa Master Class 2013/14, emitido por la OMPI y el Instituto de Derecho de Autor, disponible en: *http://www.youtube.com/watch?v=ghF_X5UiY0o* accedido el 27-10-15.
84. Habría que matizar que mediante las tarifas generales, algunas entidades cobran también por los usos de obras que los autores han licenciado de forma libre y que no están sujetas a derechos.

> Es necesario, especialmente a la luz de las exigencias derivadas del entorno digital, garantizar que las sociedades de gestión colectiva de los derechos de autor y de los derechos afines a los derechos de autor consigan un nivel más alto de racionalización y transparencia en el respeto de las normas de competencia.

Son precisamente los temas en torno a la competencia, las posiciones monopolísticas y el abuso de poder en la aplicación de sus tarifas, los que más conflictos han generado en el seno de algunas entidades gestoras españolas, y, también, los asuntos que más han desgastado su imagen pública, suscitando reacciones diversas entre los titulares de derechos, usuarios y ciudadanía en general. A continuación repasaremos qué son las tarifas, el modo en que las gestoras las aplican, de qué se trata el llamado «pendiente», y cómo se efectúan los sistemas de reparto. Expondremos sentencias y casos históricos relacionados, así como una valoración de lo que supone la Ley 21/2014, de 4 de noviembre, al respecto de estos asuntos.

Para comenzar, consideramos necesario repasar conceptos básicos en los que se basa la gestión colectiva obligatoria. Además de los derechos de carácter moral reconocidos en la ley, existen otros de carácter patrimonial, que son los que recaudan y administran las entidades de gestión colectiva. Estos derechos económicos son los denominados derechos de explotación (que engloban reproducción, comunicación pública, distribución y transformación), además de los llamados de remuneración (derecho a cobrar por determinados usos de la obra sin que el titular necesite otorgar su autorización). La LPI permite al titular ejercitar de manera individual ciertos derechos de gestión voluntaria (lo que en la realidad resulta extremadamente difícil), pero establece mediante su art. 147 otros de gestión colectiva obligatoria, y dentro de ellos, algunos irrenunciables. En la práctica, además de estos derechos de gestión colectiva obligatoria, las entidades cobran una enorme cantidad económica por otros que también se recaudan colectivamente a través de estas sociedades, resultando por lo general imposible su reclamación por parte de los titulares no socios[85].

Con la aparición de las primeras licencias en el primer tercio del siglo XX, que suponen un «ataque frontal al Derecho de autor de ca-

85. Es importante recordar que la asociación a las entidades de gestión colectiva actualmente es de carácter voluntario.

rácter individualista»[86], se sientan las bases de la futura gestión colectiva obligatoria. Cualquier usuario de obras protegidas por derechos de propiedad intelectual, habrá de satisfacer una compensación a los derechohabientes por la comunicación pública de esas obras en establecimientos hosteleros, locales, salas, emisoras, etc., o bien por su reproducción mecánica en distintos soportes y medios. Ante la dificultad de obtener el permiso de los titulares de forma individual, las sociedades gestoras han establecido diferentes tarifas generales, que son aplicadas para la concesión de las licencias de uso.

En reiteradas ocasiones las entidades han sido amonestadas por la actual Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) y la Agencia Estatal de Evaluación de las Políticas Públicas y la Calidad de los Servicios (AEVAL) en relación al asunto de las tarifas. De especial calado resultó el informe de la entonces denominada Comisión Nacional de la Competencia (CNC) *sobre la gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual* (2009)[87]. En él se señala que:

> La posición monopolística de las entidades reduce sus incentivos a operar de modo eficiente y facilita la aparición de una serie de problemas. Por un lado, el establecimiento de tarifas inequitativas y/o discriminatorias. Por otro, las dificultades para que los usuarios gestionen de modo eficiente sus costes y para que se desarrollen mercados no tradicionales de explotación de obras y prestaciones.

Y en lo que respecta a la posible negociación de las tarifas, expone que:

> En primer lugar, no existe control *ex-ante* sobre las tarifas que fijan las entidades, ya sea a través de la introducción de obligaciones eficaces o a través de la supervisión de una autoridad competente. En segundo lugar, el proceso de negociación con los usuarios no garantiza que las tarifas sean razonables y equitativas, puesto que el marco legal permite que, ante una falta de acuerdo, se apliquen las tarifas generales fijadas previamente de modo unilateral por la entidad monopolística, lo que reduce los incentivos de esta última a entrar en una negociación real. En tercer lugar, el control *ex-post* es muy reducido, principalmente porque la Comisión de Propiedad Intelectual, creada por la Ley de Propiedad Intelectual de 1987 como mecanismo de resolución de conflictos tarifarios entre las en-

86. Ureña Salcedo, Juan Antonio: *Régimen público de la gestión colectiva de derechos de autor*, Iustel, Madrid, 2011, p. 50.
87. *http://www.upv.es/entidades/SJ/info/U0488754.pdf* accedido el 27-10-15.

tidades de gestión y determinados usuarios, no se ha mostrado como un instrumento eficaz, fundamentalmente porque no ha sido dotada de las competencias y las facultades coactivas necesarias para que pudiese servir eficazmente a ese fin.

La posición de las entidades de gestión en la negociación de tarifas se ha consolidado de tal manera que, como recuerda Ureña Salcedo, en algunos preceptos legales se expresa que la remuneración a los derechohabientes será la que proceda «de acuerdo con las tarifas generales establecidas por la correspondiente entidad de gestión»[88], que incluso «pueden llegar a multiplicar por nueve el precio de las tarifas que tendrían que haberse abonado»[89].

También la discriminación a la hora de aplicar las tarifas, ha sido un asunto controvertido. Se tiene en cuenta que existe discriminación cuando un mismo bien o servicio se vende a precios diferentes a distintos demandantes, sin que la diferencia se justifique en el coste de producir el bien o servicio. La CNC en su informe de 2009 enumera hasta seis resoluciones que indican que las tarifas aplicadas han sido discriminatorias.

5.1.1. El «pendiente de identificación/no social»

A continuación desgranaremos algunos ejemplos de cómo SGAE aplica las tarifas, y explicaremos en qué consiste el llamado «pendiente».

El art. 195 del Reglamento de SGAE[90], especifica que una de las vías por las que se constituye la base documental del reparto son «las hojas-programa facilitadas mensualmente por Radio Nacional de España (RNE), correspondientes a Radio Nacional, Radio Clásica, Radio 3, Ràdio 4, Radio 5 y Radio Exterior, y que habrán de corresponderse en un todo con lo difundido por la citada emisora». De esta forma, RNE abona a SGAE una tarifa plana por todas las obras emitidas, que quedan identificadas en la correspondiente hoja-programa. Sin embargo SGAE no atiende a si esas obras emitidas son o no repertorio gestionado por ella. La tarifa plana se cobra igual, ya que atiende a la disponibilidad del repertorio y no a su uso efectivo. De la misma forma, los promotores

88. *Ibidem*, p. 101.
89. *Ibidem*, p. 104.
90. *https://s3-eu-west-1.amazonaws.com/documentos-sgae/REGLAMENTO.pdf* accedido el 27-10-15.

de conciertos abonan a SGAE la tarifa del 10% de los ingresos de taquilla de cada concierto o festival, frecuentemente sin distinguir si en un cartel compartido parte del repertorio interpretado no corresponde a autores socios de SGAE. En el caso de actos de reproducción mecánica, también los productores de fonogramas habrán de satisfacer las tarifas estipuladas por la sociedad, sin importar que en un disco recopilatorio se incluyan obras libres de derechos o no gestionadas por SGAE.

Bajo la denominación «derechos anónimos» se incluyen todos aquellos cuyos legítimos titulares no han podido ser identificados por una u otra razón. Las cantidades recaudadas en concepto de esos derechos constituyen el llamado «pendiente». El «pendiente de identificación» se refiere a obras cuyos titulares han sido ilocalizables o bien obras que han sufrido algún error en el proceso de documentación. El pendiente «no social» se constituye por derechos cobrados en nombre de titulares no socios de la entidad. El destino de estas cantidades se establece en los estatutos de cada sociedad. En el caso de SGAE, según el apartado f) del art. 81 de sus Estatutos[91], se establece que los recursos económicos de la entidad estarán constituidos, entre otros conceptos, «por los derechos que han sido objeto de un proceso de reparto y no han sido identificados sus derechohabientes o cuyo pago no haya podido efectuarse por cualquier otro motivo, transcurridos cinco años desde su reparto sin que hayan sido reclamados por sus titulares».

En el año 2012, el escándalo de la enorme cantidad que SGAE retenía a través de este «pendiente», salpicó los medios de comunicación. AEVAL había cifrado lo no repartido en aproximadamente 10 millones de euros y varios expertos en propiedad intelectual denunciaron públicamente este hecho[92].

---

91. *https://sgae-documentos.s3.amazonaws.com/pdf_SGAE/Estatutos_SGAE.pdf* accedido el 27-10-15.
92. David García Aristegui y Servando Rocha declaraban en *ABC* en junio de 2012 que «se calcula que anualmente la SGAE no logra identificar a los autores de un 15% de derechos que ha recaudado en ese ejercicio» y que lo no repartido se queda en la «nada desdeñable cifra de 10 millones de euros»: *http://www.abc.es/20120626/cultura/abci-denuncia-sgae-apropiacion-derechos-201206261213.html* accedido el 27-10-15. De la misma forma el abogado David Bravo denunciaba la situación en su carta abierta «¿Es nueva la nueva SGAE?» publicada en *El Diario* en septiembre de 2012: *http://www.eldiario.es/zonacritica/nueva-SGAE_6_44505554.html* accedido el 27-10-15.

Tal y como se desprende del informe «Cuentas Anuales de SGAE e Informe de Gestión correspondientes al ejercicio anual terminado el 31 de diciembre de 2012» de la auditora Ernst & Young[93], los derechos cobrados pendientes de pago en 2012 ascendieron a más de 84 millones de euros. Esta cifra debe ser interpretada con prudencia, puesto que dentro del concepto «derechos cobrados pendientes de pago» se engloban además del «pendiente» otras partidas que SGAE contempla ante la posibilidad de una reclamación posterior al reparto. La auditoría cuestionaba el reparto del «pendiente» y ya advertía de la debilidad financiera de SGAE, cuyos ingresos, en la práctica totalidad, provenían de los porcentajes de gestión y de los derechos prescritos:

> El restablecimiento del equilibrio financiero y patrimonial de la Sociedad […] dependerá en última instancia de la capacidad de la Sociedad para reducir sus costes operativos y/o para incrementar sus ingresos por recaudación, para lo cual la Sociedad tiene la facultad de decidir, a través de sus órganos sociales, la estrategia futura de identificación de los titulares de derechos y el destino último de los importes que resulten prescritos, así como, en su caso, un incremento de los porcentajes de recaudación y administración, conceptos ambos que constituyen la práctica totalidad de los ingresos de la Sociedad.

La clave del «pendiente» está, pues, en las tarifas, y en su cobro indiscriminado y no por uso efectivo. También, en la pasividad por parte de algunas entidades para identificar, encontrar y hacer que el dinero llegue a los legítimos titulares de las obras[94]. Diversos Tribunales en los últimos años han admitido que resulta más equitativo el criterio de efectividad de uso del repertorio, que no el cobro de una tarifa general por disponibilidad de uso. De este modo, y de manera ejemplar, la cantidad del «pendiente» de DAMA es cero euros, puesto que utiliza el criterio del uso efectivo para cobrar los derechos, identificar al titular y abonárselos.

En cuanto a los sistemas de reparto, volvemos a remitirnos al interesantísimo trabajo de Ureña Salcedo para citar que:

---

93. *http://www.sgae.es/recursos/Memoria_2012/SGAE_2012.pdf* accedido el 27-10-15.
94. Destaca en este sentido la campaña «Se buscan autores» emprendida por CEDRO en mayo de 2008 para localizar a autores que tuvieran derechos económicos de gestión colectiva obligatoria pendientes de liquidar y que no fueran socios de la entidad. Fuente: *https://escritores.wordpress.com/2008/05/08/%C2%A1se-buscan-autores-publicados-para-pagarles/* accedido el 27-10-15.

> La opacidad de los sistemas de reparto, y su posible desproporción, es, pese al tenor literal de los preceptos legales (reparto equitativo, exclusión de la arbitrariedad, participación proporcional), la denuncia más generalizada.

Efectivamente, en la «Evaluación del Sistema de Gestión Colectiva de los Derechos de Propiedad Intelectual[95]» llevada a cabo por AEVAL en 2008, y que se integró en el Plan de Trabajo acordado por el Consejo de Ministros, en su reunión de 1 de agosto de 2008, se afirma que «por lo común la media de las cantidades asignadas a editores y productores es más de diez veces la media de las cantidades asignadas a autores y artistas».

Como era de esperar, las entidades de gestión colectiva han manifestado públicamente su desacuerdo con los informes de la CNC. Destaca el manifiesto emitido por Ibercrea, asociación que agrupa a las entidades de gestión de derechos AIE, AGEDI, CEDRO y SGAE[96], quienes se defienden afirmando que:

> Es por completo incierto que las entidades impongan las tarifas ya que éstas se negocian sectorialmente siendo su aplicación fruto de acuerdos. Tampoco se corresponde con la realidad que las entidades de gestión carezcan de tarifas para usos efectivos, pues las tienen y se aplican, además de las tarifas por disponibilidad. Los cientos de acuerdos sectoriales alcanzados por las entidades desmontan la opinión arbitraria de CNC en el sentido de que las tarifas resulta «inequitativas» y «discriminatorias».

Respecto al tema de la identificación del repertorio, ya desde hace años se viene manifestando la oportunidad que brindan los avances tecnológicos para ayudar a determinar con exactitud el uso efectivo de las obras, cualquiera que sea su naturaleza, así como la necesidad de perfeccionar el sistema de remuneración que efectivamente corresponda a cada derechohabiente. Lo cierto es que, como veremos más adelante, actualmente España discurre en ese camino tecnológico, así como en el de la transparencia y eficiencia, muy por detrás de otros Estados europeos.

---

95. *http://www.aeval.es/comun/pdf/evaluaciones/E12B.pdf* accedido el 27-10-15.
96. *http://www.cedro.org/cedroInforma/IBERCREARespuestaInformeCNC.pdf* accedido el 27-10-15.

5.1.2. Sentencias y casos históricos relacionados

Según los datos que aporta Ureña Salcedo[97], ya en 1924 la entonces Sociedad de Autores de España (SAE) logró impedir la retransmisión de obras de su repertorio sin que las emisoras de radio negociaran previamente el pago de una tarifa. Un conflicto similar se produciría más adelante entre RTVE y la actual SGAE. A pesar de que esa tarifa, a falta de acuerdo amigable, según la normativa internacional debería ser fijada por la autoridad competente, tal y como nos recuerda Ureña Salcedo, «en la práctica, al menos en nuestro país, sin embargo, acabó siendo la entidad de gestión la que fijó unilateralmente dicha remuneración»[98].

El siguiente paso adoptado por la entidad fue reclamar el cumplimiento de la obligación del pago de la tarifa ante los Tribunales, y se comenzaron a suceder los recursos contra establecimientos hosteleros, asociaciones culturales, emisoras, etc. Ya en el año 1934 SGAE ganó el recurso al santanderino Bar Pereda, por utilizar ambientación musical mediante radio. «Un anuncio de todo lo que vendría después»[99].

Junto al del Bar Pereda queremos destacar otros casos que hicieron historia, algunos sin ni siquiera llegar a los Tribunales, como fue el Caso *Muzikalia* (2002), que marcó un antes y un después a nivel mediático en España.

Muzikalia[100] es una página web dedicada a la música independiente que fue creada en octubre de 2000 por un grupo de melómanos, con el objetivo de dar a conocer al público nuevos artistas que editaban sus trabajos en pequeños sellos discográficos. Quince años después se ha convertido en un portal de referencia con cerca de 50000 lectores mensuales y miles de seguidores en las redes sociales. En estos años, ha sido distinguida como Mejor Web Musical en los Premios Pop-Eye de crea-

97. *Ibidem*, p. 53. El autor, a su vez, remite en una nota al pie de página a los trabajos de López Sánchez, Javier, «Las pretendidas funciones arbitrales de la comisión mediadora y arbitral de la propiedad intelectual». *Revista de derecho procesal*, 1996, nº 2, p. 356; quien a su vez remite al trabajo de Fernández Shaw, Félix: «Derecho de autor y derechos conexos en la radiodifusión española». *Anuario de Derecho Civil*, 1975, vol. 28, nº II, pp. 337 y ss.
98. *Idem*.
99. *Ibidem*, p. 58.
100. *www.muzikalia.com* accedido el 21-10-15.

ción independiente, y elegida como medio oficial del Proyecto Demo (plataforma creada por el Festival Internacional de Benicàssim y Radio 3 de RNE). Muzikalia también está involucrada en la programación de diversos ciclos de conciertos de música independiente[101].

Cuando se creó, Muzikalia no albergaba publicidad ni proporcionaba ningún beneficio económico. Reportaba, eso sí, un gran provecho para los grupos emergentes, que encontraban en sus páginas un canal de difusión alternativo y gratuito. Para sus creadores suponía una recompensa de carácter no crematístico: contribuir al crecimiento de una escena musical que no encontraba cauces de promoción en los medios de comunicación tradicionales.

Durante el primer año y medio de vida de la revista Muzikalia, un pequeño equipo de colaboradores entabló alianzas con las pequeñas discográficas de todo el estado, publicó sus noticias y notas de prensa, entrevistó a los artistas, realizó críticas de sus discos, acudió a multitud de conciertos y actualizó sus crónicas. Realizaron toda una labor de promoción que muchos grupos independientes aún siguen agradeciendo hoy día.

Este equipo pronto quiso dar un paso más allá. Innovando en la forma, y aprovechando la tecnología existente, habilitó en la web una sección de descargas en formato MP3 y otra de radio en línea (*streaming*). De forma gratuita, a los visitantes de la web se les ofrecía la posibilidad de escuchar o descargarse un tema de cada grupo, poder evaluar su calidad, y, si les gustaba, comprar el disco. Recordamos que, en la mayoría de los casos, se trataba de canciones de bandas que no encontraban cabida en otros canales de difusión. Muzikalia no olvidó pedir las autorizaciones pertinentes tanto a las discográficas dueñas de los másteres de las grabaciones, como a los autores de las obras.

Este servicio funcionó con éxito durante dos semanas, hasta que el 11 de febrero de 2002, el Departamento de Reproducción Mecánica de SGAE se puso en contacto con Muzikalia para advertir de que estaban realizando una práctica ilegal, y proceder a reclamar la tarifa por la licencia correspondiente para la utilización del repertorio de obras de «pequeño derecho» en redes digitales.

---

101. *http://muzikalia.com/noticias_leer.php/20811/cumplimos-15-anos* accedido 28-10-15.

A la pregunta de si SGAE gestiona los derechos de las obras cuando se difunden por Internet, la respuesta es positiva:

> La transmisión on-line de las obras protegidas conlleva el derecho de comunicación pública (puesta a disposición) y de reproducción. Ambos derechos son gestionados por SGAE al haberle sido encomendada dicha gestión por sus titulares[102].

Muzikalia tenía entonces dos opciones: pagar un 6% de los beneficios que obtenía la revista (en su momento, ninguno), o bien el pago de la tarifa mínima, que ascendía a 375 euros mensuales por sección. Eso suponía la cantidad total de 750 euros al mes, que Muzikalia no podía permitirse[103].

Muzikalia contrató a unos abogados y trató de llegar a un acuerdo con SGAE con el fin de poder seguir difundiendo la música independiente de aquellos autores y sellos que deseaban ser promocionados a través de la web. Pero las negociaciones fueron infructuosas. Tal y como se cuenta en el artículo «Haciendo memoria con la SGAE. Muzikalia se pronuncia sobre el pasado y presente de los conflictos de la Sociedad General de Autores», julio 2011[104]:

> Estuvimos de abogados, nos gastamos más de 3000 euros en costes y negociaciones, pero no hubo manera. Tiempo después supimos que estos abogados trabajaban de manera fija con SGAE y que, en otras palabras, nos habían timado.

El cierre de las secciones de descarga y radio en línea de Muzikalia implicó un revuelo mediático. El caso llegó a ser portada de «El País de las Tentaciones» (suplemento cultural de *El País*), y apareció en otros destacados medios como Cadena Ser, Onda Cero, e incluso Telecinco (a través de la sección dedicada a Internet El Navegante, que dirigía Ignacio Escolar). El fragmento del informativo en el que se trató la noticia aún está disponible en la red[105].

---

102. *http://www.sgae.es/clientes/escoge-tu-licencia/Internet-telefonia/Internet-y-telefonos-moviles/* accedido el 18-08-2015.
103. Las tarifas correspondientes al año 2015 se pueden consultar en *https://s3-eu-west-1.amazonaws.com/documentos-sgae/PDF_SGAE_2015/SGAE_Tarifas2015.PDF* accedido el 18-08-2015.
104. *http://muzikalia.com/leerarticulos.php/38/artículo/haciendo-memoria-con-la-sgae* accedido el 18-08-2015.
105. *https://www.youtube.com/watch?v=XlG6mfJtXrM* accedido el 18-08-2015.

Se abrió el debate entre los creadores y los usuarios, y se puso sobre la mesa el hecho de que los propios autores, en determinadas situaciones, no podían elegir qué hacer y qué no hacer con sus propias obras. Como explica el abogado experto en propiedad intelectual David Bravo en *Copia este libro* (2005):

> Los derechos de los autores, al estar asociados a SGAE, son gestionados por esta entidad del modo en que ella cree conveniente, incluso si ese modo es justo el contrario al que aspira el autor[106].

Precisamente uno de los artistas cuyos primeros trabajos se promocionaban a través de la radio en línea de Muzikalia fue Nacho Vegas, autor e intérprete que actualmente se autoedita bajo el paraguas de Marxophone, un sello con estructura de cooperativa de artistas. Vegas, a pesar de ser socio de SGAE, elige licencias libres para poner sus obras a disposición del público[107].

Otra cuestión que se plantea es si la parte proporcional de lo que les correspondería a los legítimos titulares de derechos llega a estos de forma efectiva o no. Este es uno de los asuntos más controvertidos en torno a la aplicación de tarifas planas para la concesión de licencias a los usuarios. Muzikalia ya intuía que su dinero probablemente no iría a parar a muchos de los autores que sonaban en su web, simplemente porque no eran socios de SGAE.

En el mismo artículo mencionado anteriormente, la redacción de Muzikalia declara:

> Una SGAE, o cualquier otro tipo de sociedad de gestión, mucho más abierta de miras, equitativa y moderna, podría ser otra opción, aunque cambiar lo que hay se acercaría a lo que conocemos como milagro[108].

---

106. Bravo Bueno, David: *Copia este libro*, Dmem S.L., Málaga, 2005, p. 67. Libro electrónico disponible de forma gratuita en *http://copiaestelibro.bandaancha.st* accedido el 19-08-2015.
107. Circunstancia que implica conflictos, ya que, como veremos más adelante, el actual contrato de adhesión de SGAE no admite autores que utilicen licencias libres ni permite la gestión por obra.
108. Artículo publicado en julio de 2011, tras destaparse el Caso Saga. SDAE –Sociedad Digital de Autores y Editores–, creada para la defensa del derecho de autor a nivel digital y dirigida por José Luis Rodríguez Neri, presuntamente desviaba fondos a Microgénesis, compañía en lo alto de una estructura piramidal de empresas fantasmas gestionadas por Neri y varios de sus familiares.

También David Bravo reflexionaba sobre la necesidad de flexibilización y cambio en el ámbito de la gestión de derechos de propiedad intelectual:

> En cualquier caso la propiedad intelectual aplicada de la forma más restrictiva volvió a hacer otro gran bien a la cultura cerrando un sitio gratuito que permitía su difusión y su acceso. Si el derecho de autor nacido para proteger la cultura se ha convertido en el principal arma para asfixiarla es que algo está fallando. Si esto es así, es que se han olvidado los fines a los que sirven esos derechos. Si esto es así, es que hay que cambiarlo todo[109].

Pero quizás el asunto más importante relacionado con las tarifas es el llamado Caso *Ladinamo* (2006), que se recuerda por su sentencia pionera, a favor de la Asociación Cultural Ladinamo de Madrid[110]. En su resolución se incorporó por primera vez en la historia judicial mundial el concepto *copyleft*. Ante la pretensión de cobro por parte de SGAE de los derechos de comunicación pública de la música emitida en ese local, fue probado que en él se emitía repertorio de autores no socios de SGAE, que habían decidido divulgar su música bajo licencias libres. Tras ésta llegaron otras sentencias a favor del *copyleft*, tanto en el ámbito musical como en el literario[111].

Sin embargo, lo más importante es que a partir de entonces, la figura del *copyleft* queda admitida jurisprudencialmente y la resolución de los pleitos contra el impago de las tarifas dependerá de si se puede o no probar que la música comunicada públicamente en los establecimientos o emisoras denunciados forma parte del repertorio gestionado por SGAE y/u otras entidades gestoras (sea o no repertorio divulgado bajo

109. *Ibidem*, p. 67.

110. Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 5 de Madrid 12/2006, de fecha 2 de febrero de 2006. Disponible en: *http://www.derecho-Internet.org/node/359* accedido el 27-10-15.

111. Aunque no tengan que ver con tarifas, recordamos estos casos del año 2008 relacionados con el *copyleft*: El Instituto Cervantes de Nápoles y el Instituto Valenciano de la Música fueron condenados a pagar una indemnización de 3000 euros cada uno en concepto de daños morales por hacer uso en Internet, programas y notas de prensa, sin citar la fuente (y en el caso del Instituto Cervantes además añadiendo a ellos el símbolo del copyright, y rompiendo así la regla de la libre circulación), de unos textos de Giuseppe De Matteis originalmente publicados bajo licencia *copyleft*. Fuente: *http://elpais.com/diario/2008/06/19/ciberpais/1213839622_850215.html* accedido el 27-10-15.

licencias libres). Queda claro, por tanto, que estas sociedades no pueden atribuirse un derecho que no le ha sido cedido previamente por el titular. Este asunto enlaza con lo que Ureña Salcedo llama legitimación extraordinaria, y con la cuestión de hasta qué punto las entidades de gestión colectiva representan únicamente a sus socios, o prentenden ostentar una representación más allá de la que les ha sido encomendada[112]:

> La irrupción con fuerza del *copyleft*, del código abierto, o la ampliación del ámbito de los mercados, aunque inicialmente pudiera pensarse que no afectan a la legitimación extraordinaria de las entidades de gestión colectiva, exigen una reflexión y puede que, en un futuro próximo, lleven a introducir algún cambio normativo.
>
> La actuación en nombre de terceros, que ni tan siquiera tienen que ser socios o miembros de la entidad de que se trate, creemos muy importante subrayar el dato, antes de entrar en el fondo del privilegio procesal, no se produce sólo ante los Tribunales sino ante cualquier usuario de obras con derechos de propiedad intelectual, sea una persona física o jurídica, pública o privada. Esta solución facilita a los usuarios la negociación ante la multiplicación de titulares de derechos. Y explica que las entidades puedan conceder autorizaciones para el uso de obras cuya gestión no les ha sido confiada[113].

Son los creadores, de forma autónoma y voluntaria, y no las entidades, quienes tienen la potestad de decidir la manera en que se gestionan sus obras. Si bien el art. 150 LPI legitima a las entidades de gestión colectiva para ejercer los derechos confiados a su gestión y emprender acciones administrativas o legales que consideren oportunas, en él se expresa que «el demandado sólo podrá fundar su oposición en la falta de representación de la actora, la autorización del titular del derecho exclusivo o el pago de la remuneración correspondiente», por lo que en los asuntos en los que el acto de comunicación pública (o reproducción mecánica, según el caso) no tenga que ver con obras gestionadas por las entidades, estas carecen de legitimación para el cobro de cantidad alguna[114].

112. El 20 de octubre de 2015, el abogado especializado en derecho informático y propiedad intelectual David Bravo comentaba en su cuenta de Twitter: «Mirad lo que dice SGAE en una demanda: *La SGAE defiende y REPRESENTA los derechos de propiedad intelectual de TODOS los autores musicales*».
113. Ureña Salcedo, Juan Antonio: *Régimen público de la gestión colectiva de derechos de autor*, Iustel, Madrid, 2011, p. 141.
114. Veremos a continuación qué implicaciones tiene el carácter exclusivo o no del contrato de adhesión de las entidades de gestión a la hora de afrontar este tema.

Dos años más tarde que el de *Ladinamo*, se produciría otro de los casos más representativos, el del *Bar Radar* y *«La música del Maestro Corberó»* (que se refería a los sonidos producidos por electrodomésticos y cuyas grabaciones eran emitidas en el local). La Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 5 de Madrid 88/10, de fecha 18 de marzo de 2010, absuelve a Radar de la demanda interpuesta conjuntamente por las entidades de gestión AGEDI (productores de fonogramas) y AIE (intérpretes y ejecutantes musicales), con expresa condena en costas a las demandantes, tal y como explica el abogado Javier de la Cueva en su página web[115] y a lo largo de dos interesantes programas de radio que la emisión Ars Sonora de Radio Clásica (RNE) dedicó al «Derecho y Arte Sonoro»[116], reflexionando sobre las relaciones de la creación sonora experimental (género a cuya difusión se dedicaba el Bar Radar) y la propiedad intelectual, con especial hincapié en el tema de las tarifas.

Con anterioridad ya hemos mencionado amonestaciones y apercibimientos a las entidades de gestión en los informes tanto por parte de la CNMC como de AEVAL. Una de las multas más recordada es la que impuso CNC a SGAE en 2012, que se elevó a 1.7 millones de euros por abuso de posición dominante en el mercado de la autorización de la comunicación pública de obras musicales en bodas, bautizos y comuniones[117], aunque la más destacada es la última de las multas impuestas por CNMC a SGAE, en noviembre de 2014, que ascendió a 3.1 millones de euros por abuso de su posición monopolística y la imposición de condiciones abusivas a los promotores musicales (en relación a la tarifa del 10% de la taquilla)[118].

5.1.3. Orden Ministerial para aprobación de la metodología en la determinación de tarifas. Ventanilla única y criterios de reparto

La Ley 21/2014, de 4 de noviembre, viene a modificar sustancialmente algunos aspectos de las materias tratadas en el punto anterior.

115. *http://derecho-Internet.org/node/520* accedido 27-10-15.
116. *http://www.rtve.es/alacarta/audios/ars-sonora/ars-sonora-derecho-arte-sonoro-javier-cueva-14-02-15/2998324/* accedido 27-10-15.
117. Fuente: *http://www.abc.es/20120706/cultura/abci-sgae-multa-comision-nacional-201207061137.html* accedido el 28-10-15.
118. Fuente: *http://www.europapress.es/cultura/musica-00129/noticia-cnmc-impone-multa-31-millones-euros-sgae-tarifas-abusivas-conciertos-20141114142245.html* accedido 27-10-15.

Importantes circunstancias relacionadas con un mayor control sobre el reparto, a favor de una mayor eficiencia y transparencia, se reflejan en la actual redacción del art. 154 LPI, que pasa a tener de dos a nueve párrafos. Por ejemplo, en cuanto a la prescripción para reclamar el reparto de las cantidades recaudadas, actualmente este margen se fija en cinco años (establecido por primera vez por ley), y es así como la Ley 21/2014, de 4 de noviembre, aporta un paso significativo, pero no definitivo, puesto que una futura transposición de la Directiva 2014/26/UE, de 26 de febrero lo tendrá que rebajar a tres años como máximo.

Así mismo, se modifica el apartado 1 del artículo 157, en el que se tratan las tarifas, estableciendo la obligación de negociarlas. El Legislador ha tenido en cuenta tanto la doctrina de los Tribunales como los informes de CNMC y AEVAL a los que hemos hecho referencia anteriormente, y plantea que las tarifas deben atender al uso efectivo y no a la puesta a disposición. En su apartado b), determina que «la metodología para la determinación de las tarifas generales se aprobará mediante orden del Ministerio de Educación, Cultura y Deporte, previo informe de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia y previo acuerdo de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos».

Efectivamente, en base al nuevo artículo 157.1.b), a fecha de 31 de julio de 2015 el Gobierno publicó el borrador de la orden por la que se aprobaría la metodología para la determinación de las tarifas generales en relación con la remuneración exigible por la utilización del repertorio de las entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual[119]. Este documento supuso todo un revuelo en el seno de las sociedades gestoras, que se movilizaron y apresuraron a enviar sus comentarios en contra de esta medida, tanto a sus socios como al propio Ministerio, que tuvo abierto un período de recepción de sugerencias y alegaciones hasta el 18 de agosto de 2015.

Destaca la carta abierta firmada por José Luis Acosta, Presidente de SGAE, con el descriptivo título «Estupor veraniego»[120], en la que muestra «estupor, incredulidad, decepción, sorpresa» ante el borrador del Ministerio, y en la que se despide con unas llamativas palabras:

119. *http://www.mecd.gob.es/servicios-al-ciudadano-mecd/participacion-publica/abiertos/metodologia-tarifas-propiedad-intelectual.html* accedido el 27-10-15.
120. *http://prensa.sgae.es/notas-de-prensa/sgae-fundacion-sgae/1488-estupor-veraniego-tribuna-de-opinion-de-jose-luis-acosta-presidente-de-sgae* accedido el 27-10-15.

> En los últimos días, muchos de los autores y editores socios de la SGAE a quienes represento, no dejan de plantearme la misma cuestión: ¿Alguien obliga a Apple a fijar el precio de sus iPhones según criterios ajenos a sus intereses?
>
> Desafortunadamente, la cuestión es tan obvia que no puedo más que permanecer en estado de estupor y expresar mi total incredulidad con la acción de este Gobierno.

Otro de los comunicados más severos corrió a cargo de la Asociación de Compositores y Autores de Música (ACAM), que en su página web declaraban:

> La pérdida de influencia y peso de SGAE en estos procesos legislativos es una nueva prueba del absoluto desconcierto y falta de gestión en que está sumida nuestra SGAE. […] Si la Dirección General de SGAE y los otrora prestigiosos servicios jurídicos de SGAE estuvieran liderando este proceso, en lugar de estar ocupados con las luchas internas interminables y las imputaciones judiciales infinitas, los autores no verían en peligro un derecho que parece natural: el precio de su obra lo pone el propietario, no el usuario[121].

Lo cierto es que el 24 de julio de 2015, tan solo unos días antes de la publicación del borrador de la orden ministerial, la CNMC declaró la terminación convencional del Expediente sancionador S/0466/13 SGAE Autores[122], conforme a lo previsto en el artículo 52 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia. Aquel expediente se había iniciado a raíz de las denuncias de varios socios de SGAE, en referencia a la configuración de un sistema de descuentos y aplicación de tarifas de contenidos musicales para emisiones en televisión poco transparente. Según la propia Resolución[123]:

> La conducta objeto de las denuncias anteriores consistiría en la imposición o condicionamiento por SGAE de parte de la programación y contenidos de carácter musical que se emiten a través de los medios audiovisuales (cadenas de televisión), auspiciando una injusta utilización preferencial de determinadas obras que forman parte del repertorio ges-

121. *http://autoresacam.es/el-ministerio-de-cultura-pone-en-peligro-el-futuro-de-sgae-estableciendo-sus-tarifas/* accedido el 27-10-15.
122. *http://cnmc.es/Portals/0/Notas%20de%20prensa/20150724_NP_TC_Compromisos_SGAE.pdf* accedido el 28-10-15.
123. *http://cnmc.es/desktopmodules/buscadorexpedientes/mostrarfichero.aspx?dueno=1&codigoMetadato=647040* accedido el 28-10-15.

> tionado por esta entidad. La fórmula que SGAE habría utilizado para ello, según los denunciantes, habría sido la inclusión en los contratos con algunos operadores de televisión de unas cláusulas de buenas prácticas, a través de las que se condicionaba la utilización, por parte de los operadores de televisión firmantes, de los derechos de reproducción y comunicación pública correspondientes a autores y editores de obras musicales.

Este asunto, relacionado con el escándalo conocido como «la rueda de las televisiones»[124] que ya destapara en 2013 el entonces Presidente de SGAE Antón Reixa[125], conllevó un cambio en el Reglamento de SGAE con fecha del 5 de febrero de 2015[126] respecto precisamente del reparto referente a emisiones televisivas.

Siguiendo con las obligaciones impuestas a las entidades de gestión en el art. 157, su apartado 1.e) establece la obligación de:

> participar en la creación, gestión, financiación y mantenimiento de una ventanilla única de facturación y pago, accesible a través de Internet, en los plazos y condiciones determinados en la normativa en vigor, y en la cual los usuarios del repertorio de las entidades de gestión puedan conocer de forma actualizada el coste individual y total a satisfacer al conjunto de dichas entidades, como resultado de la aplicación de las tarifas generales a su actividad, y realizar el pago correspondiente.

Una primera aproximación a esta ventanilla única ya se inició en el año 2003 con la coalición entre AGEDI y AIE a fin de facilitar el trámite de obtención de las licencias a los usuarios, aunque ahora la ley obliga a la creación de una ventanilla única universal con respecto a la recaudación y facturación de todas las sociedades gestoras. Deberá ser, tal y como se expresa en la Disposición adicional primera de la Ley 21/2014, de 4 de noviembre, gestionada por una persona jurídica privada sin que ninguna entidad de gestión ostente capacidad para controlar la toma de decisiones, y deberá prestar sus servicios en condiciones objetivas, transparentes y no discriminatorias.

---

124. *http://cultura.elpais.com/cultura/2013/06/28/actualidad/1372432469_780611.html* accedido el 28-10-15.
125. *http://cultura.elpais.com/cultura/2013/03/15/actualidad/1363380899_078784.html* accedido el 28-10-15.
126. *http://www.sgae.es/Documentos%20compartidos/Somos%20SGAE/REGLAMENTO_abril_2015.pdf* accedido el 28-10-15.

Cabría subrayar que, por el uso de una misma obra, se produce un doble cobro de licencias: las cadenas pagan a SGAE y a AIE/AGEDI por emitir música, y los hosteleros pagan a SGAE y a la coalición AIE/AGEDI por comunicar esa misma música a través de sus aparatos de radio y/o televisión.

5.2. CONTRATO DE GESTIÓN

Las entidades de gestión colectiva suscriben dos tipos de contratos: uno con los usuarios y otro con los titulares de derechos. Es este último tipo de contrato al que nos vamos a referir en las próximas líneas. El creador, al asociarse a una entidad de gestión colectiva, encomienda a esta la gestión de sus derechos de explotación, que, dependiendo de con qué entidad suscriban el contrato, puede ser o no por obra.

Tal y como explica Mónica Saucedo Rivadeneyra:

> en las últimas décadas se ha desarrollado una nueva forma de contratar, denominada contratación en masa, en serie o estandarizada, cuyos destacados exponentes son los contratos celebrados por adhesión. Si bien el contrato de gestión debería ser el resultado de las negociaciones seguidas entre el titular de los derechos y la entidad, como cualquier otro, la práctica demuestra que las entidades de gestión predisponen el contenido contractual limitándose el titular a adherirse a él[127].

Esa es la razón por la que más que de contrato de gestión, se habla de contrato de adhesión, puesto que el documento contiene unas condiciones innegociables, previa y unilateralmente establecidas por la entidad.

Tan solo DAMA, VEGAP y CEDRO permiten actualmente la llamada «gestión por obra». La contratación en exclusiva por todo el repertorio supone algunos impedimentos a aquellos creadores que desean en un momento dado de sus carreras, y para alguna obra en concreto, elegir por ejemplo algún tipo de licencias libres para su divulgación. Para analizar las repercusiones de este tipo de contratos, nos referiremos al

127. Saucedo Rivadeneyra, Mónica: «La gestión colectiva de los derechos de autor en el ámbito internacional: régimen jurídico general y contractual», Tesis doctoral, Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 2012, p. 375. Disponible en: *http://eprints.ucm.es/16323/1/T33941.pdf* accedido el 27-10-15.

caso concreto de SGAE[128]. Un autor, al adherirse, le otorga mandato exclusivo y, en virtud de la tercera cláusula del contrato de gestión[129], se compromete a delegar la gestión de la totalidad su repertorio a la entidad:

> El presente contrato se extiende a todas las obras originales o derivadas sobre las que TITULAR ostente algunos de los derechos mencionados en la cláusula anterior, al tiempo de su incorporación a la ENTIDAD. Respecto de las obras futuras, tanto originales como derivadas, TITULAR se obliga a incluirlas dentro de este contrato en tanto el mismo se encuentre vigente.

SGAE argumenta que esta es la mejor manera de facilitar la operatividad de la gestión del repertorio del socio mientras el contrato se encuentre vigente.

Sin embargo cabría reflexionar sobre hasta qué punto es lícito contratar la gestión de todo el repertorio, teniendo en cuenta que según el art. 153 de la Ley 21/2014, de 4 de noviembre (algo que ya aparecía en el TRLPI antes de su modificación), la entidad no «podrá imponer como obligatoria la gestión de todas las modalidades de explotación ni la de la totalidad de la obra o producción futura».

Respecto a las modalidades de explotación, así como al territorio, por defecto, y en virtud de la cláusula séptima del contrato de gestión de SGAE, «la cesión y mandato otorgados a ENTIDAD en el presente contrato lo son para todos los países del mundo», sin expresar nada más a continuación. Sin embargo, es al final del documento cuando encontramos en una nota a pie de página, la siguiente advertencia:

> Cuando el TITULAR, al amparo de lo establecido en la cláusula OCTAVA del presente contrato, limite la cesión o mandato en alguna de las formas mencionadas en el artículo 14, apartados 3º y 4º de los Estatutos

128. Será reseñable el caso de las autoproducciones, tanto en cuanto a la celebración de espectáculos en vivo en los que el propio artista sea el promotor del concierto, y autor de las canciones interpretadas, como en cuanto a los casos de actos de reproducción mecánica en los que el productor fonográfico sea también el autor de las obras fijadas. Mediante un contrato de exclusividad se da la circunstancia de que el propio autor debe abonar a SGAE la tarifa correspondiente en cada caso, para que la entidad se la haga llegar al autor, o sea, a él mismo, previa deducción del porcentaje por recaudación y administración.
129. *http://sgae-documentos.s3.amazonaws.com/PDF_SGAE_2013/Socios/Contrato_de_gestion/Autor_Solicitud_de_ingreso_569.pdf* accedido el 28-10-15.

> de ENTIDAD, se utilizará el Anexo 1 del presente contrato para hacer constar las categorías y territorios administrados.

Y remite así al autor a revisar otros documentos, los Estatutos antes referenciados, para observar en el art. 14, punto 3 que:

> el otorgante podrá limitar la cesión y, en su caso, el mandato en los siguientes supuestos: (A) Cuando dicho otorgante sea nacional de un país del Espacio Económico Europeo, y la exclusión del contrato se refiera: a) a una o varias de las categorías de obras, derechos y formas de explotación que se describen en el siguiente ordinal 4º; b) o a determinados territorios, para una o varias de dichas categorías, a condición de que: a1) en la hipótesis a), los derechos excluidos de la cesión o el mandato se confíen a una o varias entidades de gestión, b1) y en la hipótesis b), los territorios no cubiertos por el contrato lo sean por otra u otras entidades de gestión, salvo que se trate de territorios no pertenecientes al Espacio Económico Europeo y que sean objeto de la gestión directa de la Sociedad o en los que esta haya realizado inversiones y las dificultades de gestión del repertorio concernido hagan indispensable la unidad del repertorio, en cuyos casos será necesario un acuerdo del Consejo de Dirección.

En otras palabras, será posible que, en determinados casos, el autor decida tanto el territorio como el tipo de derechos cuya gestión desea poner en manos de SGAE. Lo que, en nuestra opinión, sería reprochable es la falta de claridad y las trabas para que el autor que se adhiere a la entidad, comprenda plenamente esta circunstancia.

Otro de los asuntos que se modifica con la Ley 21/2014, de 4 de noviembre, en referencia al contrato de gestión tiene que ver con su duración, quedando rebajada en el art. 153 de cinco a tres años, así como en lo referente a los plazos de renovación, que quedan establecidos ahora en prórrogas anuales, en lugar de los cinco años que se preveían anteriormente: «La gestión de los derechos será encomendada por sus titulares a la entidad de gestión mediante contrato cuya duración no podrá ser superior a tres años renovables por períodos de un año». Sin embargo, una vez más, tal y como ocurría en referencia a la prescripción para reclamar el reparto pendiente, la modificación de la ley se queda corta, puesto que la Directiva 2014/26/UE de 26 de febrero establece que los socios podrán resolver su contrato de gestión con preaviso de seis meses.

5.3. INFRACCIONES Y SANCIONES

En cuanto a las infracciones y las posibles sanciones establecidas, reguladas en los artículos 162 *bis*, 162 ter y 162 quáter de la Ley 21/2014, de 4 de noviembre, sería reseñable mencionar la dureza de las sanciones económicas, aunque, sin embargo, dichas multas (incluso la inhabilitación en algún caso) se aplicarían a las entidades de gestión colectiva y no a los administradores responsables de las infracciones que dieran lugar a la correspondiente sanción. Nos quedamos, pues, con la reflexión de Bercovitz en su ponencia a la que hemos venido aludiendo:

> ¿Qué es lo que entonces pueden hacer los socios que se encuentran con que su entidad ha llegado a una situación catastrófica fruto de una actuación catastrófica? Pues casi tienen interés en ocultarlo porque lo único que va a ocurrir es que les van a multar, al multar a la entidad.

Conviene recordar que los socios de SGAE rechazaron en Asamblea las cuentas del ejercicio 2013, y que incluso públicamente el Presidente de ACAM (Asociación de Compositores y Autores de Música) mostró entonces la intención de interponer una denuncia sobre la gestión del «pendiente de identificación»[130]. En efecto, y al hilo de la reflexión de Bercovitz, nos viene al recuerdo la carta de José Luis Acosta, Presidente de SGAE, dirigida a los socios con fecha del 12 de junio de 2015[131]. En ella expone las consecuencias negativas que comportaría una nueva reprobación de las cuentas, y pide a los socios que aprueben estas en la siguiente Asamblea. Destacamos un extracto:

> Desde una perspectiva económica y financiera se produciría un incremento de la dificultad para la obtención de financiación bancaria, en la negociación de riesgos, recibos al cobro, etc., a lo que se añadiría el incumplimiento de la obligación formal de presentar a los bancos nuestras cuentas anuales. Ante un segundo rechazo, la no presentación de cuentas podría ocasionar que nos exigieran el repago de la deuda contraída por Fundación, dado que la misma se encuentra garantizada por SGAE, repago que no podríamos asumir sin afectar sensiblemente el reparto de los derechos. Desafortunadamente, las consecuencias negativas de una hipotética no aprobación de las Cuentas no quedarían

130. *http://www.elmundo.es/cultura/2014/06/13/539a1eb5268e3e96358b4571.html* accedido el 28-10-15.

131. *http://www.teenvio.com/v3/estadisticas/lee.php?id_envio=3335&id_c=sgae&id_contacto=31262&key=8797935ddbe2fa73984cd57fff34e342* accedido el 28-10-15.

ahí y contribuirían a incrementar exponencialmente el deterioro de la ya dañada imagen de la entidad, que se traduciría en desconfianza y desprestigio ante las entidades internacionales, con todos los riesgos y apertura de frentes que ello podría generar. Desde la óptica de nuestros clientes y usuarios, más informaciones en los medios que trasmitan nuevamente conflicto, discusión y discrepancias internas, dificultarán aún más, la ya ardua tarea recaudatoria que realizan todos los días nuestros representantes distribuidos por todo el territorio. Las dudas sobre el destino de sus pagos, avaladas por las noticias que cada vez con más frecuencia se publican en prensa sobre situaciones del pasado, convierten en una verdadera odisea el cobro de tus derechos, especialmente en momentos de una crisis económica como la que estamos padeciendo. Como ves, las secuelas de un rechazo a las cuentas el próximo día 25 no solo son importantes y serias para las liquidaciones de los socios, sino también para la viabilidad de la propia SGAE. Seguramente ya habrías valorado estas posibles circunstancias, pero que he querido compartirlas contigo, para que en el legítimo y democrático ejercicio de tu responsabilidad las tengas en cuenta a la hora de tomar tu decisión.

Trece días después del envío de esta carta, tanto la gestión como las cuentas de SGAE de los Ejercicios 2013 y 2014, fueron aprobadas en Asamblea General Ordinaria[132].

5.4. LAS COMPETENCIAS TERRITORIALES. EL CASO DE EKKI

Pocos días antes de la aprobación de la Ley 21/2014, de 4 de noviembre, se publicó en el Boletín Oficial del País Vasco la Resolución de 20 de octubre de 2014, del Director de Patrimonio Cultural, por la que se *«autoriza a la entidad de gestión de derechos de propiedad intelectual Euskal Kulturgileen Kidegoa (EKKI) para actuar, de manera exclusiva o mayoritariamente, en el ámbito de la Comunidad Autónoma del País Vasco, como entidad de gestión de los derechos reconocidos en la Ley de Propiedad Intelectual»*[133].

Se trata de una resolución basada en el Estatuto de Autonomía para el País Vasco, aprobado por Ley Orgánica 3/1979, de 18 de diciembre, que dispone en su artículo 12.4ª que corresponde a la Comunidad Autó-

132. *http://www.teenvio.com/v3/estadisticas/lee.php?id_envio=3346&id_c=sgae&id_contacto=31262&key=45e32519ea6f9736dd3d5957e999e38c* accedido el 28-10-15.
133. *http://www.lehendakaritza.ejgv.euskadi.net/r48-bopv2/es/bopv2/datos/2014/10/1404427a.shtml* accedido el 27-10-15.

noma del País Vasco la ejecución de la legislación del Estado en materia de Propiedad Intelectual.

EKKI, en ese contexto, se ha constituido como una federación de cinco asociaciones (Euskal Idazleen Elkartea –EIE–, Euskal Editoreen Elkartea –EEE–, Musikari Euskal Herriko musikariak, Bertsozale Elkartea e Irudika Euskal Irudigileen Elkarte Profesionala) que representan a los escritores, editores, músicos, *bertsolaris* y creadores visuales del País Vasco.

Bercovitz, en la misma ponencia a la que antes aludíamos, clarifica el marco jurídico en el que fue posible autorizar a EKKI, y explica las consecuencias de la reforma de la LPI en referencia a este tema, ya que la determinación de la administración competente se aborda en el nuevo art. 159. Anteriormente, y a raíz de la Sentencia del Tribunal Constitucional 196/1997, de fecha 13 de noviembre de 1997 (RTC 1997, 196) (que permite al Estado *«retener, con carácter general, la competencia autorizatoria y revocatoria de aquellas entidades, en la medida en que tal competencia no es reconducible sin más al ámbito de la competencia ejecutiva que en materia de propiedad intelectual pueden asumir las Comunidades Autónomas»*), se derogó parcialmente el art. 159 anterior, de forma que, si bien la legislación sobre propiedad intelectual es competencia del Estado, la ejecución quedaba en manos de las comunidades autónomas. Es en ese contexto en el que surge EKKI.

De cualquier forma, la nueva redacción del art. 159 establece que la competencia tanto para la comprobación del cumplimiento de los requisitos legales al inicio de la actividad de las entidades de gestión colectiva, como para la inhabilitación legal para operar, así como para la aprobación y modificación de sus estatutos, corresponde al Ministerio de Educación, Cultura y Deporte. Esta nueva redacción se basa en la Sentencia de Tribunal Constitucional 31/2010 de fecha 28 de junio de 2010 (RTC 2010, 31)[134] que impugna el apartado 1.b) del art. 155 del Estatuto de Cataluña[135] en virtud del cual correspondía a la Generalidad de Cataluña la competencia ejecutiva en materia de Propiedad Intelectual, que, según dicho apartado 1.b), incluye en todo caso *«la autorización y la revocación de las entidades de gestión colectiva de los derechos de propiedad intelectual que*

134. *http://www.tribunalconstitucional.es/es/jurisprudencia/Paginas/Sentencia.aspx?cod=16119* accedido el 27-10-15.
135. *http://www.gencat.net:8000/generalitat/cas/estatut/titol_4.htm* accedido el 27-10-15.

actúen mayoritariamente en Cataluña, así como asumir tareas complementarias de inspección y control de la actividad de dichas entidades».

Las competencias de las comunidades autónomas quedan actualmente limitadas, pues, a las funciones de inspección, vigilancia y control de las entidades de gestión que operen *principalmente* en su marco territorial. Se especifica, además, que *«se considerará que una entidad de gestión de derechos de propiedad intelectual actúa principalmente en una Comunidad Autónoma cuando su domicilio social y el domicilio fiscal de al menos el 50 por ciento de sus socios se encuentren en el territorio de dicha Comunidad Autónoma, y el principal ámbito de recaudación de la remuneración de los derechos confiados a su gestión se circunscriba a dicho territorio. Se entenderá por principal ámbito de recaudación aquel de donde proceda más del 60 por ciento de ésta, siendo revisable bienalmente el cumplimiento de esta condición».*

Bercovitz indica que, tras la entrada en vigor de la Ley 21/2014, de 4 de noviembre, la autorización y la revocación de la autorización de los estatutos de entidades de gestión ha sido reservada por el Estado. En el caso de EKKI su constitución sería legal y, tras la entrada en vigor de la reforma de la LPI, y como consecuencia de su reflexión anterior, sería el Ministerio el que «tiene la competencia para cancelar la autorización que el Gobierno del País Vasco ha dado a esa entidad de gestión de los derechos de propiedad intelectual» y añade que «otra cosa es la oportunidad política». Habría que matizar esta afirmación sobre la «oportunidad política» y entender que nos referiríamos en todo caso al artículo 149 del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual que no habla de ningún acto discrecional sino que señala que «la autorización podrá ser revocada por el Ministerio de Cultura si sobreviniera o se pusiera de manifiesto algún hecho que pudiera haber originado la denegación de la autorización, o si la entidad de gestión incumpliera gravemente las obligaciones establecidas en este Título».

Creemos importante subrayar que el surgimiento de EKKI supone una nueva ruptura del monopolio de SGAE, situación que ya se produjo en el año 1999 con el nacimiento de DAMA en el ámbito de los directores y guionistas audiovisuales.

VI. EL ENTORNO EUROPEO

6.1. MODIFICACIÓN DE LEYES ESTATALES

Mientras en la Unión europea se lleva a cabo el intenso debate sobre la revisión de la Directiva 2001/29/CE, de 22 de mayo, varios Estados miembros modifican en estos meses sus legislaciones en materia de propiedad intelectual.

El 17 de julio de 2015 el Tribunal Superior del Reino Unido, ratificaba la ilegalidad de la excepción de copia privada en ese país, en una nueva sentencia[136] del Caso CO/5444/2014 posterior a del 19 de junio de 2015[137].

El 5 de julio de 2015 Portugal reformó el sistema de copia privada mediante una nueva legislación que extiende la gama de dispositivos gravados con canon. Así mismo, amplía las excepciones al pago de la remuneración compensatoria en el caso de ciertas categorías profesionales.

El 1 de octubre de 2015 entró en vigor una nueva ley en Austria, que, de la misma forma que en el caso de Portugal, amplía la lista de dispositivos sujetos al pago de la compensación por copia privada. Así mismo se ha tenido en cuenta la llamada Sentencia *Luksan*[138] para modificar la normativa sobre derechos de autor en el ámbito de las obras cinematográficas[139]. En este mismo sentido, también en Holanda se ha aprobado una ley en la que se incluyen disposiciones que asegurarán a guionistas y directores de obras audiovisuales una remuneración justa por el uso de sus obras. La nueva normativa contempla la necesidad de la especificación por escrito en los contratos acordados por las partes, de cuáles son los derechos cedidos. Se configura también el derecho irrenunciable a una remuneración justa con licencia de gestión colectiva obligatoria para la retransmisión y radiodifusión[140].

---

136. *http://adepi.net/wp-content/uploads/2015/07/APPROVED_JUDGMENT_BASCA_second_hearing.pdf* accedido el 28-10-15.
137. *http://adepi.net/wp-content/uploads/2015/06/basca-v-sofs-bis-judgment.pdf* accedido el 28-10-15.
138. *http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:62010CJ0277&from=ES* accedido el 28-10-15.
139. Fuente: *http://institutoautor.org/story.php?id=2819* accedido el 28-10-15.
140. Fuente: *http://www.institutoautor.org/story/Los-pases-europeos-de-nuestro-entorno-actualizan-su-legislacin-sobre-derecho-de-autor_4272* accedido el 28-10-15.

6.2. EXPERIENCIAS ALTERNATIVAS EN LA GESTIÓN COLECTIVA EUROPEA

6.2.1. Acuerdos entre Creative Commons (CC) y algunas entidades de gestión

Ya desde hace algunos años se vienen produciendo acuerdos de colaboración entre sociedades gestoras europeas y la organización Creative Commons. El primer proyecto piloto fue adoptado en 2007 por BUMA/STEMRA[141] (Holanda). Mediante el mismo, se permite a los autores ya socios de la entidad, poner a disposición del público sus obras bajo licencias CC, así como la admisión en la entidad de autores que optan por licenciar todo su repertorio bajo CC. Como curiosidad, además de ser pionera en la colaboración con CC, BUMA/STEMRA ha sido la primera entidad de gestión colectiva que ha conseguido alcanzar los estándares de calidad marcados por la European Contact Centre Standard (ECCS)[142], valorando su transparencia, eficiencia y calidad de los servicios ofrecidos.

En 2008 KODA[143] (Dinamarca), en 2009 STIM[144] (Suecia) y en 2012 SACEM[145] (Francia) se sumaron a estos proyectos piloto. En todos los casos, las licencias CC admitidas son bajo la cláusula NC (no comercial), que impiden el uso comercial de las obras.

6.2.2. C3S SCE

C3S SCE[146] se constituyó el 25 de septiembre de 2013 como Sociedad Cooperativa Europea (SCE) bajo la normativa 1435/2003 de 22 de julio de 2003 (Statute for a European Cooperative Society). Esto le permitirá operar y establecer sucursales en cualquier Estado miembro, y los ciudadanos de cualquier Estado miembro tendrán el derecho de asociarse a la cooperativa. Bajo esta premisa vemos surgir el primer intento de entidad

141. *http://creativecommons.org/weblog/entry/7622* accedido el 28-10-15.
142. *http://www.authorsocieties.eu/mediaroom/168/33/Buma-Stemra-to-comply-with-the-European-quality-standard-ECCS* accedido el 28-10-15.
143. *http://creativecommons.org/weblog/entry/8012* accedido el 28-10-15.
144. *https://www.stim.se/sv/pressmeddelanden/stim-forst-i-sverige-med-creative-commons-licens* accedido el 28-10-15.
145. *http://creativecommons.org/weblog/entry/31205* accedido el 28-10-15.
146. *https://www.c3s.cc/en/* accedido el 28-10-15.

gestora a nivel paneuropeo, que se diferencia sustancialmente con las de su entorno en varios aspectos:

C3S ofrece un contrato de no exclusividad, y gestionará tanto obras para las que el autor se reserve todos los derechos, como para las licenciadas bajo Creative Commons. En su seno no admitirá a compañías editoriales, sino solo a autores individuales, que ostentarán un voto cada uno, independientemente de los derechos que generen. Una de sus apuestas más fuertes, en consonancia con las recomendaciones de la Comisión Europea, es la inversión en tecnología para monitorización y reconocimiento de obras, con el objeto de resultar más efectiva en la identificación de los titulares y el reparto de derechos. Se estima que pueda comenzar a funcionar como entidad gestora a principios de 2016.

ÍNDICE BIBLIOGRÁFICO

Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo, *et al.: Comentarios a la Ley de propiedad Intelectual,* Tecnos, Madrid, 2007.

– *Et al.: Manual de propiedad intelectual, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.*

Bourkaib Fernández de Córdoba, Álvaro: «Algunas reflexiones a propósito de la Directiva 2011/77/UE», *Actualidad Jurídica* (1578-956X), nº 31, 2012.

Bravo Bueno, David: *Copia este libro*, Dmem S.L., Málaga, 2005.

Coll i Rodríguez, Josep: *Manual de supervivencia: negociación de contratos discográficos, editoriales-management, cesión de derechos de imagen y actuación,* Asesoría jurídica de las artes, Barcelona, 2007.

De Román Pérez, Raquel: *Obras musicales, compositores, intérpretes y nuevas tecnologías*, Editorial Reus, Madrid, 2003.

García Aristegui, David: *¿Por qué Marx no habló de copyright?,* Enclave de libros, Madrid, 2014.

Gómez Rosendo del Toro, Antonio: *El derecho de autor en la Unión Europea*, Fundación Autor, Madrid, 2006.

Joo, Thomas Wuil: «Remix Without Romance», *Connecticut Law Review*, University of Connecticut (Estados Unidos), vol. 44, nº 2, 2011.

Malka, Richard: *La gratuité, c'est le vol. 2015: La fin du droit d'auteur,* Syndicat national de l'édition, Francia, 2015.

Mcleod, K. y Dicola, P.: *Criminales del copyright*, Hoja de Lata, Gijón, 2014.

Miró Llinares, Fernando: «El futuro de la propiedad intelectual desde su pasado. La historia de los derechos de autor y su porvenir ante la revolución de Internet», *Revista de la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de Elche*, Volumen 1, nº 2, 2007, pp. 103-155.

– *Internet y delitos contra la propiedad intelectual, Fundación Autor, Madrid, 2005.*

Saucedo Rivadeneyra, Mónica: «La gestión colectiva de los derechos de autor en el ámbito internacional: régimen jurídico general y contractual», Tesis doctoral, Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 2012.

Segí Moreno, María: «El impacto del cambio de paradigma en el modelo de negocio de la música pop», *Culturas. Revista de Gestión Cultural*, vol. 2, nº 1, Valencia, 2015, pp. 1-20.

Susaeta, P. y Trinidad, P.: *El negocio de la música contado por los profesionales del sector,* Fundación Autor, Madrid, 2005.

– *El negocio de la música: Guía práctica sobre el entorno profesional y legal del músico, Fundación Autor, Madrid, 2005.*

Ureña Salcedo, Juan Antonio: *Régimen público de la gestión colectiva de derechos de autor,* Iustel, Madrid, 2011.

Valdunciel, M., Sádaba, I. *et al.: La tragedia del copyright, bien común propiedad intelectual y crisis de la industria cultural,* Virus, Barcelona, 2013.

ADENDA

Desde la finalización de este artículo (octubre de 2015) hasta la fecha de la revisión para su publicación (julio de 2016), se han sucedido acontecimientos de relevancia que creemos necesario mencionar en esta adenda con el fin de actualizar ciertos puntos tratados a lo largo del texto.

El 4 de diciembre de 2015 se publica en el Boletín Oficial del Estado la Orden ECD/2574/2015, de 2 de diciembre[147], por la que se aprueba la metodología para la determinación de las tarifas generales en relación con la remuneración exigible por la utilización del repertorio de las entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual.

El 9 de diciembre de 2015 la Comisión Europea presenta un plan de acción para modernizar las normas sobre propiedad intelectual, esperando, entre otras cuestiones, que «la portabilidad transfronteriza, un nuevo derecho de la Unión Europea para los consumidores, sea una realidad en 2017»[148].

El 31 de marzo de 2016, José Luis Acosta hace pública su dimisión como Presidente de SGAE. Miguel Hermoso ocupa la presidencia de forma interina desde esa fecha y hasta que se designa a José Miguel Fernández Sastrón, por votación directa en una Junta Directiva Extraordinaria reunida el 20 de abril. Ya bajo el mandato de Sastrón, la Asamblea General de la entidad aprueba el 23 de junio las cuentas anuales, así como las modificaciones estatutarias necesarias para adecuarse a la Ley 21/2014, de 4 de noviembre (modificaciones que habían sido rechazadas por los socios en Asamblea General extraordinaria celebrada bajo el mandato de Acosta, el 18 de febrero).

Esta reforma estatutaria, indispensable para adecuarse a la Ley 21/2014, de 4 de noviembre, llega año y medio después de la entrada en vigor de esta. En lo concerniente a la actualización de este texto, hemos de señalar la modificación en el antiguo artículo 81 f) de los Estatutos de SGAE, referente a los recursos económicos de la entidad, y en concreto a los derechos pendientes de identificación, que ahora desaparecen de la redacción del actual artículo 78. Así mismo, y en referencia al contrato de gestión, desaparecen del artículo 14 de los Estatutos de la entidad ciertas acotaciones en los supuestos por los que el otorgante puede limitar la cesión y, en su caso, el mandato, en cuanto a territorios y categorías de derechos. Los nuevos estatutos aún no están disponibles públicamente a través de la página web de SGAE.

147. *https://www.boe.es/boe/dias/2015/12/04/pdfs/BOE-A-2015-13139.pdf* accedido el 19-07-16.
148. *http://europa.eu/rapid/press-release_IP-15-6261_es.htm* accedido el 19-07-16.

El 3 de junio de 2016, SACEM y SOCAM (la sociedad de autores, compositores y editores musicales de Canadá) firman un acuerdo[149] mediante el que por primera vez una entidad europea es designada para representar los derechos digitales de una entidad gestora de derechos musicales de Norteamérica sobre licencias paneuropeas, a través de Armonia. Varios días después, el 20 de junio, la entidad gestora austriaca AKM se incorpora también a esta plataforma[150].

Respecto al sistema de compensación equitativa por copia privada en España, el 9 de junio de 2016 se conoce la Sentencia del TJUE en el asunto C-470/14 (Entidad de Gestión de Derechos de los Productores Audiovisuales (EGEDA) y otros/Administración del Estado y otros) de 9 de junio de 2016[151], en la que el Tribunal responde a una cuestión prejudicial elevada por el Tribunal Supremo de España, declarando que la Directiva 2001/29/CE, de 22 de mayo «debe interpretarse en el sentido de que se opone a un sistema de compensación equitativa por copia privada que, como el controvertido en el litigio principal, está sufragado con cargo a los Presupuestos Generales del Estado, sin que resulte por ello posible asegurar que el coste de dicha compensación equitativa sea soportado por los usuarios de copias privadas».

Desde el 23 de marzo y hasta el 15 de junio de 2016 permanece abierta una nueva consulta promovida por la Comisión Europea, en esta ocasión con el fin de recabar la opinión de las partes interesadas en relación a dos cuestiones: la asimétrica implantación de la llamada «libertad de panorama», y la evaluación del posible impacto que provocaría la creación de un nuevo derecho conexo en favor de los editores. Los resultados de esta consulta aún no han sido publicados.

149. Fuente: *http://www.authorsocieties.eu/mediaroom/254/33/Sacem-and-Socan-sign-transatlantic-agreement* accedido el 19-07-16.
150. Fuente: *http://www.sgae.es/es-ES/SitePages/EstaPasandoDetalleActualidad.aspx?i=1019&s=5* accedido el 19-07-16.
151. *http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text&docid=179784&pageIndex=0&doclang=ES&mode=req&dir&occ=first&part=1&cid=909160* accedido el 19-07-2016.

Legislación de inmunidad contra la incautación

ANNA O'CONNELL

Abogada británica y Profesora invitada de Derecho del Arte en la Escuela de Economía y Ciencias Políticas de Londres (London School of Economics and Political Science)

Asesora experta del Gobierno británico para la Aprobación de museos y galerías con arreglo a la Ley de inmunidad contra la incautación del Reino Unido

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. RIESGOS DE LA INCAUTACIÓN. *2.1. Incautación de una obra de arte por un acreedor del prestamista/propietario. 2.2. Incautación de una obra de arte por un demandante que reivindica la titularidad de la obra. 2.3. Incautación de una obra de arte en el transcurso de un litigio matrimonial.* III. CONTEXTO INTERNACIONAL. IV. EL PROCEDIMIENTO PARA OBTENER PROTECCIÓN DE INMUNIDAD CONTRA LA INCAUTACIÓN. *4.1. Protección de inmunidad tras una solicitud.* 4.1.1. Caso práctico: Estados Unidos (Ley Federal). *4.2. Protección de inmunidad automática.* 4.2.1. Caso práctico: Estado de Nueva York. *4.3. Protección de inmunidad tras la aprobación y publicación.* 4.3.1. Caso práctico: Reino Unido. 4.3.2. Procedimiento. 4.3.3. Objetos protegidos. 4.3.4. Efecto de la protección. V. FORMAS ALTERNATIVAS DE REPARACIÓN JURÍDICA. VI. CONCLUSIÓN.

I. INTRODUCCIÓN

Las exposiciones temporales son una actividad vital para muchos museos y desempeñan un papel fundamental en el acercamiento del museo a públicos más amplios. Además de ser muy populares entre el público, son un medio eficaz para que los museos cumplan su obligación de educar, así como una fuente de ingresos importante. Una exposición temporal conlleva que un museo o galería reúna un conjunto de obras de un artista o cultura en concreto en función del tema de la exhibición. Con frecuencia será necesario pedir prestadas colecciones de arte que se encuentran en el extranjero. No obstante, pedir prestadas obras de arte a prestamistas extranjeros dista mucho

de ser una tarea fácil. Los prestamistas pueden mostrarse reacios a enviar su arte al extranjero por miedo a que sea incautado con arreglo un auto judicial en procedimientos judiciales iniciados por un tercero. Para el prestamista, el riesgo de que sus obras puedan ser incautadas no solo está en que no pueda recuperarlas durante un período de tiempo prolongado (si es que las llega a recuperar), sino también en que pueda verse obligado a pagar importantes costos judiciales para establecer su derecho sobre ellas. Asimismo, cuando los artículos objeto de préstamo sean frágiles, el riesgo de incautación se une el riesgo de que se dañen las propias obras.

La amenaza de que un tercero se incaute de obras de arte al prestarlas al extranjero ha impulsado a muchos países de Europa y de otras partes del mundo a introducir legislación que ofrezca protección de inmunidad contra la incautación a obras de arte en préstamo a exposiciones temporales. El objetivo de una ley de inmunidad contra la incautación es proporcionar seguridad o garantías a los prestamistas de que las obras que presten no estarán sujetas a una incautación judicial ni a ningún otro impedimento de los tribunales mientras se encuentren en la jurisdicción del prestatario.

Sin embargo, las leyes de inmunidad contra la incautación no están exentas de controversia y plantean importantes problemas morales, éticos y jurídicos. Algunos argumentan que el fortalecimiento de un régimen jurídico de inmunidad contra la incautación interfiere con la libertad del individuo de entablar una acción legal. Por ejemplo, es probable que la legislación impida que se reivindiquen obras de arte que, desde el punto de vista del demandante, no se puedan reivindicar tan fácilmente en el país en el que las obras están situadas de manera habitual. Esto puede suponer un problema en concreto en el caso de solicitudes de restitución, sin mencionar las reivindicaciones de los supervivientes del Holocausto y sus familias.

De hecho, la controversia relativa a la protección proporcionada por la legislación en materia de inmunidad contra la incautación surge en el contexto más amplio del conflicto entre los países de Derecho anglosajón (*common law*) y Derecho civil en lo que respecta a la transferencia de bienes robados y la cuestión subsiguiente de búsqueda del

foro más ventajoso. Existen diferencias en el enfoque de los países de Derecho anglosajón y de Derecho civil en lo relativo a si el derecho legal a la propiedad lo debería tener el comprador de buena fe de una obra de arte robada o el propietario original. Los países de Derecho civil como Francia e Italia por lo general favorecen al comprador de buena fe conforme a una política que fomenta la certeza comercial, mientras que los países de derecho anglosajón como Estados Unidos y Reino Unido en general favorecen al propietario original[1]. Por lo tanto, en la práctica, en determinados países de Derecho civil puede ser difícil recuperar una obra de arte robada o saqueada y en muchos casos un demandante potencial tiene muchas más posibilidades de que la reivindicación tenga éxito en un país de Derecho anglosajón.

También se plantean consideraciones importantes de índole jurídica. Por ejemplo, algunos se cuestionan si las leyes de inmunidad contra la incautación están en conflicto si no ya con la letra al menos con el espíritu de numerosos instrumentos jurídicos aprobados o vigentes en los países en los que operan. Por ejemplo, al dificultar los

1. Por ejemplo, las naciones de Derecho civil europeas discrepan en el tiempo que el comprador de buena fe está obligado a poseer un objeto antes de adquirir la titularidad. En Francia, la víctima del robo tiene tres años desde la fecha del robo para reclamar un artículo robado a cualquier persona que descubra que lo posea. El plazo de tres años comienza a partir de la fecha de la pérdida o el robo, no desde la fecha de la compra de buena fe. En Italia, la ley ofrece una protección aún mayor al comprador de buena fe, quien adquiere la titularidad de manera inmediata tras la compra. En cambio, en Estados Unidos, las leyes de muchos estados retrasan el derecho a interponer una acción judicial puesto que reconocen que, normalmente, un propietario tarda muchos años en localizar y solicitar la restitución de una obra robada. Algunos estados, como el estado de California, han aprobado la «norma del descubrimiento» conforme a la cual el período de prescripción surge cuando la víctima del robo tenga conocimiento o debiera haber tenido conocimiento razonablemente del paradero de la obra de arte. El derecho a beneficiarse de la «norma del descubrimiento» depende de si el demandante empleó diligencia debida para recuperar las pinturas en el momento del presunto robo y con posterioridad. El estado de Nueva York ha rechazado la «norma del descubrimiento» en favor de la «norma de solicitud y denegación», mediante la cual el plazo de prescripción de tres años surge tras la solicitud y denegación de restitución de una obra robada.

esfuerzos de recuperación del demandante, ¿infringen la legislación de derechos humanos (como el derecho al acceso efectivo a los tribunales y el derecho al disfrute pacífico de sus posesiones con arreglo al Artículo 6 y el Artículo 1 del Protocolo 1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos[2])?

II. RIESGOS DE LA INCAUTACIÓN

Las obras de arte en préstamo a exposiciones en el extranjero se ven en peligro de incautación en tres situaciones:

2.1. INCAUTACIÓN DE UNA OBRA DE ARTE POR UN ACREEDOR DEL PRESTAMISTA/PROPIETARIO

Una obra de arte en préstamo a una exposición puede verse en peligro de incautación por un acreedor del prestamista que trate de hacer valer una sentencia o laudo arbitral contra el prestamista con respecto a una deuda impagada. Puede que el acreedor tenga dificultades para hacer valer una sentencia o laudo contra los activos del prestamista en el país en el que este resida. Esto puede aplicarse, en particular, si el prestamista/deudor es un Estado soberano. Por lo tanto, el acreedor puede tratar de hacer valer la sentencia contra los activos del prestamista/deudor en el país en el que se encuentre en préstamo temporal el bien cultural al incautarse de la obra de arte como garantía prendaria por su deuda no satisfecha.

Esta posibilidad se ilustró en 2005 cuando el Museo Estatal de Artes Plásticas (el «Museo Pushkin») de Rusia prestó 54 pinturas a una exposición temporal a Suiza y los funcionarios de aduanas suizos se incautaron de ellas. Las pinturas, que incluían obras de Pablo Picasso, Henri Matisse y Paul Gauguin (véase Fig. 1), fueron incautadas una vez que dejaron la ciudad de Martigny en Suiza tras un préstamo de tres meses para una exposición en la Fundación Pierre

2. Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950.

Gianadda[3]. Las autoridades suizas actuaron de conformidad con un auto judicial obtenido por una empresa de importación y exportación suiza, Noga, SA («Noga»). Noga reclamaba a Rusia el pago de deudas en relación con un contrato de petróleo por alimentos suscrito con el gobierno ruso a principios de la década de 1990. Rusia rechazó el contrato y en 1997 un tribunal de arbitraje en Suecia concedió a Noga millones de dólares en concepto de daños y perjuicios. La incautación de las pinturas del Pushkin fue uno de los diversos intentos de Noga de hacer valer el laudo arbitral sueco al incautarse de activos propiedad del Estado ruso situados fuera de Rusia. Por ejemplo, en 2000, Noga interpuso acciones legales para incautarse de un barco propiedad del Estado ruso que estaba previsto que participara en una regata en Francia. También trató de congelar las cuentas bancarias de la Embajada rusa en París. Ambas acciones fueron desestimadas por sentencias judiciales a favor de Rusia. En 2001, intentó incautarse de dos aviones de combate propiedad del Estado ruso durante la exhibición aérea de Le Bourget en Francia. Este también fue un intento fallido. Sin embargo, lo que generó más publicidad internacionalmente fue la incautación de las pinturas del Pushkin. Lo que preocupó en especial al Pushkin fue el hecho de que se apagara el aire acondicionado dentro de los camiones que contenían las pinturas tras la incautación y se temía que las pinturas hubieran sufrido daños debido a los cambios de temperatura y humedad resultantes. Aunque el Consejo Federal de Suiza anuló rápidamente la orden de incautación[4], el incidente tuvo repercusiones inmediatas y potencialmente perjudiciales. El Director del Museo del Hermitage en San Petersburgo advirtió de que ningún museo

3. La institución prestataria en Suiza no había solicitado protección de inmunidad contra la incautación (o lo que se denomina como una «garantía de restitución») para los objetos en préstamo de Rusia con arreglo a la Ley de transferencia de propiedad cultural de 2005 de Suiza, ya que esta Ley no había entrado en vigor en el momento en que se inauguró la exposición.
4. La decisión se basó en un artículo de la Constitución suiza que permite al Gobierno suizo emprender las medidas que sean necesarias para proteger los intereses nacionales. A las autoridades les preocupaba que la incautación tuviera consecuencias negativas en sus relaciones diplomáticas con Rusia.

Estatal ruso podría enviar objetos en préstamo a ningún país extranjero sin haber recibido garantías jurídicas concretas de que sus obras de arte no se incautarían durante el período del préstamo.

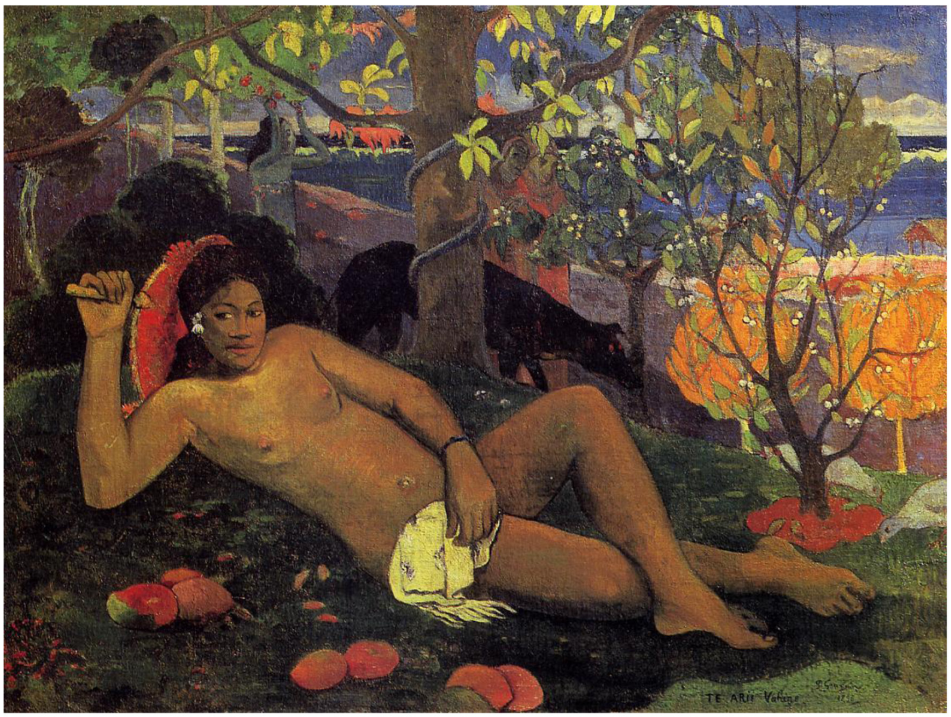

Fig. 1. «La esposa del rey», de Paul Gauguin. Una de las 54 pinturas que en 2005 el Museo Estatal de Artes Plásticas (del «Museo Pushkin») de Rusia prestó a una exposición temporal a Suiza y que fueron incautadas por los funcionarios de aduanas suizos. Fuente: *http://www.wikiart.org/en/paul-gauguin/the-king-s-wife-1896*).

2.2. INCAUTACIÓN DE UNA OBRA DE ARTE POR UN DEMANDANTE QUE REIVINDICA LA TITULARIDAD DE LA OBRA

Un objeto en préstamo a una exposición puede verse en peligro de incautación si existe un litigio relativo a la titularidad legítima de la obra. Un demandante puede interponer una demanda de medidas cau-

telares a la espera del resultado de una demanda en firme que impugne la titularidad del propietario de una obra.

Esta posibilidad se ilustró en 1995, cuando una de las mayores colecciones de los tesoros de los Romanov se envió en préstamo de los Museos del Kremlin de Moscú al Museo Internacional de Florida en Estados Unidos. La exposición titulada «*Tesoros de los Zares: De los Museos del Kremlin de Moscú*» constaba de 272 piezas del reinado de los zares de la dinastía Romanov. Cabe destacar en particular un Huevo de Fabergé tricentenario de oro, plata y diamantes que Nicolás II regaló a su mujer Alejandra en la Semana Santa de 1913 (véase Fig. 2). Durante el transcurso de la exposición, una supuesta heredera de la dinastía Romanov, que se hacía llamar a sí misma Princesa Anastasia Romanov y que afirmaba ser la nieta superviviente de los Zarévich, inició acciones legales contra el Museo Internacional de Florida, en las que reivindicaba la titularidad legal del Huevo de Fabergé[5].

Las reivindicaciones de titularidad también pueden afectar a obras de arte que fueron saqueadas por los Nazis o las Brigadas de Trofeos soviéticas durante la Segunda Guerra Mundial. Ha habido un aumento importante de estas reivindicaciones en las últimas dos décadas. Quizás esto está influido en parte por un deseo generalizado de reparar los agravios del pasado y hacer caso omiso a principios jurídicos conforme a los cuales el tiempo era un impedimento efectivo para las reivindicaciones. Es probable que aumenten las reivindicaciones de particulares, familias, grupos étnicos y gobiernos sobre artículos a los que creen que tienen derecho.

5. *Romanov contra Florida International Museum,* Nº 95-001285-CL-008 (Cir. Ct. Pinellas County, Florida 1995). Sin embargo, se había otorgado protección de inmunidad contra la incautación con arreglo a la Ley Federal estadounidense a los objetos en préstamo de los Museos del Kremlin de Moscú. Por lo tanto, el tribunal desestimó la demanda de conformidad con la legislación de inmunidad de Estados Unidos.

Fig. 2. El Huevo de Fabergé tricentenario de los Romanov que se envió en préstamo del Museo del Kremlin de Moscú al Museo Internacional de Florida en Estados Unidos en 1995 y que fue el objeto de un litigio judicial en *Romanov* contra *Florida International Museum*. Fuente: *https://commons.wikimedia.org/wiki/File:Romanov_Tercentenary* (Faberge_egg).

2.3. INCAUTACIÓN DE UNA OBRA DE ARTE EN EL TRANSCURSO DE UN LITIGIO MATRIMONIAL

En tercer lugar, una obra de arte en préstamo a una exposición en el extranjero puede verse en peligro de incautación en el transcurso de un litigio matrimonial. Un cónyuge del prestamista puede incautarse de una obra alegando que es propiedad conjunta de ambos cónyuges y debería ser parte del conjunto de activos objeto de distribución en el divorcio.

III. CONTEXTO INTERNACIONAL

En la actualidad la legislación de inmunidad contra la incautación está vigente en 16 países: Estados Unidos (por la Ley Federal (1965)[6] y a nivel estatal en el Estado de Nueva York[7], Texas[8], Rhode Island[9], Pensilvania[10] y Tennessee[11]), Canadá (en cinco de sus trece provincias[12]), Francia (1994)[13], Alemania (1998)[14], Bélgica (2002)[15], Taiwán (2002), Austria

6. Ley federal de inmunidad contra la incautación (Federal Immunity from Seizure Act), Derecho público, 89-259 (S.2273), 79 Stat. 985 (19 de octubre de 1965).
7. Ley de artes y asuntos culturales (*Nueva York Arts and Cultural Affairs Law*), Artículo 12.03 (1968) (L.1984, C 849, Artículo 1).
8. Código de práctica civil y compensaciones (*Civil Practice and Remedies Code*) Subcapítulo E, s61.081, 2006.
9. Leyes generales del Estado de Rhode Island (*R.I. Gen. Laws*) 5-62-8 (2006).
10. Leyes del estado de Pennsylvania (42 Pensilvania Pa. Cons. Stat.) 8125 (2006).
11. Código anotado de Tennessee (Tenn. Code Ann.) 28-3-115 2006.
12. British Columbia, Ontario, Quebec, Alberta y Manitoba (Ontario: Ley de inmunidad contra la incautación de objetos culturales extranjeros [*Foreign Cultural Objects Immunity from Seizure Act*], 1978, R.S.O. 1990, Ch. F23; Alberta: Ley de inmunidad de propiedad cultural extranjera [*Foreign Cultural Property Immunity Act*], 1985, R.S.A 2000, c-F – 17; British Columbia: Ley de aplicación de sentencias judiciales [*the Court Order Enforcement Act*], ~R.S.B.C., 1996, c. 7; Quebec: Código de procedimiento civil, R.S.Q. Capítulo C-25, s. 553; Manitoba: Ley de inmunidad contra la incautación de propiedad cultural extranjera [*Foreign Cultural Property Immunity from Seizure Act*], 1976, R.S.O. 1990, Ch F. 23).
13. Ley nº 94-679 de 8 de agosto de 1994, artículo 61.
14. Ley sobre la aplicación de la Directiva comunitaria relativa a la restitución de bienes culturales que hayan salido de forma ilegal del territorio de un Estado miembro y sobre la modificación de la ley sobre la protección de propiedad cultural alemana contra la transferencia (Ley sobre la protección de la propiedad cultural), BGBI nº 70/1998.
15. La ley del programa del 24 de diciembre de 2002.

(2003), Suiza (2005)[16], Liechtenstein (2007), Israel (2007), Reino Unido (2007), Finlandia (2011), República Checa (2011), Japón (2011), Australia (2013) y la Federación de Rusia (2016).

Ha habido un aumento significativo en la adopción de leyes de inmunidad contra la incautación en la última década. Desde el punto de vista de los autores, esto en parte puede deberse al espectacular aumento del valor de las obras de arte así como a la gran visibilidad y extensa publicidad que los medios han dado a varios casos que implicaban la restitución de arte saqueado. Asimismo, desde la Conferencia de Washington sobre Arte Confiscado por los Nazis de 1998, ha habido una renovada conciencia del saqueo de propiedad cultural sin precedentes durante la era Nazi. Los 44 gobiernos participantes en la Conferencia respaldaron varios principios para países que se enfrenten a arte saqueado por los Nazis, incluyendo el principio de que se debería alentar a que los propietarios anteriores a la guerra y sus herederos den un paso al frente y den a conocer sus reivindicaciones de arte que fuera confiscado por los Nazis y no se restituyera con posterioridad. En este clima actual, no resulta sorprendente que prestamistas de objetos de procedencia dudosa o poco clara se muestren generalmente más reacios a realizar préstamos al extranjero sin una sólida legislación en vigor que garantice la restitución de las obras de arte al final del período de préstamo.

IV. EL PROCEDIMIENTO PARA OBTENER PROTECCIÓN DE INMUNIDAD CONTRA LA INCAUTACIÓN

El procedimiento para obtener protección de inmunidad contra la incautación varía de un país a otro. De manera general se han aplicado tres enfoques diferentes.

4.1. PROTECCIÓN DE INMUNIDAD TRAS UNA SOLICITUD

Este modelo es, con diferencia, el más popular y ha sido adoptado en Estados Unidos (con arreglo a su Ley Federal), Francia, Aus-

16. Ley federal sobre la transferencia internacional de propiedad cultural (Ley de transferencia de propiedad cultural, CPTA, 20 de junio de 2003 [AS 2005, 1869]; SR 444.1).

tria, Suiza, Alemania, Japón, Israel, Finlandia, Liechtenstein y varios estados de Canadá. Para obtener la protección, el prestatario o el prestamista (dependiendo de la legislación) deberán presentar una solicitud de protección de inmunidad contra la incautación al órgano gubernamental que se especifique en la legislación. La solicitud deberá incluir información sobre la exposición y toda la información pertinente del objeto u objectos para los que se intenta conseguir la inmunidad. El órgano gubernamental realiza una valoración de si es conveniente conceder la protección de inmunidad. Si la solicitud es aprobada, se publicará información de la exposición (incluyendo una lista de los objetos prestados) en un diario oficial. En algunos países la legislación permite expresamente que se presenten objeciones a la concesión de protección de inmunidad, la cual surtirá efecto si no se presenta ninguna objeción durante un plazo especificado. Por ejemplo, en Francia un demandante potencial tiene cuatro meses para impugnar un auto de inmunidad tras su publicación en el *Journal Officiel*[17] francés. En Suiza un demandante dispone de 30 días para hacerlo.

4.1.1. Caso práctico: Estados Unidos (Ley Federal)

Estados Unidos fue el primer país en introducir protección de inmunidad contra la incautación para objetos culturales en préstamo a exposiciones temporales en 1965. Resulta interesante que el objetivo de la legislación no fuera abordar el problema de las reivindicaciones relacionadas con el Holocausto, ya que la cuestión simplemente no era previsible en ese momento. Más bien, la Ley Federal se aprobó con la Guerra Fría como telón de fondo y solo tres años después de la crisis de los misiles en Cuba. En el momento de esta promulgación, estaba pendiente un préstamo entre un museo soviético y la Universidad de Richmond en Virginia y como condición para el préstamo, los soviéticos insistieron en la concesión de inmunidad contra la incautación como protección contra antiguos ciudadanos soviéticos que reivindicaban ser los propietarios legales de las obras.

17. El período de cuatro meses solo se aplica con respecto a demandantes que no sean ciudadanos franceses. Los demandantes que sean ciudadanos franceses tienen dos meses para impugnar el auto.

La ley se aplica a cualquier «obra de arte u otro objeto de importancia cultural» importado a Estados Unidos de un país extranjero para una exposición temporal, siempre y cuando la exposición sea sin ánimo de lucro y exista un acuerdo entre el prestamista y el prestatario. La institución prestataria presenta una solicitud por adelantado al Departamento de Estado de EE.UU. Esta se debe realizar al menos seis semanas antes de la fecha de entrada de los objetos en Estados Unidos. Así se puso de manifiesto cuando el Museo de Arte Contemporáneo de Teherán adquirió varias esculturas de Jean Dubuffet después de que hubieran entrado en EE.UU. y, posteriormente, acordó prestárselas a la Galería Nacional en Washington. Se denegó la protección de inmunidad contra la incautación puesto que las obras ya estaban en Estados Unidos.

Una vez recibida la solicitud, el Departamento de Estado de EE.UU. deberá determinar si los objetos tienen «importancia cultural» y si su exposición temporal es «de interés nacional» y publicará un aviso de su determinación en el *Registro Federal* de EE.UU. En 1980, después de que las tropas soviéticas invadieran Afganistán, no se consideró que un préstamo propuesto de varias pinturas del Museo del Hermitage en San Petersburgo a la Galería Nacional en Washington fuera de interés nacional y se denegó la protección de inmunidad contra la incautación. Esta decisión probablemente fuera un reflejo del tenso estado de las relaciones entre Estados Unidos y la Unión Soviética en aquel momento. El Museo del Hermitage, sin la protección de inmunidad, canceló los préstamos de inmediato.

El Departamento de Estado de EE.UU. exige que la solicitud de inmunidad contra la incautación contenga una declaración del prestatario relativa a la procedencia (historia de titularidad previa) de las obras. El solicitante deberá certificar que ha llevado a cabo indagaciones de la procedencia, incluyendo lo que se describe como una «investigación independiente de múltiples fuentes», sobre la procedencia de los objetos cuyo préstamo trata de obtener. Asimismo, el solicitante deberá certificar que no hay reivindicaciones de titularidad concurrentes de los objetos y en caso de que el solicitante tenga motivos para conocer reivindicaciones concurrentes, deberá identificarlas. La protección de inmunidad contra la incautación con arreglo a la Ley Federal no está supeditada a que un objeto cultural tenga una procedencia completa. Tampoco está supeditada a la ausencia de rei-

vindicaciones concurrentes. El Departamento de Estado de EE.UU. solo necesita conocer la existencia de una procedencia incompleta o de reivindicaciones concurrentes, si bien esta existencia no supondrá necesariamente un obstáculo para que se conceda la inmunidad.

4.2. PROTECCIÓN DE INMUNIDAD AUTOMÁTICA

En esta situación la protección de inmunidad contra la incautación se aplica automáticamente siempre y cuando se cumplan los criterios que se establecen en la legislación. Por lo general no es necesario que el museo prestatario realice ninguna acción y el objeto cultural está protegido cuando se encuentre en el estado o país en cuestión mientras dure el período del préstamo. Este modelo ha sido adoptado por Bélgica, la República Checa, la provincia canadiense de British Columbia, los estados estadounidenses de Rhode Island, Tennessee, Texas y Nueva York y la Federación de Rusia.

4.2.1. Caso práctico: Estado de Nueva York

En 1968, tres años después de la aprobación de la Ley Federal de EE.UU., el estado de Nueva York promulgó su propia ley de inmunidad contra la incautación[18]. La introducción de una nueva ley se justificó en parte cuando la Galería Marlborough-Gerson de la ciudad de Nueva York incorporó, a mediados de la década de 1960, un grupo de esculturas del artista Naum Gabo, un residente de Connecticut con quien la galería tenía un litigio contractual. Las esculturas se encontraban en una exposición individual de la obra del artista en la Galería Albright-Knox en Buffalo, Nueva York en el momento de la incorporación[19]. La ley tenía como objetivo usarse como un escudo eficaz contra el acoso y ayudar a Nueva York a obtener muchos préstamos que de otro modo se habrían denegado.

La protección conferida por la ley de Nueva York es en algunos aspectos más amplia y en otros más restrictiva que su homóloga federal. Es más amplia en la medida en que prevé protección automática para obras de bellas artes que cumplen los criterios de la ley sin que sea preciso

18. Exención de Nueva York de la Ley de incautación. Ley de artes y asuntos culturales (New York Exemption from Seizure Law, Arts and Cultural Affairs Law) (ACAL), artículo 12.03.
19. Ley del arte (*Art Law*) p. 447, Feldman and Weil.

presentar una solicitud formal a un órgano gubernamental. Al contrario que en la ley federal, no es necesario que el objeto en cuestión sea de «importancia cultural» y que su exhibición sea de «interés nacional» para que la ley de Nueva York sea operativa. Lo que es más importante, se aplica a préstamos de otras instituciones dentro de Estados Unidos así como a préstamos de países extranjeros según está regulado por la ley Federal. Esta es una distinción fundamental, puesto que la amplia mayoría de obras de arte que se presta a los museos estadounidenses para exposiciones provienen de prestamistas dentro de Estados Unidos[20]. Se puede decir que la ley de Nueva York es más restrictiva en la medida en que solo se aplica a obras de bellas artes[21].

4.3. PROTECCIÓN DE INMUNIDAD TRAS LA APROBACIÓN Y PUBLICACIÓN

Este modelo ha sido adoptado en el Reino Unido (una variante del modelo está en vigor en Australia).

4.3.1. Caso práctico: Reino Unido

A la introducción en el Reino Unido de la ley de inmunidad contra la incautación precedió un incidente diplomático de gran visibilidad. En 2007, estaba prevista la celebración de una exposición de pinturas en la Real Academia de Artes de Londres. Las pinturas se enviaban en préstamo desde cuatro museos estatales rusos e incluían obras de arte de extraordinaria importancia como «La Danza» de Henri Matisse (véase Fig. 3) y la «Maternidad (Tres mujeres en la orilla del mar)» de Gauguin. Sin embargo, un mes antes de la fecha de inauguración prevista de la exposición, al Gobierno ruso le surgieron dudas sobre si permitir que las pinturas viajaran al Reino Unido. Esto fue debido a que en el siglo XIX algunas de las pinturas fueron propiedad de dos coleccionistas de arte rusos, Sergei Shchukin e Ivan Morozov. Las colecciones de arte de Morozov y Shchukin fueron confiscadas y nacionalizadas después de la revolu-

20. Alexander Kaplan, «The need for statutory protection from seizure for art exhibitions: the Egon Schiele seizures and the implications for major museum exhibitions», p. 710, *Journal of Law and Policy*.
21. La Ley Federal de EE.UU. de inmunidad contra la incautación también se aplica a objetos de importancia cultural.

ción bolchevique de 1917. Así, las pinturas se convirtieron en propiedad de Rusia y se incorporaron a las colecciones de los museos estatales de Rusia. Rusia temía que si enviaba las pinturas en préstamo a Londres, los descendientes de Sergei Shchukin e Ivan Morozov podrían aprovecharse del hecho de que las obras se encontraban ahora en un país diferente en el que se aplica un conjunto de leyes distinto y tratar de incautarse de ellas e interponer acciones legales en aras de que reconozca su titularidad[22]. Rusia afirmó que tendría que cancelar el préstamo a no ser que el gobierno británico le ofreciera una garantía jurídica de que las obras serían inmunes contra la incautación mientras se encontraran en préstamo en el extranjero y de que se devolverían a Rusia tras la exposición.

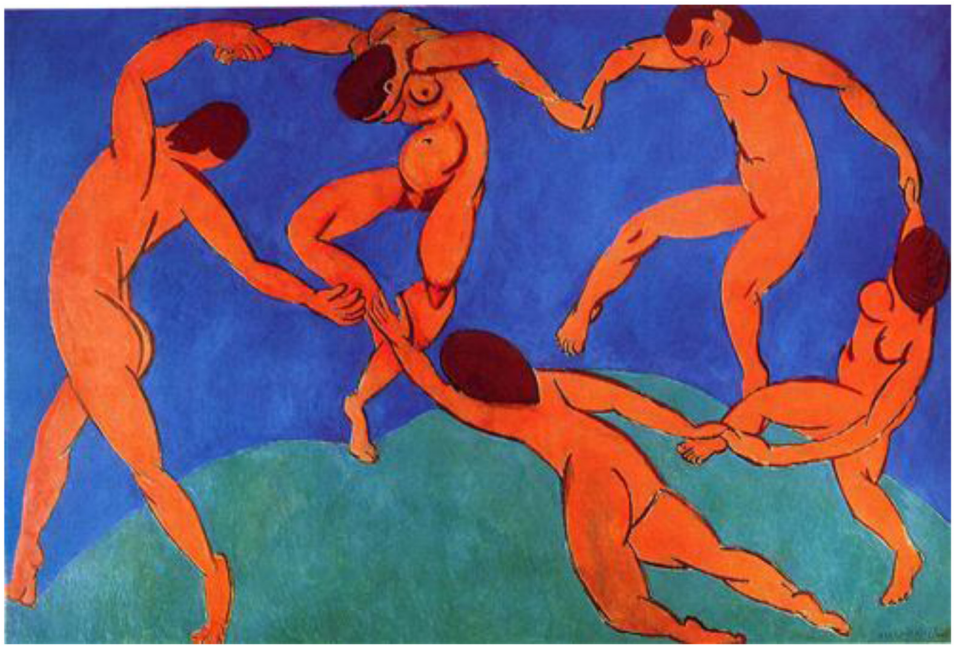

Fig. 3. «La Danza» (ii), Henri Matisse.
Fuente: *http://www.wikiart.org/en/henri-matisse/dance-ii-1910*).

22. No se divulgó hasta después de inaugurada la muestra el trato que la Academia había ofrecido a los dos herederos, André-Marc Delocque-Fourcaud, nieto de Sergei Shchukin y Pierre Konowaloff, bisnieto de Ivan Morozov: 5.000 GBP (9.825 USD) a cada uno a cambio de su promesa de no presentar reivindicaciones sobre las pinturas en Londres. Ambos rechazaron la oferta.

El hecho de que no existiera una ley de este tipo en el Reino Unido en aquel momento se estaba convirtiendo en un problema importante para museos y galerías. Los prestamistas extranjeros eran cada vez más reacios a prestar objetos al Reino Unido y la calidad de las exposiciones importantes se estaba empezando a resentir. Por ejemplo, un museo de Francia se negó a prestar uno de los *Nenúfares* de Monet para una exposición de Monet en la Real Academia de las Artes en Londres. Taiwán se negó a prestar cualquier artículo a museos británicos de no existir una protección contra la incautación. En una exposición de Tiziano en la Galería Nacional en Londres y una exposición del aduanero Rousseau en el Tate se vio cómo se retiraron obras dado que se temía que fueran incautadas al encontrarse en el Reino Unido. Rumanía retiró dos artículos de su préstamo a una exposición de Brancusi en el Tate por miedo a la incautación y tanto Rumanía como Grecia se negaron a acceder a prestar objetos para la exposición de El Greco de la Galería Nacional. Todos los pronósticos indicaban que esta práctica continuaría y situaría al Reino Unido en una desventaja competitiva grave en comparación, por ejemplo, con Nueva York, París y Berlín.

Para abordar el problema, el gobierno británico introdujo una ley de inmunidad contra la incautación que entró en vigor en Inglaterra el 31 de diciembre de 2007[23], en Escocia el 21 de abril de 2008[24] y en Gales e Irlanda el Norte el 22 de abril de 2008[25]. Las disposiciones pertinentes se establecen en los Artículos del 134 al 138 en la Parte 6 (Protección de objetos culturales en préstamo) de la Ley de tribunales, juzgados y aplicación [*Tribunals, Courts and Enforcement Act 2007*] («la Ley») y los reglamentos de aplicación con arreglo a la Ley entraron en vigor el 20 de mayo de 2008 («los Reglamentos»)[26].

---

23. Orden de 2007 (entrada en vigor nº 2) Ley de tribunales, juzgados y aplicación (*Tribunals, Courts and Enforcement Act 2007 [Commencement Nº 2] Order 2007*), SI2007/3613.
24. Orden de 2007 (entrada en vigor) (Escocia) Ley de tribunales, juzgados y aplicación (*Tribunals, Courts and Enforcement Act 2007 [Commencement] [Scotland] Order 2008*), SSI 2008/150.
25. Orden de 2008 (entrada en vigor nº 4) Ley de tribunales, juzgados y aplicación (*Tribunals, Courts and Enforcement Act 2007 [Commencement Nº 4] Order 2008*), SI2008/1158.
26. Reglamentos de 2008 (La protección de objetos culturales en préstamo) (Publicación y suministro de información) (The Protection of Cultural Objects on Loan [*Publication and Provision of Information] Regulations 2008*). Solo nueve

La Ley fue objeto de intensos debates en el Parlamento británico antes de su entrada en vigor. Una de las mayores preocupaciones era la relación entre la Ley y el Artículo 6 y el Artículo 1, Protocolo 1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (el Artículo 6 del Convenio garantiza el derecho al acceso efectivo a los tribunales y el Artículo 1, Protocolo 1 del Convenio garantiza el derecho al disfrute pacífico de las posesiones propias). ¿Está en conflicto una ley de inmunidad contra la incautación con estos derechos en la medida en que pone trabas a los demandantes para recuperar su propiedad robada? El gobierno británico pidió asesoramiento jurídico sobre estos aspectos relacionados con los derechos humanos. Se informó de que los derechos incluidos en el Convenio no eran absolutos y están sujetos a limitaciones, siempre y cuando las limitaciones sirvan a un fin legítimo y sean proporcionadas con respecto a ese fin. La conclusión fue que una ley de inmunidad contra la incautación es solo una restricción temporal de los derechos durante el período de la exposición y sirve al fin legítimo de ayudar a museos y galerías y, por lo tanto, de proteger el bienestar de un sector importante de la economía británica y de facilitar el acceso público a obras de arte de otros Estados a través de grandes exposiciones. También se informó de que la ley es proporcionada, ya que no impediría que alguien presentara su reivindicación en el país en el que la pintura se encuentra normalmente.

4.3.2. Procedimiento

La manera que mejor describe el procedimiento para obtener protección de inmunidad contra la incautación en el Reino Unido es un modelo semiautomático o «enfoque intermedio» entre los modelos automático y de solicitud que han sido adoptados por otros países. Es probable que el gobierno británico tratara de lograr un equilibrio, por una parte, al evitar los costes administrativos y la complejidad del modelo de solicitud y, al mismo tiempo, al tratar de garantizar que el modelo automático más laxo no tuviera como consecuencia que los museos fueran menos rigurosos a la hora de realizar indagaciones de la procedencia con respecto a los objetos que tienen intención de pedir prestados.

---

días después de que las nuevas disposiciones de la Ley entraran en vigor en Inglaterra, el gobierno ruso dio su permiso para que las pinturas viajaran al Reino Unido y la exposición prosiguió el 9 de enero de 2008.

Los museos o galerías que deseen acogerse a la protección otorgada por la Ley deben realizar un proceso de dos fases. En primer lugar, deben presentar una solicitud inicial para obtener la condición de institución aprobada (lo que no está relacionado con ninguna exposición específica) a la entidad adjudicadora pertinente que se especifique en la legislación (el Secretario de Estado con respecto a museos o galerías en Gran Bretaña). La aprobación está supeditada a que la institución demuestre que sus procedimientos de diligencia debida son adecuados para lograr sus objetivos[27]. En segundo lugar, una vez que se haya obtenido la aprobación, y el museo o galería identifique los objetos que le gustaría pedir prestados y para los que es necesaria la protección de inmunidad, deberá publicar determinados datos concretos relativos a estos objetos en su página web. Estos datos incluyen el nombre y la dirección del prestamista o su agente, una descripción del objeto u objetos para los que se trata de obtener la inmunidad[28], información sobre la procedencia del objeto u objetos[29] e información relativa a la exposición[30]. Los datos deben figurar publicados durante un mínimo de cuatro semanas antes de la fecha en la que el objeto entre en el Reino Unido y durante

27. Aunque no se especifica en la legislación, en la práctica el proceso de aprobación conlleva que la institución cultural cumplimente un cuestionario gubernamental en el que se consigna en qué medida cumple los códigos deontológicos y las normas de diligencia debida nacionales e internacionales, para lo que presentará una copia de su contrato tipo de préstamo, su política de préstamos y la lista de control usada por los conservadores para llevar a cabo la investigación de procedencia. El solicitante también tiene que dar ejemplos específicos de investigaciones de procedencia que haya llevado a cabo para objetos en préstamo y su metodología de investigación de procedencia para una exposición en concreto, así como facilitar información de su programa de formación del personal para atender los préstamos entrantes.
28. Como tipo, artista, título, dimensiones, fecha de creación, una fotografía del objeto («si se creó antes de 1946 y se adquirió por el prestamista después de 1932», esto es, durante la era Nazi), su aspecto, cualquier marca o inscripción identificativa y, en el caso de antigüedades, el área en la que se encontró el objeto.
29. Incluyendo la fecha en la que, el lugar en el que y la persona a la cual fue adquirido por su propietario actual o, de no conocerse, las circunstancias en las que se adquirió el objeto y, específicamente, una declaración que indique si el museo prestatario dispone o no de una historia completa de su titularidad entre 1933 y 1945.
30. Como el título de la exposición, la dirección en la que tiene previsto celebrarse y el período durante el cual el objeto estará expuesto.

un período adicional de al menos 12 semanas o hasta que se clausure la exposición, el período que sea más largo.

Se deberá divulgar más información específica[31] a demandantes potenciales si así se solicita, salvo que la solicitud sea injustificada. Un museo prestatario solo podrá tratar como injustificada una solicitud cuando un tribunal u otra autoridad ya haya desestimado una demanda o cuando la información ya hay sido divulgada por el museo prestatario o cualquier otra persona o esté plenamente disponible de otro modo. De surgir dudas sobre un objeto no se eliminará la protección contra la incautación, sino que se permitirá al museo prestatario llevar a cabo diligencia debida adicional antes de tomar una decisión sobre si pedir prestado un objeto e incluirlo en la exposición propuesta.

4.3.3. Objetos protegidos

Un objeto está protegido con arreglo a la Ley desde el momento en el que entra en el Reino Unido, siempre y cuando se satisfagan una serie de condiciones. En primer lugar, solo se ofrece protección con respecto a objetos que normalmente se encuentran fuera del Reino Unido y que son propiedad de alguien que no es un residente habitual en el Reino Unido[32]. En otras palabras, la ley solo se aplica a préstamos transfronterizos al Reino Unido y no incluye obras de arte prestadas por instituciones y particulares dentro del Reino Unido. En segundo lugar, el objeto debe traerse al Reino Unido para que sea expuesto públicamente en una exposición temporal en un museo o galería. Por lo tanto, la ley no protege a obras de arte en préstamos a largo plazo a instituciones prestatarias. La protección solo se aplica mientras el objeto se encuentre en el Reino Unido a efectos de una exposición temporal y por un período que no exceda los 12 meses a

31. Como una descripción por escrito de las indagaciones que se hayan realizado sobre la procedencia y la historia de la titularidad del objeto, así como información que se obtuviera como consecuencia de estas indagaciones que el museo pueda divulgar legalmente al demandante.
32. De conformidad con el art. 137.6, una persona es residente en el Reino Unido si es un residente habitual en el Reino Unido a efectos del impuesto sobre la renta o lo sería si recibiera ingresos por los que tuviera que pagar impuestos. De conformidad con el art. 134.3, una persona posee un objeto tanto si lo hace en plena propiedad como si no y tanto si lo posee ella sola o con terceros.

partir del día en el que el objeto entre en el Reino Unido[33]. En tercer lugar, la importación del objeto debe cumplir la ley en materia de importación de bienes. Por ejemplo, se prohibiría cualquier importación que fuera contraria a la orden sobre el Iraq (sanciones de las Naciones Unidas), de 2003, o a cualquier otra orden de protección relativa a la propiedad cultural en vigor en el Reino Unido. Por último, el museo o galería debe cumplir los Reglamentos relativos a la publicación de información sobre el objeto en su página web (que se explica detalladamente *supra*).

4.3.4. Efecto de la protección

Mientras un objeto esté protegido se prohíben todas las medidas judiciales que puedan afectar a la custodia o al control del objeto en el transcurso de investigaciones o procedimientos civiles o penales en el Reino Unido (contra el propietario, el museo o galería o cualquier otra persona). De ello se desprende que no se podrían presentar en los tribunales del Reino Unido reivindicaciones de acreedores del prestamista, reivindicaciones de titularidad (como víctimas del Holocausto y sus herederos) y reivindicaciones no relacionadas con la titularidad (como las de poblaciones indígenas de objetos sagrados por motivos de una exposición inapropiada) en la medida en que tengan como objetivo lograr la restitución o devolución del objeto al demandante. Existe una excepción importante a esta norma. Puede incautarse un objeto protegido con arreglo a un auto judicial británico que el tribunal tenga la obligación de dictar de conformidad con una obligación comunitaria o cualquier tratado internacional. Por consiguiente, se autorizaría que prosiguiera una solicitud de otro Estado miembro de la UE para la restitución de un objeto en préstamo al Reino Unido con arreglo a la Directiva comunitaria de 1993 relativa a la restitución de bienes culturales que hayan salido de forma ilegal[34].

---

33. No obstante, el período de protección se ampliará sin limitación más allá del período de 12 meses si el objeto ha sufrido daños mientras se protegía y se somete a reparación en el Reino Unido o si sale del país tras la reparación.
34. Directiva 93/7/CEE, del Consejo, de 15 de marzo de 1993, relativa a la restitución de bienes culturales que hayan salido de forma ilegal del territorio de un Estado miembro (DO nº L74/74 de marzo de 1993).

V. FORMAS ALTERNATIVAS DE REPARACIÓN JURÍDICA

En la mayoría de leyes de inmunidad contra la incautación, aunque los objetos en préstamo están protegidos de procesos judiciales, por lo general un demandante podrá recurrir a formas alternativas de reparación jurídica. Si bien las leyes están diseñadas para garantizar la restitución segura de obras de arte al prestamista, no suponen necesariamente un obstáculo para que un demandante presente una demanda contra la institución prestataria para una compensación alternativa, como daños por conversión después de que la obra de arte haya dejado el estado prestatario (compensación que es probable que se calcule como un porcentaje de los beneficios de la exposición), una orden para el pago de un cargo de arrendamiento razonable durante el período de la posesión ilegal del prestatario o para una declaración de que el demandante es, de hecho, el propietario[35].

VI. CONCLUSIÓN

Con el aumento de los litigios judiciales sobre la titularidad de las obras de arte, en particular como consecuencia de reivindicaciones del Holocausto, la cuestión de la inmunidad contra la incautación para obras de arte que viajan se ha convertido en una preocupación capital para museos y galerías. La legislación de inmunidad contra la incautación se ha adoptado en numerosas jurisdicciones de todo el mundo lo que confiere una ventaja para los museos y galerías de estos países a la hora de atraer préstamos de obras de arte para su exposición. Sin esta legislación, muchos museos y prestamistas privados se habrían mostrado reacios a prestar sus objetos por el riesgo de que puedan ser incautados por acreedores que traten de dirimir conflictos financieros o por demandantes que impugnen la titularidad de las obras. El éxito de

35. Por ejemplo en el caso estadounidense de *Malewicz contra City of Amsterdam* (Nº 05-5145, Tribunales de apelación de Estados Unidos para el circuito del distrito de Columbia, U.S. App, LEXIS 615, 10 de enero de 2006), que implicaba el préstamo de un conjunto de 14 pinturas del artista Kazimir Malewicz del museo Stedelijk en Ámsterdam a instituciones culturales en Estados Unidos, los herederos de los artistas iniciaron procedimientos para impugnar la titularidad pero en lugar de tratar de incautarse de las obras (que eran inmunes contra la incautación con arreglo a la Ley Federal), trataron de obtener daños y perjuicios y una declaración de derechos.

un museo en la presentación de exposiciones de relevancia de manera constante depende en parte de su capacidad de ofrecer garantías a los prestamistas de arte de que sus obras serán devueltas de forma segura. Aquellos a favor de la legislación en materia de inmunidad contra la incautación sostienen que si un museo prestatario no puede ofrecer a los prestamistas una garantía sólida contra la incautación, la probabilidad de que el museo en cuestión reciba préstamos de obras para exposiciones se reduce enormemente. En ausencia de protección jurídica contra la incautación, los que sean propietarios de obras de arte desde hace mucho tiempo no querrán arriesgarse a que un tercero rival reivindique la titularidad y a la incautación subsiguiente por parte de las autoridades de una jurisdicción extranjera y puede que se abstengan de prestar sus obras de arte. Irónicamente, si los prestamistas extranjeros reducen el número de préstamos temporales que envían al extranjero por miedo a la incautación, los demandantes potenciales también podrían perder una oportunidad de conocer el paradero de una obra de arte que se haya perdido o que haya sido robada a sus antepasados[36].

36. Alexander Kaplan, «The need for statutory protection from seizure for art exhibitions: the Egon Schiele seizures and the implications for major museum exhibitions», p. 728, *Journal of Law and Policy*.

Cuando los tribunales definen el arte o una escultura que no era un utensilio de cocina: El Caso Brancusi

JESÚS PRIETO DE PEDRO

Catedrático de Derecho Administrativo (UNED). Ex Director General de Bellas Artes

SUMARIO: I. ANTECEDENTES. II. EL DESARROLLO DEL PLEITO. III. UNA SENTENCIA ROMPEDORA. IV. ¿QUÉ SIGNIFICADO POSEE LA SENTENCIA DESDE EL PUNTO DE VISTA ARTÍSTICO? V. ¿QUÉ VALORACIÓN JURÍDICA MERECE LA SENTENCIA BRANCUSI? VI. SENTENCIA DE 26 DE NOVIEMBRE DE 1928, C. BRANCUSI CONTRA LOS ESTADOS UNIDOS.

I. ANTECEDENTES

En octubre de 1926 atraca en el puerto de Nueva York el vapor Paris con veinte esculturas del escultor Constantin Brancusi en sus bodegas. El vapor llegó de Europa tras un breve viaje de escasos siete días. Eran tiempos de modernización de los medios de transporte; de hecho, sólo unos meses más tarde, tendría lugar el primer salto sin escalas del Atlántico por Linberg, desde Nueva York a Paris, en el Espíritu de San Luis. La carga artística del barco estaba destinada a una exposición comisariada por Marcel Duchamp, que se iba a realizar en la Galería Brummer de Nueva York y, más tarde, en el Club de Arte de Chicago. Duchamp, que había conocido a Brancusi en 1910 por mediación de Ferdinand Léger, tenía la encomienda, en calidad de marchante, de dar a conocer la obra de Brancusi en los Estados Unidos.

Inopinadamente, en el trámite de aduanas se desencadenará una de las discusiones públicas más vibrantes que se han dado en torno al concepto de arte. Los responsables de la expedición artística alegaron en la aduana que importaban obras de arte y que, en consecuencia, no proce-

día la exigencia de aranceles. En el ejercicio de su función inspectora, el funcionario de aduanas del puerto de Nueva York, recto y desconfiado (como se espera que sean), con el fin de examinar el cargamento exigió que se abriesen las cajas que contenían las esculturas.

Levantadas las tapas de las cajas, al funcionario le atrae la atención una silueta muy estilizada, una delicada pluma vertical fina, rítmica y ascendente, y alta (de algo más de un metro y medio con el pedestal) hecha en bronce pulido. Inquiere a los importadores qué es ese objeto, a lo que le responden que una escultura titulada un *Pájaro en el espacio*. El funcionario frunce el entrecejo y, tras una pausa, asevera con cara de perplejidad que la pieza no es un pájaro, dado que no tiene cabeza, ni alas, ni plumas, ni patas. En consecuencia, no puede calificarla como obra de arte.

A partir de este momento, el embrollo para el tenaz funcionario no es menor porque, al negarle a ése, para él, extraño objeto la condición de arte, se veía en la tesitura de darlo encaje en algún epígrafe del arancel de aduanas, la *Tariff Act* de 1913, que había sido revisada en 1922. Percatándose que la pieza era de bronce, opta por la ocurrente solución de clasificarla en el epígrafe de «*medical objects, kitchenware or unidentified metal articles*». Solución, a todas luces, estrambótica, pues la pregunta que le asalta a cualquiera es para qué podía servir ese largo, pesado y extraño objeto de bronce de más de metro y medio de alto en el fogón de una cocina o en una dependencia hospitalaria. Clasificación que arrastró la obligación para los importadores de pagar derechos de aduana, nada menos que 240 dólares de entonces, un 40% de la tasación *ad valorem*.

Como es conocido, Constantin Brancusi fue un colosal artista plástico que volcó su creatividad en varias áreas artísticas, como la fotografía y la pintura, pero que destacó sobre todo en la creación escultórica. Su trayectoria vital es la de un autodidacta, pues procedía de una humilde familia campesina sin posibilidades de secundar sus inquietudes artísticas. Aprendió a leer sólo y lograría entrar en la escuela de Bellas Artes de Bucarest en los primeros años del siglo XX. El paso por esta institución reafirma su deseo de crecer artísticamente y, por ello, se traslada a París en 1904, tras un durísimo y penoso viaje, en gran parte a pie.

París pronto le regala participar de un mundo artístico extraordinario. Allí conoce y se relaciona con la pléyade de extraordinarios creadores e intelectuales de aquella irrepetible conjunción astral artística. Nada más ni

nada menos que Picasso, Man Ray, Matisse, Joyce, Picabia, Duchamp, Satie, Tristan Tzara, Apollinaire, Modigliani, su compatriota Cioran… Pero, en especial, sería acogido por el gran escultor Auguste Rodin, quien le ofrece que colabore con él. Sin embargo, su espíritu indómito le hace recelar, tras permanecer un mes escaso en su estudio, de la oferta de Rodin, porque, según Brancusi, «a la sombra de un gran árbol nada puede crecer».

Su decantación artística seguirá un proceso muy intimista. Inició su andadura como un escultor figurativo y geométrico, pero en seguida se abriría a la influencia del arte africano y del arte prehistórico, para desembocar en un estilo muy personal anticipador de la expresión abstracta. Esto se hace muy visible en torno a 1907 –año de grandes rupturas estéticas por las vanguardias artísticas que, de forma muy especial, simboliza Picasso con la versión final de *Las señoritas de Avignon*– tras un proceso de depuración estilística en el que abandona el academicismo y se entrega a una búsqueda personal en la que va eliminando progresivamente los detalles figurativos[1]. Depuración de la que la escultura *Pájaro en el espacio* es un insuperable ejemplo. De hecho, como se puede ver en el actual *Atelier* Brancusi reproducido fielmente en los aledaños del Museo Pompidou en París –y que legó, a su muerte, en 1957, al gobierno francés– este tema del pájaro estilizado fue un capítulo recurrente de su actividad creativa, en el que dejó una amplia serie de ensayos y realizaciones entre 1910 y 1940, veintinueve versiones originales. Su primera aproximación a la figura del pájaro para Brancusi recala en la ensoñación del cuento popular rumano de la *Maïastra*, un pájaro fabuloso que sólo podía ser herido o capturado por el hijo del rey, acaso –como señala Fabienne Bradu– el mismo pájaro al que alude San Juan de la Cruz en sus versos («subí tan alto, tan alto/que le di a la caza alcance»). Aquí está, a buen seguro, el origen de la fascinación de Brancusi por la figura del pájaro, pues, como sigue explicando Bradu, «Brancusi quería concentrar el misterio del vuelo en los materiales más diversos, pero invariablemente en los más duros». Los materiales topaban con una misma dificultad que Brancusi resume así: «He querido que la Maïastra alce la cabeza sin expresar con ese movimiento soberbia, orgullo o desafío. Ése fue

1. Mónica Sumoy Gete-Alonso, *Brancusi contra los Estados Unidos (1928). La definición jurídica del arte,* Ed. Comares, Madrid, 2007, pp. 18 y ss.

el problema más difícil y sólo después de un largo esfuerzo llegué a integrar tal movimiento en el curso del vuelo»[2].

A causa de la situación desencadenada por el funcionario de aduanas, el artista estadunidense Edward Steichen, a solicitud de Brancusi, planteará un recurso ante el administrador de aduanas, F. J. H. Kracke, que fue resuelto denegatoriamente en febrero de 1927. La actitud del administrador no había sido precisamente amable, como se colige de una entrevista concedida a la prensa, en la que sus palabras dejan ver un tono bastante hiriente: «Después de una larga investigación y dictamen del inspector encargado del caso, hemos llegado a la conclusión de que la obra de Brancusi no es arte. El Gobierno ha pedido su opinión a varios peritos y el parecer de éstos ha sido unánime. Uno de ellos ha dicho "si esto es arte, desde ahora soy un albañil"»[3] Resolución que será de nuevo recurrida ante la *US Custom Court*, el Tribunal de Aduanas de Estados Unidos.

A Brancusi, en su decisión de litigar, además del golpe moral que le causó la decisión, es muy probable que también le pesara el hecho de que para él llovía sobre mojado porque ya en 1914 había tenido problemas con la aduana de Nueva York, con ocasión de su primera exposición personal. Entonces la disputa se resolvió de forma menos conflictiva. Bastó con una declaración suya ante el consulado norteamericano en París, en la que hubo de jurar que las obras habían sido realizadas por él y que, por lo tanto, eran obras de artista.

Este nuevo recurso ante el Tribunal de Aduanas se convertirá en uno, si no el mayor, de los procesos más excitantes y sonoros en el que se ha debatido el concepto de arte. Dio lugar a una polémica intensa, profunda y de gran impacto social y artístico. Pero, y ésto es fundamental subrayarlo, fue asimismo una controversia ordenada y metodológica, guiada por la racionalidad del sistema procedimental inherente a un pleito jurídico; lo que tuvo una notable importancia e impacto para el mundo del arte, como veremos más adelante.

---

2. La cita de trabajo de Fabienne Brado se encuentra en: *https://books.google.es/books?id=fQv8DAAAQBAJ&pg=PT42&lpg=PT42&dq=ma%C3%AFastra&source=bl&ots=2RdFp9_LHb&sig=BgPM3jh4KAIEkW0H-kxEeBVRzHk&hl=es&sa=X&ved=0ahUKEwi7vsLwgOjPAhWKSRoKHQK0DpgQ6AEIWzAP#v=onepage&q=ma%C3%AFastra&f=false.*
3. M. Sumoy, p. 17.

Valgan como síntesis y botón de muestra de la viveza de la discusión mediática derivada del conflicto abierto por la aduana de Nueva York, entre otras muchísimas, dos noticias publicadas en *America,* el 13 de marzo de 1927, y en *Art News*, el siguiente 20 de marzo. *America*, contrario a aceptar la escultura de Brancusi como obra de arte, afirma que «sea lo que fuere, esto no es arte», «¿Cómo saben que es un pájaro? ¿Cómo pueden estar seguros de que semejante basura sin sentido es una obra de arte?». A su vez, *Art News*, del lado de Brancusi, contesta irónicamente: «Por fin se ha formulado una definición de arte. No por un gran filósofo o especialista en estética, sino por un experto en materia de aranceles y tasas de la dirección general de aduanas de Nueva York»[4].

II. EL DESARROLLO DEL PLEITO

El juicio, inaugurado el 20 de abril de 1928, se solventó ante la sección tercera del Tribunal de Aduanas de los Estados Unidos bajo la presidencia del juez Waite, un juez maduro y con una acendrada experiencia que hizo valer a lo largo del proceso. La sentencia que lo puso fin fue dictada el 26 de noviembre de 1928.

Algo ciertamente positivo que debemos señalar es que se ha conservado la transcripción taquigráfica original *ex litteris* y que hoy nos ofrece constancia detallada de los extensos e incisivos interrogatorios de los testigos, y de la que disponemos de una cuidada traducción al castellano[5].

Como testigos de la parte demandante, todos ellos expertos en arte moderno, actuaron Edward Steichen, artista; Jacop Epstein, escultor; Forbes Watson, redactor jefe de *The Arts*; Frank Crominshield, redactor jefe de *Vanity Fair*; Henry Fox, director del Broklin Museum Art; y Henry Mc Bride, crítico de arte.

4. M. Sumoy, pp. 28-29.
5. La reproducción de los interrogatorios traducidos al castellano de los testigos puede consultarse en Mónica Sumoy Gete-Alonso, *Brancusi contra los Estados Unidos. La definición jurídica del arte*, Editorial Comares, 2007, pp. 52 a 188. En las citas del interrogatorio y de los escritos de conclusiones y de la propia sentencia que haremos en el presente texto nos atendremos a la traducción incluida en la obra que acabamos de indicar y los citaremos por la mención de la página correspondiente del libro indicado.

A su vez, la defensa de los Estados Unidos propuso a los escultores Robert Aitken y Thomas H. Jones.

Jurídicamente, el proceso tenía su epicentro en el parágrafo 1704 de la antes aludida *Tariff Act* de 1922, que determinaba así lo que era una obra de arte a los efectos de la aduana:

> *«Las esculturas o estatuas originales hasta un máximo de dos réplicas o reproducciones de las mismas; a efectos del presente artículo se entenderá por "escultura" y "estatua" exclusivamente las producciones profesionales de escultores realizadas en bulto redondo o en relieve, en bronce, mármol, piedra, terracota, marfil, madera o metal, tanto si han sido talladas o esculpidas, como si han sido realizadas a mano en cualquier otro modo a partil del metal o de un bloque macizo o trozo de mármol, piedra o alabastro, o si han sido fundidas en bronce o en otro metal o aleación, hechas de cera o yeso y que se hayan realizado exclusivamente como producciones profesionales de escultores; los términos "pintura", "escultura" y "estatua", en el sentido que les confiere este precepto, no se refieren a artículos de utilidad, ni a los que hayan sido elaborados total o parcialmente a partir de una matriz o a través de un procedimiento mecánico cualquiera; a efectos del presente artículo se entenderá por aguafuertes, grabados y xilografías, exclusivamente las obras que se hayan imprimido a mano a partir de planchas o de bloques tallados o grabados mediante procedimiento fotoquímicos o mecánicos»* (p. 184).

Este precepto, como resume el escrito de conclusiones de la parte demandante, concentraba el debate en las siguientes exigencias que había de satisfacer una obra de arte para que pudiera ser exonerada del pago de impuestos de aduana: 1) demostrar que el artículo es una «escultura o estatua original»; 2) que es una «producción profesional de un escultor»; 3) realizada como «producción profesional de un escultor», y 4) que no es un «artículo de utilidad».

A estos requisitos debe sumarse, en tanto fue planteada por la defensa de los Estados Unidos, otra exigencia presente en una jurisprudencia anterior al caso Brancusi –la sentencia *Estados Unidos v. Olivotti&Co*, del año 1916–. Sentencia que había realizado una clara opción a favor de la *mimesis,* es decir, la similitud o figurativismo de la obra de arte. Exigencia que sitúa el conflicto de intereses entre la tradicional concepción figurativa del arte escultórico (como puede colegirse de las palabras «imitaciones» y «representa» que subrayamos) y la concepción estética no figurativa en la que se enmarcaba la escultura «Pájaro en el espacio»:

> *«la escultura, en tanto arte, es la disciplina de las bellas artes consistente en tallar y esculpir en piedra o en otro material masivo, o en modelar en arcilla o en otra sustancia plástica… **imitaciones** de objetos naturales, principalmente formas humanas; **representa** estos objetos en sus dimensiones verdaderas, ya sean largo, ancho y fondo o únicamente largo y ancho».*

Como se ha señalado[6], la novedad del pleito está en que, hasta aquel momento, los conflictos jurídicos en torno a las obras de arte se habían ocupado, las más de las veces, de cuestiones de autoría (discusión sobre original, copia y falsedad) y, en segundo lugar, sobre las categorías de clasificación de las obras de arte. Pero, en el caso Brancusi, se plantea algo hasta entonces inusual de manera tan frontal –aunque había algún precedente como el señalado caso *Olivotti* de *1916–,* la discusión del propio concepto de arte.

La controversia generada por el caso Brancusi tuvo la virtud de estimular un intenso debate en torno a varios de los porqués más esenciales del concepto de arte. La complejidad del juicio no hace posible en este momento un desarrollo exhaustivo de todo lo que allí se discutió. Seleccionaremos, por ello, entre las cuestiones suscitadas, las a nuestro juicio más relevantes, que agruparemos en dos, el debate sobre el elemento subjetivo del autor de la obra de arte y el relativo al elemento objetivo de la propia obra de arte.

1. El debate del aspecto subjetivo, sobre ***quién puede ser considerado un artista,*** se desenvolvió en el juicio como un ejercicio dialéctico sumamente analítico, en el que gran parte de los interrogatorios se recrearon en el desbrozamiento de los requisitos y exigencias que le confieren tal estatus.

a) Una de las estrategias fuertes impulsada por los abogados que representaron a los Estados Unidos, pretendía introducir la duda de que la obra escultórica de Brancusi no fuera una obra personal original, sino una ejecución mecánica o industrial. Es decir, se estaba apelando, en el fondo, a la diferenciación entre el *homo faber*, que produce y fabrica objetos, y el *homo artisticus*, que los crea y los dota de carga simbólica, diferenciación que remite a la también vieja contraposición entre el artesano y el artista. En la discusión de esta cuestión, Steichen, testigo de la parte recurrente, explica con vehemencia y todo lujo de detalle el seguimiento, respondiendo una pregunta del

6. Nathalie Heinich, «"C´est un oiseau!" Brancusi vs États-Unis, ou quand la loi définit l´art», *Droit et societé, 34-1996,* p. 650.

juez Waite, que él mismo había realizado del proceso de elaboración de sus esculturas por Brancusi y que, por lo tanto, podía dejar constancia de que eran personales, de su propia mano: *«Lo vi durante el proceso de elaboración. Efectivamente, lo vi mientras se hacía. El primer esbozo fue esculpido en mármol. A partir de este mármol, se hizo un molde en yeso y éste se vació en bronce. Cuando salió de la fundición, apenas guardaba parecido alguno con este otro objeto; después, valiéndose de limas y cinceles, Brancusi trabajó en esta pieza de bronce».*

«¿Fue el artista quien lo hizo?», inquiere de nuevo el juez Waite:

«Lo hizo el artista personalmente. Este fue el proceso de modificación a que sometió el objeto. Yo vi este mismo bronce durante su proceso de creación, cuando solamente se había fundido la mitad de su forma actual» (pp. 63-64).

En síntesis, entre la concepción inicial y la concepción final de la obra hay una intervención personal del creador, que es el que da forma a la creación[7].

Pero la duda no termina con la constatación de la presencia de la mano creadora del artista. El abogado de Estados Unidos retuerce más el argumento para decir que no basta, que es necesario que el autor goce de reconocimiento externo. Lo que la defensa de Brancusi refuta, en varios momentos del proceso, explicando el amplio reconocimiento artístico de que disfrutaba, como prueba que su obra se encontrara en museos, colecciones privadas y galerías.

b) En esta misma línea de poner en duda la competencia artística de Brancusi, la defensa de Estados Unidos acusará al escultor de ser un mal creador, un ser marginal, asocial. Los argumentos descalificadores son que Brancusi había hecho de la necesidad virtud y se había refugiado en la abstracción por su falta de capacidad para la figuración y que, como ser marginal, se convierte en un asocial y su obra carece de calidad. Estas forzadas argumentaciones no eran, sin embargo, tan simples o demagógicas como a primera vista podría parecer, pues entronizaban la cuestión del profesionalismo y de la inserción social del artista. Este requisito venía enunciado enfáticamente por el citado artículo 1704 de la ley del arancel de aduanas en tanto, como hemos visto, hace referencia explícita, en

7. Heinich, p. 654.

más de una ocasión, a las «producciones profesionales de esculturas». Siendo éste un concepto jurídico indeterminado, dado que la ley no definía quién era un profesional de la escultura, en el debate se apela, entre otros aspectos, al paso de Brancusi por diversos centros de formación especializada. Pero ni aun acreditándose dicha condición profesional se podría aceptar que la escultura alcance la condición de obra artística. Sin más, como alega la defensa, se podría estar ante un excelente artesano o un obrero refinado, ante un «maravilloso pulidor del bronce». Se precisa, en consecuencia, un requisito subjetivo más, la intencionalidad estética, la *voluntas artis,* que es la que funda la distinción entre la obra de arte y el objeto artesanal. Tesis que permite a los recurrentes, dándola la vuelta, contraargumentar que si es una obra de arte es porque, precisamente, ha sido creada por un artista[8]. El escultor Espstein lo explica con sutil finura argumental en el interrogatorio al que le somete el abogado de la defensa Higginbothan. Un diálogo lujoso que merece la pena reproducir literalmente:

> H: *«Entonces, si tuviéramos una barra de metal perfectamente pulida y curvada en forma de un círculo más o menos simétrico o y armonioso, ¿sería una obra de arte?».*
>
> E: *«Podría llegar a ser una obra de arte».*
>
> H: *«¿Independientemente de quién la hiciera, un escultor o un operario?».*
>
> E: *«Un operario no puede crear una obra bella».*
>
> H: *«¿Pretende decirnos que si a la prueba número 1 ya se le hubiera dado forma, un operario de primera clase, no podría pulir ese objeto valiéndose de una lima y herramientas de pulir?».*
>
> E*: «Puede pulir el objeto, pero no concebirlo. Esa es la cuestión esencial. No puede concebir las líneas concretas que confieren al objeto su singular belleza. Ahí estriba la diferencia entre un operario y un artista, en que aquél no puede concebir como un artista».*
>
> Juez Waite: *«Si pudiera idear el objeto, ¿entonces dejaría de ser un operario y se convertiría en un artista, no?».*
>
> E*: «Correcto, se convertiría en un artista»* (p. 76).

8. Margit Rowel, *Brancusi contre les Etats-Units. Un procés historique, 1928,* Adam Biro, 2003, p. 73.

2. El otro gran asunto de debate en el pleito tiene que ver con la dimensión objetiva, con las características **qué hace que una creación pueda ser considerada obra de arte.** Dos argumentos destacan aquí, uno de *autoritas* y otro, a nuestro juicio el asunto más decisivo del pleito, relativo a la cuestión de la similitud o figurativismo de la obra.

a) Apoyándose en los testigos, la defensa de Estados Unidos esgrimirá el argumento de la autoridad científica. Así Aitken, escultor clásico norteamericano con notable reconocimiento en aquellos años, afirmará categóricamente que la obra de Brancusi carece de calidad: «No creo que se trate de arte ni de una escultura… Es demasiado abstracta y constituye una perversión de la escultura normal. No creo que exprese el sentimiento de belleza».

Esta categórica afirmación abrirá un hilo particularmente intelectual en la discusión, porque llevará el debate a los derroteros filosóficos de las ideas acerca del arte en los grandes pensadores occidentales (Platón, Cicerón, Kant, Schopenhauer, Ruskin…)[9]. Watson, redactor jefe de *The Arts*, hará su resumen personal en este punto. La obra de arte es «la forma, el equilibrio, el sentimiento maravilloso del arte dominado y el placer que encuentro al mirarlo».

b) Pero donde concentrarán el punto de mira las baterías de la defensa será fundamentalmente en relación con la ausencia de representación figurativa del «*Pájaro en el espacio*». En este asunto estaba, sin duda, el epicentro del conflicto abierto por el funcionario de aduanas en la aplicación de la doctrina formulada en el caso *Olivotti&Co*, por cuanto esta sentencia se adhería claramente al canon figurativista, del arte exclusivamente como representación de la realidad. Obviamente, este asunto rebrotó en muchos momentos de los interrogatorios de los testigos y generó lances argumentales particularmente intensos. Una parte importante de este hilo de discusión se focalizó en el título de la obra, en la cuestión nominalista sobre el porqué del título, sobre si aquella escultura denominada un «pájaro» era o no un pájaro. Las intervenciones fueron reiterativas hasta el cansancio y se volvieron un tanto obsesivas, hasta el punto de que el juez Waite, presidente del Tribunal, se sintió en un momento obligado a hacer valer su autoridad y zanjar, de una vez por todas, esta

9. Margit Rowel, *Brancusi contre…*, p. 81.

discusión nominalista: *«No veo la necesidad de perder el tiempo en probar lo que es un pájaro (…) No existe ninguna ley, que yo conozca, que estipule que un objeto debe representar la forma humana o una forma animal particular o un objeto inanimado, sino únicamente que sea una obra de arte».*

En relación con la cuestión de fondo, los defensores de la decisión de la aduana se atrincheraron en la idea de que la esencia del canon artístico de la obra de arte es la *mimesis* figurativa, la representación de los seres vivos, los objetos y cosas del mundo, en definitiva, ser *imago* de la realidad, representación que, además, debe ir asociada a la sensación de belleza. Canon que, a juicio de la defensa de los Estados Unidos, la escultura de Brancusi no cumplía en modo alguno. El testigo Thomas Jones, lo dijo de forma concisa, pero contundente:

P. *«¿Por qué no considera la prueba número 1 una obra de arte?»*

T. J. «*Es demasiado abstracta, una desnaturalización de la escultura».*

P. *«¿Es ésta la única razón por la que no estima que la prueba 1 sea una obra de arte?».*

T. J. *«No creo que transmita la idea de belleza»* (p. 124).

Esta exigencia colocaba en una posición difícil a la defensa de Brancusi, dada la contundencia literal de la sentencia *Olivotti&Co*, que hablaba de la escultura como «imitación» y «representación». Por ello, muy sagazmente –y, probablemente, es al superar este escollo donde se inclinó la balanza a favor del escultor rumano– sus abogados eludirán entrar al trapo de la discusión literal sobre el texto de la sentencia y deslizarán sutilmente el debate hacia una interpretación espiritualista de sus palabras. La cuestión, proponen, no es la semejanza real externa entre la obra de arte y lo representado por ésta, sino la semejanza interior, subjetiva, de la pretendida obra de arte. En este punto las intervenciones de los testigos de Brancusi son particularmente brillantes. Así, Steichen apela a las sensaciones y sentimientos que suscita en su persona el «Pájaro en el espacio»: *«No semeja un pájaro, pero lo siento como un pájaro (…), no digo que es un pájaro en vuelo, lo que digo es que sugiere un pájaro en el espacio…».*

Y, valiéndose de un recurso muy efectista, exhibe a continuación al Tribunal una escultura milenaria de un halcón –pero sin apenas semejanza con dicha ave–, espoleando la siguiente pregunta:

> *«¿Ustedes encuentran similitud de forma con lo que se entiende como un halcón? Puede que un ornitólogo no encuentre semejanza, pero yo sí encuentro en ella un pájaro».*

En esta reivindicación espiritualista de la figuración artística, también el escultor Epstein apelará a la idea de la impresión que sugiere, al igual que Frank Crowninshield, redactor jefe de *Vanity Fair*:

> «*Pienso que es la sensación del vuelo, el sentimiento de elevación lo que son las características que me generan el sentimiento de un pájaro*» (Epstein).

> «*Sugiere la idea del vuelo, sugiere la gracia, la elevación, el vigor, unidos a la velocidad, con un espíritu dotado de fuerza, belleza y potencia, igual que un pájaro. Pero el nombre en sí, el título de la obra no significa realimente gran cosa*» (Crowninshield) p. 89.

III. UNA SENTENCIA ROMPEDORA

La decisión del tribunal, como habrá podido intuir ya el lector, vino a dar la razón a Brancusi, lo que sería un mérito más, y no el menor, del autor rumano para disfrutar de un pedestal destacado en la historia del arte.

El texto de la sentencia, conciso y con pocas concesiones a la retórica, aborda muy ordenadamente las exigencias que, según veíamos al principio, introduce el artículo 1704 de la *Trade Act*. En primer lugar, asevera que ninguna duda cabe acerca de que la persona que produjo el objeto importado es un escultor profesional, «tal como ponen de manifiesto su reputación, sus obras y la consideración en que es tenido entre las autoridades en la materia», así como la obra una producción original.

Resueltas las cuestiones anteriores, la sentencia se adentra en el fondo del pleito. Tras un aviso sobre la inevitable evolución de la jurisprudencia (en el que advierte que, debido a la influencia de las escuelas de arte moderno, la jurisprudencia se ve obligada a abandonar anteriores criterios restrictivos sobre la obra de arte), la sentencia entra frontalmente a contestar la doctrina *Olivotti* sobre el concepto de escultura –doctrina que reproducíamos «*supra*» y que descansa en la adhesión al canon figurativo del arte–, enmendándola sin ambages:

> *«Esta sentencia se dictó en 1916. Desde entonces, se ha ido extendiendo una corriente artística llamada moderna, cuyos seguidores intentan representar ideas abstractas y no tanto imitar objetos naturales. Con independencia de que compartamos estas ideas de vanguardia y sin perjuicio de que nos declaremos afines o no a las escuelas que las propugnan, estimamos que se deben tener en cuenta, toda vez que su existencia e influencia en el mundo del arte han sido reconocidas por los Tribunales»* (p. 188).

Pero cuando el Tribunal remata esta nueva toma de posición a favor del arte moderno es en el último considerando de la sentencia:

> *«Se ha demostrado que el objeto sobre el que debemos pronunciarnos sirve a fines puramente decorativos, su utilidad es la misma que la que pudiera tener cualquier escultura de los maestros antiguos. Es bello y de líneas simétricas y aunque sea algo difícil relacionarlo con un pájaro, resulta agradable contemplarlo e interesa su gran valor decorativo. Y puesto que a la luz de las pruebas aportadas entendemos que se trata de la producción original de un escultor profesional y que de acuerdo con las autoridades en la materia más arriba indicadas constituye efectivamente una escultura y una obra de arte, estimamos el recurso presentado y fallamos que el objeto importado está exento de gravámenes arancelarios al amparo del artículo 1704 supra. Cúmplase»* (p. 189).

IV. ¿QUÉ SIGNIFICADO POSEE LA SENTENCIA DESDE EL PUNTO DE VISTA ARTÍSTICO?

Por las muy singulares circunstancias del caso, la sentencia no sólo fue un acto jurídico. En efecto, supuso el ingreso institucionalmente de los Estados Unidos, por vía judicial, en el club del arte moderno. Nueva York, Chicago y otras ciudades habían emprendido, en los primeros años del siglo XX, una apuesta por las vanguardias artísticas europeas, donde bullían las corrientes impresionistas, fauvistas, cubistas, el arte abstracto…, pero esta apertura topaba con un duro muro de rechazo social e institucional. Y fue, inesperadamente, un gris funcionario de aduanas quien puso encarnadura a ese rechazo. Aunque no sería justo condenarle a la hoguera de la historia, pues aquel servidor público estaba cumpliendo con probidad su deber de aplicar una legislación arancelaria sumamente restrictiva, pero que era la consecuente con la política proteccionista frente al comercio internacional que imperaba en aquellos años en los Estados Unidos.

Por otro lado, no se debe ignorar que, en el contexto histórico en el que se desenvuelve este debate, en el fondo se había abierto una disputa sobre globalización estética en el mundo occidental de entonces. Este debate sería de hecho un último gran episodio de la separación continental entre Europa y Estados Unidos en torno a las concepciones estéticas, que se cierra con la legitimación institucional del arte moderno, en el continente americano, que trae la sentencia.

Elevándose por encima de devaneos argumentativos y lances particulares Simón Marchán, en su discurso de ingreso, en 2007, en la Real Academia de Bellas Artes[10], nos ofrece una magnífica e ilustrada explicación sobre las raíces históricas latentes a este conflicto, que no sería sino el último eslabón, en los primeros años del siglo XX, de la vieja disputa artística entre los «antiguos y los modernos». En efecto, es preciso retrotraerse dos siglos más atrás al momento en el que Charles Perrault inauguró la «*Querella de los Antiguos y los Modernos*». Perrault (el célebre recuperador de literatura popular como Pulgarcito, Barba Azul, Cenicienta y Caperucita y protegido de Colbert, el gran valido de Luis XIV) declamará, en una sesión solemne de la Academia Francesa, celebrada el 27 de enero de 1687, su extenso poema «*El siglo de Luis el Grande*», en el que incluirá un dardo acerado contra el culto a la antigüedad artística, que será recibido por muchos como una profanación. Las palabras que más dolieron fueron éstas:

> «La bella Antigüedad fue siempre venerable, aunque nunca creí que fue adorable. Veo a los antiguos sin doblar las rodillas. Son grandes, es verdad pero hombres como nosotros…».

Estos versículos fueron oídos como una afrenta intolerable por los clásicos, agrupados como «*Parti des Anciens*». La querella se avivará en las siguientes décadas y conocerá brotes encendidos en el siglo XIX que impelieron a tomar posición a muchos intelectuales y artistas de entonces. Así, en el Salón de París de 1851, la pintura de G. Courbet, *Un entierro de Ornans,* será la espoleta de una viva etapa de rupturas, escándalos, rechazos y exclusiones, que mantendrá agitada a la clase artística. *El almuerzo sobre la hierba* y la *Olimpia* de E. Monet, serán dos detonadores que producirán una gran explosión en el conflicto, por encarnar, según

10. *Las «Querellas» modernas y la extensión del arte*, Discurso del Académico electo Excmo. Sr. D. Simón Marchán Fiz, Real Academia de Bellas Artes de San Fernando, Madrid, 2007.

se les achacaba, una estética de la «fealdad ordinaria» y de la «carne sucia»[11]. Estos rechazos, y otros muchos más, irán generando la aparición, frente a los salones oficiales, de los *Salons des Refusés*, que formalizarán las dos vías estéticas enfrentadas en torno al arte[12].

Estos ejemplos son una muy pequeña muestra de una densa, dilatada e ininterrumpida discusión que viene jalonando el arte en nuestro tiempo y del que el caso Brancusi fue un eslabón muy novedoso e inesperado –sobre todo porque a nadie se le habría ocurrido pensar que iba a darse en sede jurídica– que se insertó en la cadena de la filiación teórica del arte. Eran esos años, en los que tiene lugar el conflicto del escultor rumano, un momento en el que estaban cuajando procesos, que se venían gestando décadas atrás, de ruptura estética y de las concepciones sobre la función social del arte, en los que proliferan corrientes estéticas absolutamente novedosas y rompedoras como el impresionismo, el fauvismo, el cubismo, el surrealismo, el *readymade*…, con el común denominador del abandono de la *mimesis* como canon exclusivo de la obra artística.

Aquí reside, pues, la hondura esencial de la sentencia Brancusi, llevar adelante un ensanchamiento del concepto de arte en sede jurídica, en un momento crucial de afirmación del arte moderno, que supondrá a la par una ampliación del ámbito de la libertad artística. Lo que es algo indudablemente positivo, aunque, visto el *big-bang* que más recientemente ha conocido el concepto de arte –el arte conceptual, arte *povera*, *body art*, no arte, anti-arte…–, hay voces, como la de Bernard Edelman, que, quizás no sin cierto exceso, han querido ver en el caso Brancusi un hito en la disolución del concepto de arte. Sin ir más lejos, el propio título de su publicación –*El adiós a las artes. 1926: El caso Brancusi*– anticipa esta toma de posición, para, más adelante afirmar que «la justicia se ha inmiscuido en ello, atizando el escándalo a golpe de interrogatorios insólitos que despiertan los viejos demonios: ¿el arte debe ser imitación de la naturaleza? ¿Un Pájaro en el espacio no es demasiado abstracto? ¿Y qué quiere decir todo esto? (…) un pájaro de mal agüero anuncia del adiós a las artes»[13].

11. S. Marchán, pp. 36 y ss.
12. S. Marchán, p. 29.
13. Bernard Edelman, *L'adieu aux arts. 1926: L'affaire Brancusi*, Aubier, 2001.

Sin duda, en los años posteriores hemos asistido a un proceso de disolución del paradigma clásico del arte como bella representación de la realidad en el que este ocaso del canon tradicional ha dado entrada, por citar dos corrientes elocuentes en este sentido, a manifestaciones como las del *ready-made* –el urinario «La fuente» de Marcel Duchamp (1917)– o del movimiento conocido como *body art*, en el que Chris Burden (1971) desarrolla la perfomance *Shoot* en un museo de California consistente en un disparo en el brazo del artista realizado por su ayudante.

A nuestro juicio, sería a todas luces exorbitante sostener que estos procesos son consecuencia del caso Brancusi. Su significación es mucho más limitada. En realidad, el controvertido «Pájaro en el espacio» ni siquiera fue un caso estricto de arte abstracto, ni solucionó, de una vez por todas, el problema de la circulación de la obra de arte en las aduanas. Muy recientemente, en este mismo año 2016, el caso –y podríamos referir otros varios ejemplos–[14] ha vuelto a revivir en la aduana suiza al considerar ésta unas fotografías de Mishka Henner como no acreedoras al estatuto de obra artística[15]. Pero no deja de ser cierto que Brancusi, con el heroico y quijotesco proceso que promovió, ensanchó el arco de entrada de la puerta de la legitimación institucional del arte no figurativo. Lo que no fue poco.

V. ¿QUÉ VALORACIÓN JURÍDICA MERECE LA SENTENCIA BRANCUSI?

La sentencia también nos enseña cosas jurídicamente importantes. La más destacada, a nuestro juicio, que el derecho y el arte son buenos compañeros, que pueden formar una buena pareja. El derecho le ofrece (en el Estado democrático y el Estado de Cultura)[16], cuidado, protección y garantías en los tres estadios que presenta el proceso del arte: la creación, la difusión y la conservación. En la fase

14. Marcilio Toscano Franca Filho y Mariana Lima Maia, «Ceci n´est pas un oiseau. The judge as a critic and the Work of art concept in tax law», en *Anamofphosis. Revista international de Direitto e Literatura,* julio-diciembre 2015, pp. 403 y ss.
15. Este caso puede consultarse en: *http://cultura.elpais.com/cultura/2016/09/03/actualidad/1472925089_393613.html.*
16. Sobre el significado del Estado democrático como Estado de Cultura, J. Prieto de Pedro, *Cultura, culturas y Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 2013, 5ª ed., pp. 213 y ss.

de creación, le ofrece la garantía de la libertad cultural y artística. En la fase de producción y comunicación de los bienes ya creados, el papel del derecho es de protección, y de promoción y difusión. Y en la fase del patrimonio cultural, es decir la de aquellos bienes de la cultura que ingresan en el grupo selecto del patrimonio cultural, la garantía es la conservación y difusión.

En tanto el arte es un ámbito donde se congregan diferencias de gustos y valores connaturalmente subjetivos, se hace más necesario que en ningún otro la *expertise*, la llamada a los especialistas, al saber, a la ciencia y a la técnica. Y esto es lo que se hizo con generosidad de miras en el caso Brancusi, en el que, como hemos visto, se dio voz a un amplio elenco de especialistas y expertos. Teodor Adorno, en su jugosa reflexión sobre *Cultura y Administración*, no sin antes detenerse a considerar los inconvenientes de la intervención del experto, concluye con una toma de postura clara que, sin duda, puede ser trasladada también a la relación entre arte, cultura y proceso judicial: *«La relación entre administración y expertos no es sólo necesidad, sino también virtud: abre la perspectiva de proteger las cosas culturales de la esfera de dominio del mercado o del pseudomercado, esfera que hoy, irremisiblemente es algo casi truncado»*[17].

Resulta obvio que los juristas solos, sean funcionarios o jueces, no tienen título para decidir por su cuenta sobre cuestiones de gustos y de valores estéticos en el arte y la cultura. Sería una osadía y la antesala del dirigismo cultural. Eso sucedió en el caso que nos ocupa, que un funcionario de aduanas se arrogó, desde su ignorancia del arte moderno, la emisión de un juicio de valor sobre el arte de vanguardia. No es que queramos propugnar, pues sería una carga a todas luces excesiva, que las aduanas deban tener a su servicio expertos en arte, como tampoco los tienen para otros muchísimos asuntos que también tienen que examinar a diario. Pero que los expertos no intervengan en ese momento administrativo inicial no impide que lo puedan hacer, como en el caso Brancusi, en un momento judicial posterior. Tampoco podemos magnificar la confianza en la *expertise* y en la ciencia. José Esteve, en *El descon-*

17. T. W. Adorno, «Cultura y Administración», en *Sociologica*, Max Horkheimer, Theodor W. Adorno, Taurus, Madrid, 1971, p. 96.

cierto del Leviatán. Política y derecho ante las incertidumbres de la ciencia, nos pone sobre aviso de llevar esta intervención hasta el exceso[18]:

> «Las insuficiencias del derecho ante la creciente complejidad de las realidades en las que incide de la vida social, lleva a apelar, cada vez más, a la ciencia y la técnica. Pero no olvidemos que las incertidumbres del derecho se ven desplazadas a las incertidumbres de la ciencia. Las actitudes claudicantes del derecho ante la ciencia pueden mermar el principio democrático».

El caso Brancusi apunta en la buena línea. Aunque, como acabamos de afirmar, la determinación de lo que es arte no puede ser el monopolio de una sola instancia social o institucional. Ni los creadores, ni los teóricos o los críticos de arte, ni los ciudadanos deben, cada uno de ellos por separado, arrogarse en exclusividad esa función, pues las derivas de esos enfoques unilaterales pueden ser desatinadas y los peligros evidentes: o se cae en la soberbia del autor, o en el elitismo y especialismo de los mediadores o en el populismo de los destinatarios. Realmente el arte se sustenta en un trípode muy singular en el que sus tres patas, los creadores, los mediadores (los teóricos y los críticos, pero asimismo las instituciones públicas y privadas de mediación como el mercado) y la sociedad y los ciudadanos deben estar compensadas. Trípode que actualmente da muestras de estar desequilibrado. El mercado y el «pseudomercado», como ya denunciaba Adorno en la cita precedente, dejan ver, en el arte contemporáneo, una creciente potestad definitoria de lo que es y no es arte, a todas luces excesiva y que, en el fondo, no es sino la misma negación del arte. Y la pata de los ciudadanos se muestra desdibujada y escasamente articulada, dada la debilidad de los cauces de participación social en los procesos de creación artística, y todo ello a pesar de la reivindicación que hacen del espectador y de los destinatarios corrientes artísticas como la del arte conceptual o del *arte povera.*

Pero el derecho, además de ofrecer garantías al arte, también le puede proporcionar, y a menudo así lo hace, un espacio civilizado, ordenado y metodológico para dirimir las disputas de intereses y valores estéticos. Y de esto es una magnífica muestra el caso Brancusi. Civilizado, porque se soporta en instituciones objetivas preexistentes (los tribunales). Ordenado, porque se basa en reglas de derecho y principios jurídicos previamente fijados. Y metodológico, porque el procedimiento para dirimir las diferencias descansa en un conjunto de cauces y trámites prefijados y preclusivos

18. José Esteve Pardo, *El desconcierto del L'eviatán. Política y derechos ante las incertidumbres de la ciencia*, Marcial Pons, 2009.

presididos por los principios de contradicción y de igualdad de armas en el ejercicio del derecho de defensa (el procedimiento jurisdiccional).

Esta es la otra gran enseñanza del caso. El buen orden que aportó el hecho de que se dirimiera en un proceso jurisdiccional fue un factor positivo de racionalización del conflicto de intereses estéticos que se había abierto. Baste leer la fina disección y el desmenuzamiento dialéctico (un minucioso despiece anatómico argumental) que caracterizó los interrogatorios del juicio, totalmente inacostumbrado en un debate meramente científico. Conflicto que, en el caso de haberse solventado únicamente entre especialistas, aun sin negar que esto hubiera tenido otras ventajas en la profundización del debate, tampoco habría disfrutado de un desarrollo tan equiordenado ni de la *autoritas* inherente a la decisión final de un órgano jurisdiccional. Nathalie Heinich lo se ha referido a ello con meridiana claridad: «Lo que nos interesa particularmente en el caso Brancusi (…) es que el paso a la fase jurídica genera una espectacular condensación de las estrategias argumentales utilizadas en la época por los negadores y los defensores del arte moderno (…) aquí tenemos la presencia de dos partes, en el espacio por definición público que es el del proceso, con tiempos expresamente delimitados por las reglas del procedimiento, y con la obligación de concluir mediante una decisión que deberá poner fin al litigio, incluso en el caso de que de que la finalización se centre sólo en el marco jurídico. Estas condiciones, inherentes al hecho de someter cualquier conflicto a la ley, generan un extraordinario efecto de explicitación de los argumentos, condensados simultáneamente unos y otros en el espacio retórico así constituido, y desarrollados uno a uno para desplegar el máximo de su fuerza»[19].

En definitiva, los juristas, en comandita con los estudiosos del arte y la cultura, y sin perder de vista a los creadores ni a los ciudadanos destinatarios finales de la creación cultural, tenemos un deber de desarrollar un Derecho de la Cultura profundamente impregnado de los valores de aquélla y desarrollar **un arte de cuidar el arte**, también desde el derecho. Porque el arte condensa la dimensión simbólica expresiva más plena y gozosa de la especie humana y se desarrolla a través de una fascinante libertad creadora que enriquece y embellece las demás libertades humanas. Desde el cultivo y expresión en libertad del conocimiento y de la sensibilidad artística las demás libertades acrecen y se hacen más plenas.

19. N. Heinich, p. 651.

VI. SENTENCIA DE 26 DE NOVIEMBRE DE 1928, C. BRANCUSI CONTRA LOS ESTADOS UNIDOS

SENTENCIA

Esculturas. Obras de arte originales.

C. Brancusi contra los Estados Unidos

Escultura que no guarda ningún parecido evidente con un ser vivo, producción original de un escultor profesional, sobre la que el demandante postula que está exenta de gravámenes arancelarios a tenor de lo dispuesto en materia de esculturas en el artículo 1704 de la ley de Aranceles de 1922 y que es una obra de arte por su forma simétrica, sus líneas artísticas y la belleza de su acabado.

Tribunal de Aduanas de los Estados Unidos

Sección Tercera

C. Brancusi, parte demandante
contra
Los Estados Unidos, parte demandada

Puerto de Nueva York
Recurso núm. 209109-G/11589-27
Obras de arte - Escultura original
Sentencia de 26 de noviembre de 1928

(Revocación)

Ante los Jueces Waite, Young y Cline
Comparecen:

En representación del demandante, Charles J. Lane, M.J. Speiser y Curie, Lane y Wallace, (Thomas M. Lane, letrado).

Y en representación del Gobierno, Charles D. Lawrence, Fiscal General Adjunto, (Marcus Higginbotham y Reuben Wilson, abogados especiales para el caso).

JUEZ WAITE: La pieza importada objeto del recurso se facturó con el nombre de un pájaro de bronce y en las actas consta con el de *Pájaro en vuelo*. Fue declarada como una obra de arte escultórica y se reclamó que fuera exonerada de gravámenes arancelarios por mor del artículo 1704 de la ley de Aranceles de 1922. Fue gravada por el administrador de aduanas al 40 por ciento de su valor en calidad de objeto de bronce manufacturado con arreglo al artículo 399 de la misma ley.

Dichos artículos son los siguientes:

399. Los artículos o mercancías para los que no se prevea una disposición especial, si están compuestos total o principalmente de platino, oro o plata, así como los artículos o mercancías chapados en platino, oro o plata o coloreados con laca dorada, estén parcial o totalmente manufacturados: 60% de su valor; si están compuestos total o principalmente de hierro, acero, plomo, cobre, bronce, níquel, estaño, cinc, aluminio o cualquier otro metal no bañado en platino, oro o plata ni coloreado con laca dorada, estén parcial o totalmente manufacturados: 40% de su valor.

1704. Las pinturas originales hechas con óleo, pigmentos minerales, acuarela u otras técnicas; los pasteles, los dibujos originales y los bocetos a pluma, a tinta, a lápiz o en acuarela; las pruebas de artista al aguafuerte sin enmarcar y los grabados y xilografías sin enmarcar; las esculturas o estatuas originales, hasta un máximo de dos réplicas o reproducciones de las mismas; a efectos del presente artículo se entenderá por *escultura* y *estatua* exclusivamente las producciones profesionales de escultores realizadas en bulto redondo o en relieve, en bronce, mármol, piedra, terracota, marfil, madera o metal, tanto si han sido talladas o esculpidas, como si han sido realizadas a mano de cualquier otro modo a partir del metal o de un bloque macizo o trozo de mármol, piedra o alabastro, o si han sido fundidas en bronce o en otro metal o aleación, o hechas de cera o yeso, y que se hayan realizado exclusivamente como producciones profesionales de escultores; los términos *pintura*, *escultura* y *estatua*, en el sentido que les confiere este precepto, no se refieren a artículos de utilidad, ni a los que hayan sido elaborados total o parcialmente a partir de una matriz o a través de un procedimiento mecánico cualquiera; a efectos del presente artículo, se entenderá por *aguafuertes*, *grabados* y *xilografías*, exclusivamente las obras que se hayan imprimido a mano a partir de planchas o de bloques tallados o grabados mediante procedimientos fotoquímicos o mecánicos.

El objeto importado se presenta como una producción en bronce de unos ciento cuarenta centímetros de alto que se apoya en un pedestal

cilíndrico de unos quince centímetros de diámetro y otros quince de altura. Es de latón o bronce muy pulido y bruñido, de forma simétrica y con una parte superior de unos cinco centímetros de diámetro. En su extremo superior acaba en una punta, resultado quizá de cortar la pieza en diagonal, de manera transversal y de abajo a arriba, haciéndola terminar en un borde. Se ensancha hacia abajo y en el centro tiene una forma ligeramente curva; a continuación, se estrecha hasta una distancia de unos treinta centímetros antes de llegar a un pedestal, tramo en el que es de forma cilíndrica; a partir de aquí, se vuelve a ensanchar para formar una base cónica, que descansa sobre el pedestal.

La prueba número 2, una reproducción fotográfica del objeto importado, se incorpora a esta sentencia, habida cuenta de lo difícil que resulta describir la pieza con la debida precisión para hacerla evocar en la mente de quien no la haya visto al natural. Si suponemos que es una representación de la pieza vista desde atrás, una vista lateral muestra una forma de luna creciente que en la prueba número 2 se correspondería con la parte posterior o la concavidad del creciente.

Como ya se ha apuntado más arriba, la pieza se designó como pájaro. Sin un verdadero ejercicio de imaginación, no se observa parecido alguno con un pájaro; salvo que con dicha imaginación se la asocie con la forma del cuerpo de un pájaro. En la pieza no están representadas ni la cabeza, ni las patas, ni las plumas. Como se ha señalado antes, el exterior es totalmente liso, con una superficie pulida y bruñida.

Ambas partes han propuesto diversos testigos. A instancia de la parte demandante, se tomó declaración al escultor, así como a otro testigo que afirmó ser y probablemente sea un artista profesional. También comparecieron peritos que deben sus conocimientos de arte y obras artísticas a sus estudios y visitas a museos, en calidad de artistas o escritores especializados en la materia. Todos ellos declararon que la obra producida es una escultura y una obra de arte, obra de un artista y escultor profesional, Brancusi.

El Gobierno aportó dos testigos cualificados en arte y escultura, a quienes cabe considerar escultores según la definición aceptada y quienes opinaron que la pieza importada no era ni una obra de arte ni una escultura.

Este Tribunal no alberga ninguna duda de que la persona que produjo el objeto importado es un escultor profesional, tal como ponen de

manifiesto su reputación, sus obras y la consideración en que es tenido entre las autoridades en la materia. Juzgamos además que ésta es una producción original.

El artículo que se aduce para reclamar la entrada libre de aranceles de la pieza importada se refiere a esculturas originales, obras de un escultor profesional, y dispone, además, que el término no se refiere a artículos de utilidad. El término *obras de arte*, que en un origen figuraba en el título del predecesor de este artículo (el artículo 717 de la ley de 1909), al aprobarse la ley de 1913 no fue incluido en el precepto citado (el artículo 652) y se recogió casi literalmente en el artículo 1704 de la actual ley de Aranceles. Con todo, este Tribunal ya sostuvo que, para que los objetos pudieran admitirse en franquicia de aranceles en virtud del artículo 1704, tenían que ser obras de arte. (Véase la sentencia de este Tribunal dictada en el caso con número de expediente 17195-G, etcétera, citado en Abst. 1792).

Tras haber determinado que esta pieza es la obra original de un escultor profesional, la cuestión que nos queda por dilucidar es si casa o no con la definición de obra de arte establecida por la ley. Debe admitirse que ciertos objetos que sentencias recientes han reconocido como obras de arte habrían sido rechazados como tales en sentencias más antiguas, no sólo de los tribunales de aduanas, sino también del Tribunal Supremo de los Estados Unidos, por no corresponderse con el tenor de dicha definición. Creemos que la antigua jurisprudencia no habría calificado el objeto importado como obra de arte, o, para ser más precisos, como obra susceptible se der clasificada como arte elevado. Debido a la influencia de las escuelas de arte moderno, ha cambiado el criterio de la antigua jurisprudencia acerca de los requisitos exigidos para que una obra sea arte en el sentido de la ley, y el Tribunal de Apelación de Aranceles Aduaneros ha estimado que los dibujos o bocetos, motivos para papel pintado o textiles son obras de arte, aunque sirvan a fines útiles (Véanse las sentencias dictadas en American Colortype Co. et al. contra los Estados Unidos, 9 Ct. Cust. Appls. 212; MacLoughlin contra los Estados Unidos, 10 Ct. Cust. Appls. 37; y Chenoy Bros. contra los Estados Unidos, 12 Ct. Cust. Appls. 195).

Los abogados del Gobierno, para apoyar su tesis de que la pieza importada no es una escultura, invocaron la sentencia de los Estados Unidos contra Olivotti, 7 Ct. Cust. Appls. 46, en la que el Tribunal definió el término *escultura* del siguiente modo:

> La escultura, en tanto que arte, es la rama de las Bellas Artes que consiste en cincelar, esculpir o tallar en piedra u otro material sólido, o en modelar en arcilla u otras substancias plásticas, para su posterior reproducción mediante talla o vaciado, imitaciones de objeto naturales; la escultura representa tales objetos en sus verdaderas proporciones, esto es, en longitud, amplitud y grosor, o bien tan sólo en longitud y amplitud. *Standard Dictionary; Century Dictionary;* Los Estados Unidos contra Downing & Co. (6 Ct. Cust. Appls., 545 T.D. 36197); Stem contra los Estados Unidos (3 Ct. Cust. Appls., 124, 126; T.D. 32381); Los Estados Unidos contra Baumgarten (2 Ct. Cust. Appls., 321, 322; T.D. 32052).

Esta sentencia se dictó en 1916. Desde entonces, se ha ido extendiendo una corriente artística llamada moderna, cuyos seguidores intentan representar ideas abstractas y no tanto imitar objetos naturales. Con independencia de que compartamos esas ideas de vanguardia y sin perjuicio de que nos declaremos afines o no a las escuelas que las propugnan, estimamos que se deben tener en cuenta, toda vez que su existencia e influencia en el mundo del arte han sido reconocidas por los Tribunales.

Se ha demostrado que el objeto sobre el que debemos pronunciarnos sirve a fines puramente decorativos, su utilidad es la misma que la que pudiera tener cualquier escultura de los maestros antiguos. Es bello y de líneas simétricas y aunque sea algo difícil relacionarlo con un pájaro, resulta agradable contemplarlo e interesa por su gran valor decorativo. Y puesto que a la luz de las pruebas aportadas entendemos que se trata de la producción original de un escultor profesional y que de acuerdo con las autoridades en la materia más arriba indicadas constituye efectivamente una escultura y una obra de arte, estimamos el recurso presentado y

fallamos que el objeto importado está exento de gravámenes arancelarios al amparo del artículo 1704, *supra*.

Cúmplase.

Juez Waite
Juez Young
Juez Cline
Por unanimidad.

Núm. de registro 780788.
Devuelto.
A. H. M.

A exposição da obra de arte e os direitos de personalidade do autor*

PAULO MOTA PINTO
Profesor de la Facultad de Derecho, Universidad de Coimbra

SUMÁRIO: I. INTRODUÇÃO. II. ARTE E PERSONALIDADE. III. DELIMITAÇÃO E CASOS. IV. INTERESSES E POSIÇÕES EM PRESENÇA. V. FACULDADES JURÍDICAS DO ARTISTA – DIREITO DE EXPOSIÇÃO. VI. DIREITO DE RETIRADA. VII. DIREITO À INTEGRIDADE E À DIGNIDADE DA OBRA. VIII. PONDERAÇÃO DE INTERESSES – FATORES A CONSIDERAR E CONCLUSÃO.

I. INTRODUÇÃO

Proclama logo na sua primeira frase a mais célebre e influente compilação de obras de direito de todos os tempos, muitas com mais de dois milénios, que, «como de forma elegante escreveu Celsus, o direito é a arte do bom e do justo»[1]. No entanto, o direito e a arte são universos que visam pretensões de validade diversas: o juízo estético, sobre o belo, por um lado; a correção normativa, ou a justiça, por outro. E não é muito frequente, pelo menos ainda no contexto português, a reflexão aprofundada tanto sobre a arte como objeto do direito, como sobre o direito como regulador da arte. Começo, por isso, por saudar a Uría Menendez-Proença de Carvalho pela criação deste prémio, que segundo sei

* Publica-se o texto da conferência sobre «Direito da arte» proferida na cerimónia de entrega do Premio Rodrigo Uría Meruéndano de Direito da Arte 2016, organizada por Uría Menéndez-Proença de Carvalho na Fundação Calouste Gulbenkian, em Lisboa, no dia 7 de junho de 2016. Mantivemos o tom coloquial do texto, ao qual apenas acrescentámos algumas poucas notas de rodapé.

1. D. 1, 1, 1, pr. (Ulpianus): «*Iuri operam daturum prius nosse oportet, unde nomen iuris descendat. est autem a iustitia appellatum: nam, ut eleganter Celsus definit, ius est ars boni et aequi*».

se deve à dedicação e interesse do seu inspirador pela matéria do direito da arte – e quero também saudar a promoção da presente conferência em Lisboa, agradecendo o convite que me foi dirigido para nela intervir, saudação e agradecimento que quero fazer na pessoa do Dr. Daniel Proença de Carvalho.

O direito da arte caracteriza-se por algumas *especificidades*. Destaco a que resulta da natureza da obra de arte, que se apresenta ao Direito enquanto conjunto de sinais comunicativos objetivamente expressos, mas subjetivamente organizados pelo seu autor, que *exprime a vontade e personalidade deste*, é *suscetível de exploração económica* e visa a *satisfação de uma necessidade cultural, estética, literária*, etc. –e à qual, sendo obra *de arte*, é reconhecido um *valor artístico*.

Correspondentemente, o Direito encara a obra de arte: quer como *valor cultural* (e notamos que o direito da arte pode também ser direito do património cultural); quer como *mercadoria* (e o direito da arte é direito económico, incluindo o direito patrimonial de autor); quer como *expressão da personalidade* (onde deparamos com o direito da arte que inclui os chamados direito pessoais ou morais de autor)[2].

Vou centrar-me neste último aspeto.

II. ARTE E PERSONALIDADE

As relações entre a arte e a personalidade são múltiplas.

A obra de arte é expressão –alguns dizem mesmo um prolongamento, mas prefiro evitar essa designação imagética– da personalidade do criador, existindo até uma área da psicologia que se dedica a explorar essas ligações, e a possibilidade de inferências de traços de personalidade para preferências artísticas, ou, inversamente, de obras de arte para a personalidade do artista.

No plano filosófico, a ligação da obra de arte ao criador, mesmo depois de a ter tornado pública ou a ter alienado, resulta, por um lado,

2. Peter Lynen, *Kunstrecht 1: Grundfragen des Kunstrechts*, ebook Springer, Wiesbaden, 2013, pp. 40 e ss., distingue entre a arte como mercadoria e a arte como valor, a que corresponderia o «direito económico da arte» e o «direito da garantia da arte». A pp. 45 e ss. desenvolve as categorias especiais que encontramos no direito da arte.

de esta traduzir uma *sua conceção estética* e a sua *vontade* –foi assim que o artista *quis* fazer a obra–, e, por outro lado, de com ela se suscitar um juízo estético, necessariamente partilhado porque validado inter-subjectivamente. A obra é um referente de um processo de juízo estético, não é coisa amorfa, estática, inanimada, é o início, a vocação para esse juízo partilhado - um juízo que pode levar implícito apenas uma pretensão expressivista, do seu autor, mas que normalmente se reveste também (e para certas conceções, por exemplo kantianas, se reveste sempre) de uma dimensão ou pretensão «universal» de validade: o juízo acerca da beleza no seu mínimo de objetividade.

Há, pois, uma ligação pelo menos originária entre a obra e o criador. A criação da obra de arte é, aliás, produto também do exercício de um *direito fundamental* de que o autor é titular, que é também um direito de personalidade –o direito à liberdade, como *liberdade de criação artística*, cujo exercício antecede a aquisição de direitos sobre a obra.

III. DELIMITAÇÃO E CASOS

Limito-me de seguida aos direitos que o autor tem sobre a sua *obra como expressão da personalidade* –aos seus direitos pessoais, pela lei qualificados como *«direitos morais»* (no sentido de não patrimoniais, em manifesta influência da terminologia francesa), e que julgo devem ser qualificados, como se faz sobretudo na órbita germânica, como «direitos de personalidade»– os ditos *«direitos de personalidade de autor»*[3], que este tem sobre a obra por ela ser expressão da sua personalidade, e não como coisa suscetível de exploração económica.

Mais precisamente, quero tratar –com a brevidade necessária, que ficará, porventura, por vezes aquém do que seria necessário– do seguinte problema: *o artista (e em particular o artista nas obras de artes plásticas e gráficas - também ditas artes visuais), depois de alienada a obra a terceiros, mantém poderes ou faculdades de decidir ou de intervir sobre a sua exposição pública?*

3. Em Portugal, v. sobretudo Orlando De Carvalho, «Os direitos de personalidade de autor», in *Num novo mundo do Direito de Autor? Comunicações*, tomo II, Lisboa, 1994, pp. 539-50, José De Oliveira Ascensão, *Direito de autor e direitos conexos*, Coimbra, Coimbra Editora, 1992, pp. 166 e ss., Luís Menezes Leitão, *Direito de autor*, Coimbra, Almedina, 2011, pp. 147 e ss.

Em caso afirmativo, quais? E nada melhor nesta cidade, pressinto, do que precisamente este lugar para abordar tal problema[4].

Três exemplos, com *casos reais*, ilustram o problema (e muitos outros poderiam ser referidos):

a) podia o conhecido pintor italiano Giorgio de Chirico impedir a exposição de obras suas de juventude –de que já não era proprietário e em que se já não reconhecia– na Bienal de Veneza de 1948, e a inclusão de fotografias a preto e branco, e reduzidas, no respetivo catálogo? O Tribunal de 1ª instância de Veneza decidiu em 1951 que sim; o tribunal de apelação decidiu, já em 1955, que não o podia impedir, quanto à exposição, mas que já podia opor-se à inclusão das fotografias das obras no catálogo, sem remuneração (mesmo que os quadros pertencessem a outrem)[5];

b) podiam os herdeiros do artista e arquiteto austríaco Friedensreich Hundertwasser, em nome deste, impedir a comercialização de fotografias reais e não alteradas de uma sua obra arquitectónica (casa em Viena), em molduras pintadas que prolongavam para fora da fotografia alguns dos traços da obra? O Supremo Tribunal Federal alemão decidiu em 2003 que sim, depois de o tribunal de recurso de Munique ter decidido primeiro (em 2001) que não[6];

c) podiam os artistas incluídos na exposição, sobre «ascensão e queda da modernidade», que teve lugar em Weimar, Alemanha, em 1999, opor-se à sua inclusão na parte relativa à arte na RDA, República Democrática da Alemanha, intitulada *«oficial - não oficial»*, contrapondo a *arte oficial*, favorável e ao serviço do regime, à restante, e expondo as obras da primeira («arte oficial») em grande quantidade e a alturas diversas, sem explicações e com iluminação inadequada, numa sala redonda, em contraste com as da segunda («arte não oficial»), expostas isoladamente e noutras condições; depois de uma primeira decisão favorável aos ar-

4. Uma análise deste problema no direito alemão pode verse em Urban von Detten, *Kunstausstellung und das Urheberpersönlichkeitsrecht des bildenden Künstlers*, Peter Lang, 2010, pp. 23 e ss.
5. V. *Giurisprudenza civile*, 1955, pp. 717 e s., com anot. de Adolfo Ravà.
6. V. a decisão do *Bundesgerichtshof* de 5 de junho de 2003, proc. 192/00, por exemplo em *Neue juristische Wochenschrift*, 2004, p. 594.

tistas demandantes, o chamado «litígio dos quadros de Weimar»[7] terminou com uma transação na segunda instância.

E podemos também figurar a hipótese de artistas que já não são proprietários das obras expostas da sua autoria pretenderem opor-se à sua integração numa determinada corrente, numa exposição promovida por uma certa entidade ou galeria (designada por esta, por exemplo, e para usar uma designação real, como «novo realismo neurótico», ou *«New Neurotic Realism»*).

IV. INTERESSES E POSIÇÕES EM PRESENÇA

Trata-se de problema em que, como é notório, confluem *interesses e posições diversos*, gerados em torno da exposição da obra de arte.

Desde logo, o interesse *do autor*, em *fazer a exposição* das suas obras (para as dar a conhecer) ou em *não a fazer* (possivelmente porque já se afastou delas, eventualmente correspondentes a outra fase da sua evolução), mas, sobretudo, o interesse em *poder controlar a integridade* (a proteção contra modificações e deformações da obra) e a *dignidade* das obras (a manutenção do seu sentido ou estatuto objetivo). Estes fazem parte dos chamados *«direitos morais»*, reconhecidos na tradição europeia do direito de autor (diferentemente do que acontecia, e em grande parte continua a acontecer, com exceção de algumas obras de artes visuais, por exemplo, no direito norte-americano, sob influência da conceção dos direitos do autor como *copyright*).

O artigo 56º do Código português dos Direitos de Autor, tal como o artigo 6º *bis*, nº 1, da Convenção de Berna relativa à Proteção das Obras Literárias e Artísticas, atribui ao autor o poder de se opor «a toda e qualquer mutilação, deformação ou outra modificação» da obra, «e, de um modo geral, a todo e qualquer acto que a desvirtue e possa afectar a honra e reputação do autor» - bem como, aliás (e de modo diverso da Convenção de Berna, pelo menos expressamente), o direito de se opor à sua destruição.

---

7. Notícia do caso pode ver-se em U. Von Detten, *Kunstausstellung und das Urheberpersönlichkeitsrecht des bildenden Künstlers*, *cit.*, pp. 23 e ss. Para uma descrição mais alargada, Ulrike Bestgen (org.), *Der Weimarer Bilderstreit: Szenen einer Ausstellung; eine Dokumentation*, VDG-Verlag 2000.

Além disso, o autor tem também direito à manutenção da *dignidade da obra* – a qual pode ser afetada mesmo sem alteração do conteúdo, dos sinais constitutivos da obra, logo pelo enquadramento (por exemplo, pela publicação de um romance numa coleção de literatura erótica, ou, na pintura, pela ligação a uma certa escola ou estilo, ou a uma certa tese que fundamente a exposição, os quais diminuam a obra).

E a lei reconhece também ao autor, mesmo depois da alienação da obra, o *direito à atribuição da paternidade* da obra –alguns contestam até que não se diga também *maternidade*–, o direito a manter a obra não publicada (o direito *ao inédito*), e o *direito de retirada* de circulação, e de correspondente cessação da divulgação, quanto à obra já divulgada e publicada.

O *proprietário*, por sua vez –colecionista privado, instituição pública, galerista ou comerciante de arte– tem o interesse em *poder exercer plenamente as faculdades* que resultam –e garantidas também como direito fundamental– do seu direito de propriedade, por cuja aquisição normalmente terá pago. É princípio fundamental do direito de autor, porém, e como é bem sabido, o da *autonomia e separação entre aquele direito de autor e o direito de propriedade*, pois ambos recaem até sobre dois objetos diversos: por um lado, a obra enquanto criação do espírito, conjunto de sinais comunicativos; por outro lado, o suporte dela enquanto objeto do direito de propriedade.

A propriedade do original ou de um exemplar da obra é normalmente adquirida por um (ou mais, quando combinados) de três fatores fundamentais: o *valor estético* da obra (que é partilhado pela sua exposição a terceiros); o *valor de investimento* (a expetativa de aumento de valor da obra, que também pode ser potenciado pela exposição); ou o *valor social* da aquisição (o valor de sinalização e de prestígio social pela posse e exposição da obra).

Evidentemente, as motivações poderão variar segundo o tipo de proprietário, mas envolvem a possibilidade de exposição. Por exemplo, uma instituição pública, um museu, visa constituir uma coleção, guardá-la e divulgá-la, tendo como missão também a contribuição para a formação artística dos cidadãos, seja pela exposição das suas coleções permanentes, seja, cada vez mais e com mais relevo, e até de modo quase a ofuscar aquelas, pela organização de exposições temporárias, temáticas, segundo certa orientação ou até, frequentemente, sustentando uma certa tese ou ponto de vista. Além do valor didático, de formação e de diversão, o mu-

seu pode tornar-se assim também campo de trabalho de interpretações e correntes artísticas, sociais e até por vezes económicas e políticas.

O *colecionista privado de arte*, por sua vez, pode também ter como motivação o investimento, visando com a exposição o aumento de valor das obras. Frequentemente limita-se a emprestar as obras para exposições organizadas por museus ou instituições públicas – e o panorama internacional mostra, aliás, que, proporcionalmente ao aumento de valor da obras de coleções privadas expostas em museus públicos, se tem assistido a uma diminuição do poder e influência económica destes últimos: onde falta dinheiro às instituições públicas, os patrocinadores e colecionistas tornam-se parceiros contratuais e intervêm assim também com influência no tipo e modo da exposição.

Também as *galerias* intervêm na divulgação das obras de arte, numa posição como que de mediação entre o autor ou artista e o futuro proprietário - embora a divulgação de obras de arte segundo temas ou conformadora de exposições tenda aqui a ser normalmente menos relevante do que o interesse comercial. Quer o galerista, quer outros sujeitos –como agentes do artista– podem, porém, exercer também influência sobre a exposição, designadamente através de acordos com os artistas ou com os proprietários.

Por último, evidentemente, é preciso destacar a posição da *entidade promotora da exposição* e do respetivo *curador*. Em especial os curadores de exposições mais conhecidos, que as realizam várias em diversos sítios e não estão necessariamente ligados a coleções permanentes, têm grande influência no mercado de arte e sobre a projeção dos artistas. O curador e a entidade promotora da exposição têm, evidentemente, interesse em poder realizá-la segundo a sua conceção, perspetiva ou tese, sem conflitos ou problemas, de modo a que seja um sucesso, e portanto em concordância ou até coordenação com os artistas –mas também com o máximo possível de liberdade. A atividade do realizador da exposição pode, aliás, ser ela própria também protegida pela *liberdade de criação artística*, e, embora a lei se lhe não refira expressamente, não pode excluir-se mesmo que a própria exposição seja de considerar como *obra compósita*, em que se incorporam, no todo ou em parte, obras preexistentes, quando não se traduza em mera apresentação das obras ao público, sem mais. Então, ao autor da

exposição pertencem exclusivamente os direitos relativos à mesma, sem prejuízo dos direitos do autor da obra preexistente –e desde que exista autorização dos autores das obras para a inclusão destas nessa obra compósita.

Além destes interesses, podem intervir também na exposição posições de *terceiros que tenham direitos afetados pelas obras*. Assim, por exemplo, no caso de retratos: se bem que a autorização para a captação da imagem na obra por parte do retratado envolva a autorização para a alienação desta quando a obra não seja feita por encomenda (e dependendo neste último caso do que tiver sido convencionado sobre a propriedade da obra e a titularidade do direito de autor), a autorização *não inclui sem mais a exposição pública do retrato*. Se a obra representar de modo reconhecível uma pessoa, a sua exposição sem autorização do retratado é violação do direito à própria imagem, uma vez que a lei civil (em Portugal, o artigo 79º do Código Civil) proíbe que o retrato de uma pessoa seja exposto, reproduzido ou lançado no comércio sem o consentimento dela. Excetuam-se, é certo, casos justificados pela notoriedade da pessoa, o cargo que desempenhe, finalidades culturais, de a reprodução da imagem vir enquadrada na de lugares públicos –mas tal não incluirá muitos dos retratos que constituem obras de arte.

V. FACULDADES JURÍDICAS DO ARTISTA – DIREITO DE EXPOSIÇÃO

Quais são as possibilidades jurídicas de que o artista, criador de artes plásticas, visuais ou gráficas, dispõe para decidir sobre, e influenciar a exposição?

Em primeiro lugar, e desde logo, o próprio *direito de exposição*, faculdade que a lei reconhece ao autor: segundo a lei portuguesa (artigo 157º, nº 1, do Código dos Direitos de Autor português), «só o autor pode expor ou autorizar outrem a expor publicamente as suas obras de arte».

O autor tem o direito exclusivo de proceder por si próprio ou autorizar exibição ou exposição em público (incluindo a colocação à disposição do público por meios informáticos), reportando-se este direito tanto ao original como às reproduções – aliás, na era da re-

produtibilidade técnica, o que diminui ou murcha é, como mostrou Walter Benjamin[8], a *aura* da obra. Mas não a sua existência e presença também em reproduções.

O direito de expor é uma faculdade de utilização do autor, e que ele pode reservar para si, que em Portugal (como em Espanha, mas diferentemente, por exemplo, do que acontece na Alemanha) inclui *tanto obras ainda não divulgadas ou publicadas como obras já divulgadas.*

Em caso de venda da obra, o autor pode *reservar para si expressamente o direito de exposição* – mas *se o não fizer* por convenção expressa *presume-se que a alienação envolve igualmente o direito de expor a obra.* Esta, adquirida pelo seu novo proprietário, não tem, pois, de limitar-se a uma utilização apenas privada, sem exposição ao público[9].

A reserva do direito de exposição por convenção expressa é uma restrição ao direito de propriedade, a qual, apesar de a lei o não esclarecer, terá eficácia mesmo em relação a terceiros, isto é, poderá ser oposta mesmo a futuros subadquirentes (que adquiram ao comprador) da obra de arte. Perante o interesse do autor, que reservou para si expressamente o direito de expor, como a lei permite, a boa fé ou desconhecimento dessa restrição pelo comprador (e sem prejuízo da responsabilidade perante este do vendedor) não fundamenta a aquisição do direito de expor, que é uma faculdade do direito autoral que o criador reservou expressamente para si.

A lei (artigo 157º, nº 2, do Código dos Direitos de Autor), ao permitir ao artista reservar para si a exposição, faculta-lhe um *meio de a influenciar e conformar*, podendo condicionar a autorização às suas instruções, mesmo para exposição das obras que já não se encontrem em sua propriedade - com, porém, previsíveis consequências sobre o valor da obra, que tenderá a ser menor caso não inclua o direito de expor. Caso o artista se não reserve o direito de expor, é ao proprietário que incumbe este direito - como acontecia com as obras de Giorgio de Chirico, que já não eram suas, e, não sendo retiradas de circulação pelo autor, podiam ser

8. Walter Benjamin, «L'oeuvre d'art à l'époque de sa reproduction mecanisée», in *Zeitschrift für Sozialforschung*, ano V, 1936, pp. 161 e ss. (tradução em português, «A obra de arte na era da sua reprodutibilidade técnica», disponível aqui: *http://baixacultura.org/biblioteca/artigos-ensaios-papers/1-1-a-obra-de-arte-na-era-de-sua-reprodutibilidade-tecnica/*).
9. Assim, também J. Oliveira Ascensão, *Direito de autor, cit.*, p. 292.

expostas na Bienal, também segundo o direito português (mas apenas podiam ser incluídas no catálogo com a autorização do proprietário, e sempre salvo o direito de defesa da integridade da obra).

Disporá o autor, porém, de outros mecanismos jurídicos para influenciar a exposição, ou decidir sobre ela?

VI. DIREITO DE RETIRADA

Ao autor cabe também o *direito de retirada* da obra todo o tempo da circulação, fazendo cessar a respetiva utilização, sejam quais forem as modalidades desta - incluindo, portanto, também a cessação da possibilidade de exposição. Para isso, é necessário, segundo a lei portuguesa (artigo 62º do Código do Direito de Autor), que tenha *«razões morais atendíveis»*, devendo também *indemnizar* os interessados pelos prejuízos que a retirada lhes causar –por exemplo, pela perda de valor da obra resultante da impossibilidade de utilização.

Trata-se do que os juristas designam como um *direito potestativo* do artista - por mera declaração unilateral este produz uma alteração jurídica, extinguindo os direitos de utilização da obra e retirando-a de circulação. Mas o direito de retirada já não fundamenta uma pretensão à entrega ou *devolução da obra*, apenas se extinguindo os respetivos direitos de utilização a partir do momento do seu exercício.

Além disso, a eficácia da retirada está *condicionada ao cumprimento do dever de indemnização* dos lesados, incluindo quer os *gastos ou despesas desaproveitados* devido à retirada –por exemplo, na preparação de uma exposição, transporte da obra, etc.–, quer os lucros cessantes com esta.

Trata-se de um caso de *responsabilidade por ato lícito*: o legislador quer que o interesse pessoal do autor, tendo em conta as suas «razões morais atendíveis» prevaleça sobre os direitos de utilização, por isso confere-lhe o direito de retirada; mas não quer que o interesse dos titulares dos direitos de utilização e outros interessados, lesados pela retirada, sejam totalmente desconsiderados, pelo que lhes atribui um direito de indemnização, condicionando mesmo a retirada a esta indemnização. Pelo que autores com posses poderão mais facilmente exercer a retirada da obra, e outros não o poderão fazer por carência de meios – razão pela qual esta limitação já foi criticada.

Como pressuposto ou requisito material da retirada da obra, a lei refere-se a *«razões morais»* – devendo a noção ser aqui entendida em sentido amplo, isto é, simplesmente como excluindo razões exclusivamente patrimoniais. Pode tratar-se da mudança de conceções ou convicções religiosas ou políticas, mas também estéticas ou artísticas do autor, mas em qualquer caso de razões internas ao autor, cuja contestação será em regra impossível na prática. Aliás, não é sequer necessária uma *alteração* de convicção para uma nova, bastando, por exemplo, que a *alteração do contexto ou ambiente* artístico, social ou político afete os interesses ideais do autor sobre a obra: o artista pode, por exemplo, já não querer que a obra circule e seja exposta a uma publicidade que já não a compreenderá ou aceitará, devido a esse contexto.

Mas em qualquer caso, a lei refere-se a razões *«atendíveis»*, o que implica a necessidade de uma ponderação, à luz da proporcionalidade, entre os interesses do autor e os do titular do direito de utilização – é claro, por exemplo, que a evolução das conceções estéticas e da crítica podem fazer com que a continuação da circulação de uma obra que é hoje vista como *kitsch* não seja mais exigível ao autor, sendo-lhe então aberta a possibilidade de retirada. As razões serão, portanto, atendíveis, quando existe a possibilidade de que o autor seja *tomado por defensor ou representativo de posições, estéticas, sociais, políticas, etc., pelas quais não quer, ou já não quer, perfilar-se.*

O direito de retirada da obra pelo autor, quando este não se tenha reservado o direito de a expor e existam «razões morais atendíveis» para a retirada, permite ao autor, tendo em conta a ligação que mantém com a obra, impedir, e desde logo influenciar, a exposição da obra, devendo, no entanto, indemnizar os interessados.

VII. DIREITO À INTEGRIDADE E À DIGNIDADE DA OBRA

As faculdades antes referidas podem ser insuficientes: não existirão quando o autor *não se tenha reservado o direito de expor nem existam «razões morais atendíveis»* para a retirada; e o artista pode *não querer a retirada* da obra de circulação, ou pode *não querer –ou não poder– indemnizar os lesados pela retirada da obra.*

Pergunta-se, por isso, se o direito moral –ou de personalidade– do autor à *integridade e dignidade da obra* lhe permite também intervir na exposição, mesmo nos casos em que o direito de expor se tenha transmitido com a obra para terceiro.

A lei refere-se ao direito do autor de se opor: à *modificação* da obra –entendida como alteração dos sinais comunicativos que a constituem; à sua *mutilação*– incluindo sem dúvida a sua amputação objetiva, de parte da obra ou de parte do seu sentido; mas também à *deformação da obra*, isto é, à alteração da sua forma, tal como lhe foi dada pelo autor; *«e, de um modo geral, a todo e qualquer acto que a desvirtue e possa afectar a honra e reputação do autor»*, devendo entender-se igualmente incluída aqui a proteção contra a *degradação do estatuto objetivo* da obra (da sua dignidade, por exemplo, pela sua colocação não numa sala de exposição mas na casa de banho do local da exposição).

O autor pode opor-se a estes atos, e eles não podem ser justificados com a alegação de que a exposição constitui uma *reelaboração para integração das obras numa «obra compósita»*, uma criação artística por sua vez, aparecendo as obras como parte desta. A mera exposição de várias obras originais só por si não constitui, aliás, qualquer obra. E mesmo que as obras sejam ligadas entre si pela conceção da exposição, pela sua apresentação e por outros meios –por exemplo, música, filme, etc.– é sempre uma ligação que influencia a impressão geral do público sobre cada uma, pelo que carece de autorização do autor. A lei portuguesa exige a autorização do autor *de cada obra* para a sua *integração numa obra compósita*, não podendo justificar esta última a dispensa da autorização do artista.

Como *pode a exposição afetar a integridade e a dignidade da obra*, mesmo sem alteração dos sinais comunicativos que a constituem?[10].

Em primeiro lugar, a afetação da integridade da obra existe mesmo que não se altere a substância desta, quando ela é *colocada numa relação ou num contexto que afetam a impressão geral da obra*. O observador colhe uma *impressão geral* de cada obra, que ele perceciona no caso concreto. Para isso contribui de forma decisiva o contexto em que ela é posta, que conforma também essa impressão geral – e ainda que se pretenda com isso «melhorar» a obra

10. Para exemplo, no direito alemão, v. U. Von Detten, *Kunstausstellung…*, *cit.*, pp. 98 e ss.

(como acontecia com a colocação das fotografias da obra de Hundertwasser nas molduras pintadas), ou até que objetivamente esse possa ser o resultado.

Igualmente a alteração da *finalidade ou destinação da obra* –a sua utilização pelo titular do direito patrimonial de autor, sem autorização deste, por exemplo para fins publicitários– constitui uma afetação da sua integridade.

A afetação dos direitos morais pode, também, ser causada pela *tese ou conceito da exposição*, que pretende transmitir um sentido, afirmação ou tendência. Num extremo temos as exposições organizadas com propósito difamatório ou destrutivo –como no triste exemplo das exposições sobre «arte desnaturada» (*entartete Kunst*), e confiscada, organizadas pelo regime nazi a partir de 1933 (por exemplo em 1937 em Munique). Mas é também o caso da *imputação da obra a uma «arte oficial»*, acompanhada da forma de organização da exposição –como na mencionada exposição de Weimar, sobre a arte na República Democrática Alemã. E, independentemente da intenção pejorativa da tese ou conceito da exposição, também *a simples integração das obras nesse conceito* –por exemplo, numa determinada orientação– pode ser rejeitada pelo artista, que a vê como um ato que *desvirtua a obra e pode afetar a sua honra e reputação* artísticas. Mas é claro, por outro lado, que a *liberdade do proprietário* e do *organizador da exposição* ou *curador* inclui a *crítica*, incluindo a possibilidade de integração das obras expostas em determinadas correntes, impondo-se aqui uma ponderação de interesses.

Para além disso, a afetação da integridade pode resultar simplesmente da *conformação da exposição*, quer substancial quer geográfica.

No primeiro caso, a exposição de uma obra de arte *isolada do contexto previsto pelo autor* (por exemplo uma música que o acompanhe) pode representar a afetação da sua integridade.

Quanto ao contexto *geográfico*, é o que acontece com a arte vinculada a sítios – *«site specific art»*, concebida para determinado sítio, ao qual está ligada, afetando logo a sua deslocação e exposição noutro lugar a sua integridade. É preciso para tanto, porém, que a obra de arte tenha uma *ligação formal ou material ao sítio*: assim, por exemplo, tribunais estrangeiros negaram que duas figuras de cavalos de bronze tivessem essa ligação formal, pois não correspondiam especificamente a uma localização que no caso era a estação central de uma cidade. Uma ligação *substancial* existe, por exemplo, quando a obra se refere só a um acontecimento

que se passou naquele sítio, ou quando foi produzida para ter ligação a esse sítio (como por exemplo a escultura «acorrentado sem permissão», colocada em frente ao museu da resistência dinamarquês), de tal forma que a sua deslocação lhe retira todo ou parte do sentido.

A afetação pode resultar também do modo *concreto de apresentação e colocação da obra*, por exemplo, pendurando-a muito *acima ou abaixo* do campo visual, ou *alterando a sua orientação*. Esta pode resultar de instruções do autor, da colocação ou do local da assinatura do autor – e até do próprio do título desta, como acontece com a obra *Left corner square to the corner (five sided)*, de Richard Serra. Mas muitas vezes não é o caso, e a orientação pode ser difícil, levando a erros (o que aconteceu por exemplo, com o quadro do pintor expressionista Max Beckmann intitulado *Vista da escotilha*, por vezes exposto no sentido horizontal outras vezes no vertical).

E a afetação pode resultar também da *escolha da moldura e da iluminação* – como acontecia igualmente na *referida exposição de Weimar* (embora aí a afetação resultasse também da imputação a determinada tese ou conceito da exposição). Ou decorrer da integração ou acompanhamento da obra por outras, de *qualidade artística menor*, ou simplesmente de *determinada corrente artística* - era o que acontecia com a ação interposta por Giorgio de Chirico já mencionada, que contestava além da integração na exposição a sua integração em certa corrente. O conflito com a liberdade de crítica e de organização da exposição exige aqui, porém, a ponderação dos interesses em presença.

Também com a *inclusão em catálogos* de exposições se pode afetar a integridade da obra. A maioria das exposições elabora catálogos, com fotografias das obras e comentários de especialistas, que podem também constituir obras compósitas e ser objeto de proteção própria. A utilização de fotografias para tanto *não é livre* –não cabe nas exceções para a citação, para fins informativos ou de ensino, ou para fins promocionais ou de publicidade de obras artísticas. E é duvidoso que a autorização para a exposição, mesmo quando expressamente dada por quem tem o direito de expor, inclua só por si a autorização para elaboração de um catálogo, seja este ou não uma obra própria, pois este será também uma forma de aproveitamento económico da obra. Mas quando existir *autorização para a utilização da obra no catálogo* –por exemplo, dada pelo proprietário–, ela *incluirá a possibilidade de adaptação da obra* a essa divulgação, desde que

sem a deformar. A definição dos limites desta deformação pode nem sempre ser fácil. Assim, haverá afetação da integridade, por exemplo, numa obra em que a cor é essencial, se a fotografia incluída no catálogo for a preto e branco, ou com uma resolução muito inferior à necessária para a captação das suas características essenciais.

E a afetação da integridade da obra pode, mesmo, resultar da sua *conservação ou restauro*, para fins de exposição, naqueles casos em que ela foi concebida com materiais degradáveis (por exemplo, materiais naturais) como «*decay art*» –arte em que a decadência da obra ou dos seus materiais é parte essencial desta.

VIII. PONDERAÇÃO DE INTERESSES – FATORES A CONSIDERAR E CONCLUSÃO

Nestes casos, mesmo sem alteração da obra, a afetação dos «direitos morais» pela exposição poderá ser impedida pelo autor.

Nalguns casos, a afetação da integridade, da honra e reputação do autor, são *claras* – como quando a própria tese ou conceito da exposição afetam esses bens.

Noutros, porém, impõe-se uma *ponderação de interesses*, entre o *direito do autor*, de um lado, e *os direitos do proprietário* (o direito de propriedade) e do *organizador da exposição ou curador* (com a sua liberdade de conformação, que pode também ser protegida pela liberdade de criação cultural, e a sua liberdade de crítica), por outro.

Não pode sempre afirmar-se a absoluta preponderância do interesse do autor. Este pode ter resolvido o problema, por exemplo com indicações explícitas sobre a forma de exposição (iluminação, contexto) ou a colocação da obra, que devem ser respeitadas. Mas nem sempre é assim.

É então necessária uma ponderação[11] que tenha em conta a *contraposição de interesses*, designadamente tendo em conta fatores como a *intensidade da afetação resultante da exposição* (para saber se ela é de molde a afetar a honra e reputação do autor), o facto de se tratar de uma exposição *do original* ou *de uma reprodução*, a *finalidade da obra* (pois na obra de arte aplicada existem alterações de utilização que necessariamente justificam a

11. Assim, também U. Von Detten, *Kunstausstellung…*, *cit.*, pp. 121 e ss.

alteração, enquanto na pura arte plástica ou gráfica só a sua conservação e divulgação pode relevar), e o *interesse do curador/promotor da exposição na manutenção* desta (se já aberta), bem como a intensidade da *afetação também do exercício do seu direito de crítica* e organização da exposição.

Também a *consequência* deve poder variar. Assim, não se vê por que razão nalguns casos não deverá poder, por exemplo, bastar o reconhecimento ao autor da possibilidade de este se distanciar ativamente da obra ou da forma como ela é integrada na exposição, sem necessariamente a inviabilizar (tendo sido já defendida uma aplicação por analogia do regime do direito de resposta, que, porém, se afigura inadequado à maioria destes casos).

Esta ponderação deve ser feita *pelo autor*, embora sem relevar a sua sensibilidade e capricho interpretativos exagerados, no conflito com o organizador da exposição ou o curador. Não deve esquecer-se que no limite o primeiro tem sempre, para as suas «razões morais atendíveis», a possibilidade de retirada da obra, indemnizando. Mas também *pelo proprietário* e *pela entidade organizadora da exposição* ou *pelo curador*.

É certo que a solução em muitas hipóteses poderá então tornar-se *menos clara e segura*, tendo de resultar do confronto e ponderação desses direitos e interesses opostos no caso concreto. Se necessário, recorrendo então (embora naturalmente os organizadores de exposições e curadores tendam a evitá-lo) à decisão por um tribunal ou por um terceiro imparcial.

Esta insegurança é, porém, o preço a pagar pela *solução justa e adequada ao caso* na conciliação entre o interesse moral do autor na divulgação da sua obra como a concebeu, e mantendo uma ligação a ela, e o interesse do proprietário ou do curador ou organizador da exposição, no exercício dos direitos de propriedade, de liberdade de crítica e de organização da exposição.

É conciliação que, como acontece em tantos outros casos de conflitos de direitos ou interesses, *compete ao jurista fazer*, com «engenho e arte», obtendo a solução adequada ao caso concreto. Afinal –e com isto termino–, como nos transmitiu o mais célebre dos juristas romanos, e segundo, ao que parece, de forma elegante disse Celsus, também «o Direito é a arte do bom e do justo» – *ius est ars boni et aequi*.